

DIRITTO COMMERCIALE INTERNO E INTERNAZIONALE

Collana fondata da

P. ABBADESSA - C. ANGELICI - G.F. CAMPOBASSO - A. CERRAI - A. MAZZONI

proseguita da

ASSOCIAZIONE GIAN FRANCO CAMPOBASSO
PER LO STUDIO DEL DIRITTO COMMERCIALE E BANCARIO

sotto la direzione di

P. ABBADESSA - C. ANGELICI - G. MARASÀ

Sezione Raccolte di Studi – 19

INHALT UND GRENZEN DER PRIVATAUTONOMIE
IN DEUTSCHLAND UND ITALIEN

CONTENUTO E LIMITI DELL'AUTONOMIA PRIVATA
IN GERMANIA E IN ITALIA

INHALT UND GRENZEN
DER PRIVATAUTONOMIE
IN DEUTSCHLAND UND ITALIEN

CONTENUTO E LIMITI
DELL'AUTONOMIA PRIVATA
IN GERMANIA E IN ITALIA

Herausgegeben von Francesco Bordiga und Hannes Wais

a cura di Francesco Bordiga e Hannes Wais



G. Giappichelli Editore



Nomos

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO 21 - TEL.: 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3999-2

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
INTRODUZIONE	XVII

SIGNIFICATO E LIMITI DELL'AUTONOMIA PRIVATA: LO SGUARDO DI UN GIURISTA DEL PASSATO *di Francesco Paolo Patti*

1. Il controllo giudiziale dell'autonomia privata, oggi	1
2. Il ricorso ai principi e alle clausole generali	2
3. La concezione dell'autonomia privata «antiindividualistica»	4
4. La solidarietà: un richiamo necessario?	5
5. Il ruolo della buona fede	8
6. Interventi modificativi del giudice e «meritevolezza» dell'interesse	11
7. La figura del giudice e l'evoluzione del diritto	13
8. Conclusioni	16

VERTRAGSFREIHEIT IM SPIEGEL DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS *von Hannes Wais*

I. Einleitung	21
II. Vorbemerkung: Zum Verhältnis von Grundrechten und Privatrecht	21
III. Konkretisierung des grundrechtlichen Schutzes der Vertragsfreiheit durch das BVerfG	22
IV. Bewertung	33
V. Schluss	36

LA FUNZIONE DELLE CLAUSOLE GENERALI
NEL DIRITTO PRIVATO

di *Francesca Benatti*

1. L'evoluzione delle clausole generali	37
2. La clausola generale di buona fede	42
3. La sua complessa concretizzazione	46
4. Riflessioni conclusive	51

AUTONOMIA NEGOZIALE
E DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA

di *Emanuele Indraccolo*

1. Profili introduttivi: l'autonomia negoziale fra «depatrimonializzazione» e «costituzionalizzazione» del diritto civile	53
2. La c.d. «neo-costituzionalizzazione» e il ruolo dei principi europei	55
3. <i>Drittwirkung</i> e valore precettivo dei principi	58
4. Tutela dei diritti fondamentali del contraente e «giusto rimedio»	60
5. Le ordinanze n. 77 del 2014 e n. 248 del 2013 della Corte costituzionale e la sentenza n. 14343 del 2009 della Corte di cassazione	61
6. Conclusioni	64

IL CONSENSO “DEBOLE” DELL’ADERENTE
NEI CONTRATTI STANDARD

di *Edoardo Ferrante*

1. Autorità private e controlli nella recente esperienza italo-tedesca	67
2. Gradazioni del consenso e “gradazioni” degli istituti contrattuali	74
3. La metamorfosi dell’ <i>interpretatio contra proferentem</i> da criterio ermeneutico a rimedio	76
4. (Segue). La giurisprudenza della Corte di giustizia UE	80
5. (Segue). Gli orientamenti dell’Arbitro Bancario Finanziario	84
6. Il consenso “debole” dell’autorità privata-consumatore	86

pag.

AGB-KONTROLLE IM UNTERNEHMERISCHEN
RECHTSVERKEHR – AGB, B2B, oh Jemine?

von *David Paulus*

I. Einleitung	89
II. Historische Entwicklung der AGB-Kontrolle in Deutschland	91
III. Die Regelung der AGB-Kontrolle im deutschen Recht	95
IV. Rechtsvergleich	100
V. Vertragsfreiheit und AGB-Inhaltskontrolle	101
VI. Fazit	107

GLI *SMART CONTRACT* TRA ESIGENZE DI “CALCOLABILITÀ”
E GESTIONE DELLE “SOPRAVVENIENZE”

di *Gabriele Nuzzo*

1. Calcolabilità del diritto e attività d’impresa	109
2. Le sopravvenienze tra “calcolabilità” e rinegoziazione del contratto	114
3. <i>Smart contract</i> e calcolabilità dei rischi contrattuali	117
4. È possibile una “integrazione digitale” del contratto?	121

PRIVATAUTONOMIE REVISITED: ZUM BEDEUTUNGSWAN-
DEL EINES RECHTLICHEN GRUNDBEGRIFFS IM ZEITALTER
VON DIGITALISIERUNG, BIG DATA UND KÜNSTLICHER
INTELLIGENZ

von *Dominik Schäfers*

I. Einleitung	125
II. Privatautonomie: Überlegungen zu einem rechtlichen Grundbegriff	125
III. Herausforderungen der Privatautonomie durch BDAI	128
IV. Ausreichender Schutz der Privatautonomie nach der <i>lex lata</i> ?	131
V. Folgerungen für die Rechtswissenschaft	133
VI. Zusammenfassung	140

AUTONOMIA PRIVATA E DATI PERSONALI
NELLA CONTRATTAZIONE *ONLINE*

di *Massimo Foglia*

1.	Introduzione	141
2.	La contrattualizzazione dei dati personali	143
3.	Il consenso dell'interessato	145
4.	A mo' di conclusione	149

DIGITALER NACHLASS UND SOZIALE NETZWERKE
DIE VERTRAGS- UND DATENSCHUTZRECHTLICHE
PERSPEKTIVE

von *Moritz Hennemann*

I.	Einleitung	153
II.	Grundlagen	157
III.	Grundsatz der Universalsukzession	158
IV.	Datenschutzrechtliche Schranken	164
V.	Umfang des Zugangsanspruchs	166
VI.	Rechtspolitische Umschau	167

ACQUISTO DEL LEGATO
E RISPETTO DELL'AUTONOMIA PRIVATA:
PER UNA RILETTURA CRITICA DELL'ART. 649 C.C.

di *Marco Azzalini*

1.	Centralità della figura del legato nell'ambito dell'autonomia privata successoria	169
2.	L'acquisto del legato: precomprensioni, equivoci, <i>defaillances</i> normative	176
3.	Necessità di una riconsiderazione critica ed armonica della dinamica di acquisto del legato	180
4.	<i>Titulus adquirendi</i> e <i>modus adquirendi</i> nell'ambito testamentario. Notazioni conclusive e spunti di lavoro	188

pag.

INHALTLICHE GRENZEN DER PRIVATAUTONOMIE IM ERBRECHT

von *Robert Magnus*

I. Einleitung	193
II. Inhaltliche Beschränkungen der Testierfreiheit	194
III. Wirksamkeit der Grenzen im Internationalen Privatrecht	198
IV. Fazit	205

ROLLE UND GRENZEN DES VERTRAGS IN DER FAMILIE

von *Anatol Dutta*

I. Der Vertrag im Familienrecht	207
II. Die gesetzliche Vermögensordnung der familiären Näheverhältnisse	208
III. Vertragsfreiheit im Familienvermögensrecht	209
IV. Materialisierung der Vertragsfreiheit	210
V. Materialisierung der Vertragsgerechtigkeit	211
VI. Schlussbeobachtung	214

CONCORRENZA FRA ORDINAMENTI E DIRITTO DELLA CRISI DI IMPRESA

di *Amal Abu Awwad*

1. Il problema	215
2.1. La concorrenza fra ordinamenti nel sistema italiano	217
2.2. (Segue). Nel diritto dell'Unione europea	220
2.2.1. (Segue). Concorrenza e crisi d'impresa in Europa	223
2.2.2. (Segue). Nei sistemi angloamericani	228
3.1. I possibili interessi al <i>forum shopping</i>	231
3.2. (Segue) ... e alla concorrenza tra ordinamenti	233
3.3. (Segue). La non configurabilità di interessi meritevoli di tutela al <i>forum shopping</i> e alla concorrenza tra ordinamenti in materia concorsuale	234
4. La c.d. "insolvençification" del diritto societario	237
5.1. Il tema della "qualificazione" delle regole di diritto concorsuale	238
5.2. (Segue) ... tra criterio formale (<i>lex societatis</i>), altri criteri di collegamento e criterio funzionale (<i>lex concursus</i>)	240

	<i>pag.</i>
6.1. L'attrazione nel COMI (anche) delle regole pre-concorsuali: le azioni a tutela della garanzia patrimoniale	243
6.2. (Segue). Corollari interpretativi	248

DAS ZUSAMMENSPIEL VON REGELN UND MARKT
IM GESELLSCHAFTSRECHT
– VERBANDSSPEZIFISCHE GRENZEN
DER VERTRAGSFREIHEIT –
von *Daniel Könen*

I. Einleitung	253
II. Gesellschaftsrecht, Privatautonomie und Markt	253
III. Freiheit zum Rechtssubjekt – Freiheit des Rechtssubjekts	258
IV. Unionsrechtliche Einflüsse	269
V. Thesen	273

SPUNTI IN TEMA DI AUTONOMIA STATUTARIA
NELLE SOCIETÀ PER AZIONI
di *Francesco Bordiga*

1. Premessa	275
2. L'impostazione del tema prima della riforma del 2003 (un confronto con il sistema tedesco)	279
3. La riforma del diritto societario del 2003 e la riduzione degli ambiti di inderogabilità	281
4. La critica alla impostazione contrattualistica ed il parziale "ritorno" alla inderogabilità	284
5. La necessaria rigidità della disciplina relativa all'organizzazione	291
6. La maggiore libertà nella determinazione del contenuto della partecipazione all'iniziativa societaria	296

ZWINGENDES GESELLSCHAFTSRECHT
von *Leonhard Hübner*

I. Märkte machen Recht	301
------------------------	-----

	<i>pag.</i>
II. <i>Numerus clausus</i> im Gesellschaftsrecht	302
III. Satzungsstrenge bei der AG	303
IV. Präventiver Paternalismus als Rechtfertigung der Satzungsstrenge	310
V. Zusammenfassung in Thesen	312

PRIVATAUTONOMIE UND IHRE GRENZEN IM RECHT DER INTERNATIONALEN GERICHTSSTANDSVEREINBARUNG

von *Linda Kuschel*

I. Rechtsrahmen internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen	314
II. Vertragsfreiheit – Prozessuale Parteiherrschaft – Rechtswahlfreiheit	316
III. Grenzen internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen als Ausprägungen der Grenzen von Vertragsfreiheit, prozessualer Parteiherrschaft und Rechtswahlfreiheit	319
IV. Originäre Wertungen des Rechts der internationalen Gerichtsstandsvereinbarung	327
V. Schluss	328

NORME DI APPLICAZIONE NECESSARIA COME LIMITE ALLA DEROGA PATTIZIA DELLA GIURISDIZIONE STATUALE

di *Francesca Ragno*

1. Introduzione	331
2. La valenza processuale delle norme di applicazione necessaria: inderogabilità sinonimo di indisponibilità?	332
3. La necessità di garantire l' <i>effet utile</i> delle norme di applicazione necessaria	336
4. Osservazioni conclusive	339

LIMITI DELL'AUTONOMIA PRIVATA PROCESSUALE DAL DIRITTO COSTITUZIONALE ITALIANO

di *Antonio Maria Marzocco*

1. L'autonomia privata processuale: un <i>genus</i> e due <i>species</i>	341
2. I limiti costituzionali della prima <i>species</i> di autonomia privata processuale	342

	<i>pag.</i>
3. (Segue). I limiti costituzionali della seconda <i>species</i>	343
4. Spunti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale: la convenzione di arbitrato come atto di autonomia privata processuale ed esempio della prima <i>species</i>	345
5. (Segue). Il limite della volontarietà ricavabile dall'art. 24 Cost.	348
6. (Segue). Il limite dell'utilità economico-sociale posto dall'art. 41 Cost. (nonostante la disponibilità del diritto controverso)	349
7. La convenzione di arbitrato come esempio anche della seconda <i>species</i> di autonomia privata processuale e i relativi limiti costituzionali	356
8. Riflessioni conclusive	360

AUßERSTAATLICHE STREITBEILEGUNG IM INTERNET IM
SPIEGEL DER VERFAHRENSRECHTLICHEN
PRIVATAUTONOMIE

von *Astrid Wiik*

I. Einleitung	363
II. Online-Streitbelegungsmodelle	364
III. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt: Art. 2 Abs. I GG	368
IV. Ausschluss privater Streitbelegungssysteme	369
V. Verfassungsrechtliche Parameter für die Ausgestaltung privater Streitbelegungssysteme	373
VI. Fazit	376

AUTONOMIA PRIVATA ED ESECUZIONE FORZATA:
I CONTRATTI SULL'ESECUZIONE FORZATA

di *Andrea Dalmartello*

1. Introduzione: il ruolo dell'autonomia nell'attuazione del credito	377
2. Delimitazione del campo di indagine: l'incidenza dell'autonomia negoziale tra responsabilità patrimoniale ed esecuzione forzata	379
3. Catalogo delle ipotesi problematiche di rapporto tra autonomia privata e attuazione coattiva del credito	384
4. Autonomia privata e procedimento giudiziale di esecuzione forzata: gli accordi sulla pignorabilità dei beni. Profili critici	386
5. Conclusioni provvisorie: spunti per la discussione	391

pag.

PARTEIAUTONOMIE IN DER ZWANGSVOLLSTRECKUNG –
VOLLSTRECKUNGSVEREINBARUNGEN
IM DEUTSCHEN RECHT
von *Susanne Lilian Gössl*

I. Einleitung	393
II. Überblick über die Diskussion	394
III. Eigene Position	396
IV. Konsequenz der Differenzierung	398
V. Ergebnis	403

RIFLESSIONI DI SINTESI
(IN ORDINE ALL'EVOLUZIONE DEL RUOLO
DELL'AUTONOMIA PRIVATA)

di *Enrico Ginevra*

405

DAS ZUSAMMENSPIEL VON REGELN UND MARKT
IM GESELLSCHAFTSRECHT
– VERBANDSSPEZIFISCHE GRENZEN DER
VERTRAGSFREIHEIT –

von *Daniel Könen*

INHALT: I. Einleitung. – II. Gesellschaftsrecht, Privatautonomie und Markt. – III. Freiheit zum Rechtssubjekt. – Freiheit des Rechtssubjekts. – IV. Unionsrechtliche Einflüsse. – V. Thesen.

I. *Einleitung.* – Im Wirtschaftsleben kommt der durch das Generalthema adressierten Privatautonomie eine entscheidende Rolle zu, weil diese nach dem im Wirtschaftsprivatrecht vorherrschenden ordoliberalen, marktwirtschaftlichen Verständnis, wie es auch dem Binnenmarktkonzept der Europäischen Union zugrunde liegt, die Freiheit der Wirtschaftssubjekte kennzeichnet. So ist es die wirtschaftliche Freiheit der Marktakteure, die in Anbetracht der „unsichtbaren Hand des Marktes“ zu größtmöglichen gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtsgegewinnen führt. Nach ordoliberalem Ansatz ist es primäre Aufgabe des Staates, durch gesetzliche Vorschriften einen Ordnungsrahmen zu schaffen, in dem sich der Wettbewerb – möglichst unverfälscht – frei entfalten können soll. Dem Gesellschaftsrecht kommt insoweit neben dem Kartellrecht maßgebliche Bedeutung zu. Aufgabe der sozialen Marktwirtschaft ist es sodann, den Markt durch staatliche Regeln vor seinen eigenen Ergebnissen zu schützen. Anliegen dieses Beitrags ist es, das Zusammenspiel von Regeln und Markt zu konturieren, um zu identifizieren, auf welchen Ebenen der Privatautonomie im Gesellschaftsrecht Bedeutung zukommt und in welchem Umfang sie gesetzlichen Regeln begegnet, wie sich also Vertragsautonomie und Vertragsheteronomie bei der spezifischen Regulierung von Gesellschaften verhalten.

II. *Gesellschaftsrecht, Privatautonomie und Markt.* – Um sich insbesondere der Vertragsfreiheit – wie sie durch staatliche Regeln eingeschränkt wird – im Gesellschaftsrecht nähern zu können, bedarf es zunächst einer rechtlichen Konkretisierung derjenigen Regelungsbereiche, die im deutschen Recht unter „Ge-

sellschaftsrecht“ – insbesondere in Abgrenzung zum „Unternehmensrecht“ – zu verstehen sind. Sodann gilt es zu ermitteln, auf welchen Ebenen rechtsgeschäftliche Beziehungen begründet werden und zur Entstehung von Märkten beitragen können, auf denen überhaupt nur regulatorische Eingriffe vorgenommen werden können.

1. *Die Rechtssubjektivität von Verbänden* – Unter dem Begriff des Gesellschaftsrechts fasst man zunächst die spezifischen privatrechtlichen Vorschriften über Personenvereinigungen zusammen, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks durch Rechtsgeschäft begründet werden und damit einen gewissen Organisationsgrad aufweisen („das Recht der privaten Zweckverbände“)¹. Anders als im Unternehmensrecht ist normativer Bezugspunkt des Gesellschaftsrechts daher im Grundsatz nicht eine bestimmte Unternehmung oder ein (ggf. funktional zu bestimmender) Unternehmensträger², sondern eine Mehrheit von Individuen.

Vorherrschend im deutschen Gesellschaftsrecht ist aber das sog. Verbandsverständnis, wonach eine Personenmehrheit sich zwar zunächst auf rechtsgeschäftlicher Basis begegnet, die Vereinbarung eines Verbandszwecks aber auch organisationsrechtlichen Charakter hat³. Dies führt dazu, dass – unabhängig von einem staatlichen Verleihungsverfahren (wie dies bei juristischen Personen in der unwiderleglichen Anerkennung als Rechtssubjekt der gewählten Rechtsform mündet)⁴ – ein Verband als eigenständiges Rechtssubjekt konstituiert wird und als solches im Rechtsverkehr berechtigt und verpflichtet wird⁵. Tritt die gesellschaftsrechtliche Personenmehrheit – verbunden über einen gemeinsamen Zweck – im Rahmen der verfügbaren Rechtsformen⁶ als verbandsrechtlich verfasste Einheit im Rechtsverkehr auf, ist es nach heutiger Auffassung von Literatur und Rechtsprechung die Gruppe selbst, die als Rechtssubjekt Träger von Rechten und Pflichten sein kann⁷. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um

¹ Wiedemann, GesR Bd 1, 1980, § 1.I.1.

² Vgl. Baumbach/Hopt/Hopt, 39. Aufl. 2020, HGB Einl. vor § 1 Rn. 31 ff., 42 ff.

³ Flume, ZHR 136 (1972), 177 (179); Habersack/Schäfer/Habersack, 2. Aufl. 2019 HGB § 124 Rn. 3; Habersack/Schäfer/Schäfer, HGB § 105 Rn. 40, 139; Ulmer, AcP 198 (1998), 113 (113 ff., 150); EBJS/Wertenbruch, 4. Aufl. 2020, HGB § 105 Rn. 13.

⁴ Siehe dazu MüKoBGB/Leuschner, 8. Aufl. 2018, Vor § 21 Rn. 12, 58; BeckOK BGB/Schöpfung, 58. Ed. 01.05.2021, § 21 Rn. 7, 28, § 54 Rn. 12 ff.

⁵ K. Schmidt, GesR, 4. Aufl. 2002, § 4, § 6, §§ 7 ff., § 19 I.2; Lutter, AcP 180 (1980), 84 (90).

⁶ Siehe zum sog. *numerus clausus* der Rechtsformen unten III.1.b.; vgl. BeckOGK/Köner, 7. Ed. 01.05.2021, HGB § 130a Rn. 9.1; K. Schmidt, ZIP 2014, 493 (499, 494 f.).

⁷ Flume, ZHR 136 (1972), 177, (188 ff.); Flume in: FS Knur, 127 f.; siehe Habersack, AcP 198 (1998), 152 (160); Henssler, PartGG, 3. Aufl. 2018, § 1 Rn. 5, 7; Kießling in: FS Hadding, S. 477 ff.; BeckOGK/Köner, HGB § 130a Rn. 9.1; Habersack/Schäfer/Schäfer, HGB § 105 Rn.

eine juristische Person (als Körperschaft)⁸ oder eine Personengesellschaft handelt (vgl. § 14 Abs. 2 BGB, § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO)⁹. Lediglich bloße, vermögenslose Innengesellschaften beschränken sich mangels schützenswerter Drittbelange auf eine schuldrechtliche Vereinbarung der Gesellschafter¹⁰. In diesem Verhältnis gilt die allgemeine privatrechtliche Vertragsfreiheit zwischen Individuen¹¹.

2. *Privatautonomie, Wettbewerb und Markt.* – Bevor man sich den Erscheinungsformen regulatorischer Eingriffe in die spezifisch gesellschaftsrechtliche Vertragsfreiheit zuwenden kann, gilt es im Folgenden, den Zusammenhang von Vertragsfreiheit und Markt im Gesellschaftsrecht herzustellen. Die Mitglieder und der Verband treten an unterschiedlichen Stellen zueinander sowie mit Dritten in rechtsgeschäftliche Beziehungen. In diesen können die Privatautonomie – eine tragenden Säule unserer Privatrechtsordnung¹² – sowie die daraus folgende Vertragsfreiheit Geltung beanspruchen¹³. Privatautonomie gilt als das Prinzip der freien Selbstbestimmung und Selbstgestaltung seiner Rechtsverhältnisse im Rechtsleben durch den Einzelnen nach seinem Willen¹⁴. Privatrechtssubjekte organisieren ihren auf dem Privateigentum fußenden Gütertausch danach selbstbestimmt. Nach der gesetzlichen Gesamtsystematik stehen die Privatautonomie sowie die daraus folgende Vertragsautonomie in der untrennbaren Wechselwirkung von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung¹⁵.

Komplementär zur Privatautonomie sowie zum Privateigentum wird eine funktionsfähige freie Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung von dem Gedanken der Wettbewerbsfreiheit bestimmt¹⁶. Verfassungsrechtliche Verankerung erfahren diese drei Säulen des Privatrechts durch die Handlungsfreiheit, die Eigentumsfreiheit sowie die Vereinigungsfreiheit¹⁷. Rechtspolitischer Hinter-

7, § 105 Rn. 38 ff.; K. Schmidt, ZIP 2014, 493 (497 f.); K. Schmidt, ZHR 177 (2013), 712 (713 ff.); K. Schmidt, AcP 209 (2009), 181 (196 ff.); Ulmer, AcP 198 (1998), 113 (113 ff.); siehe nun auch § 705 BGB-E RegE MoPeG.

⁸ Vgl. BGHZ 25, 134 (144) = NJW 1957, 1433 (1434).

⁹ BGHZ 146, 341-361 = juris-Rn. 9; siehe nun auch § 705 BGB-E RegE MoPeG.

¹⁰ Vgl. K. Schmidt, AcP 209 (2009), 181 (193 f., 197 ff.); Schäfer, Gutachten E zum 71. DJt, D.I.3.a.; MüKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 277.

¹¹ MüKoHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2019, § 230 Rn. 72; BeckOGK/Geibel, 01.01.2019, BGB § 705 Rn. 227 ff.

¹² Vgl. S. Huber, Erfüllungshaftung Vertragsfremder, 2017, 211 ff., 244 ff., 462 f.

¹³ Vgl. Maunz/Dürig/Di Fabio, 55. EL 5/2019, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 101.

¹⁴ Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 1.1; Reul, DNotZ 2007, 184 (185).

¹⁵ Flume, Das Rechtsgeschäft, § 1.4, § 8; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 1.13.

¹⁶ Staudinger/Busche, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2009, F. Rn. 4.

¹⁷ Vgl. BeckOK GG/Cornils, 47. Ed. 15.08.2020, Art. 9 Rn. 18 ff.

grund der Wettbewerbsfreiheit ist, dass unverfälschter Wettbewerb bewirkt, dass Selbstbestimmung und Selbstverantwortung auf Märkten effizient ausgetauscht werden und zu gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtsgewinnen führen.¹⁸ So versteht man unter Wettbewerb die Gesamtheit eines komplexen Systems von Marktprozessen, das entsteht, wenn Wirtschaftssubjekte von ihrer individuellen, (wirtschaftlichen) Handlungsfreiheit auf Märkten im Rahmen der Rechtsordnung Gebrauch machen¹⁹. Wettbewerb hat fundamentale Bedeutung für jede freiheitliche Gesellschafts- und Privatrechtsordnung, weil durch diesen eine gleichmäßige Machtverteilung in Wirtschaft und Gesellschaft gefördert wird²⁰. Ein Markt ist dabei derjenige Ort, an dem Angebot und Nachfrage aufeinander treffen²¹. Dort findet im marktwirtschaftlichen System in Ausübung individueller Freiheit ein privatautonomer Aushandlungsprozess statt, bei dem Güter unter Annahme rationalen Verhaltens der Marktakteure (Annahme des sog. *homo oeconomicus*) entsprechend den eigenen Präferenzen ausgetauscht werden²². Kann sich die „unsichtbare Hand des Marktes“ bei unverfälschtem Wettbewerb frei entfalten, führt dies zu einem transaktionskostengünstigen Güterverteilungsmechanismus, weil die einzelnen Marktakteure ihre Vermögensgegenstände im Rahmen privatautonomer Aushandlungsprozesse regelmäßig nur austauschen, wenn sie dafür, gemessen an ihren Präferenzen, mindestens ein ausgleichendes Äquivalent erhalten²³. Wirtschaftsakteure streben dabei, anders als private Haushalte regelmäßig nach Gewinnmaximierung. Etwa über die §§ 273, 320, 362 ff. BGB findet diese Wertung Einzug in das BGB²⁴.

Eine auf Privatautonomie und Eigentum aufgebaute und durch Verträge gestaltete Privatrechtsordnung führt aber nur dann zu „gerechten“ Ergebnissen, wenn es keinem Wirtschaftsakteur möglich ist, an die Stelle des interessenaus-

¹⁸ Vgl. EuGH – C-8/08 – T-Mobile Netherlands BV, Rn. 38 (EuGH-Entscheidungen abrufbar unter curia.europa.eu); Immenga/Mestmäcker/Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Band 1, Einl. A. Rn. 7 ff.; FK Kartellrecht/Könen, 97. EL 9/2020, FKVO Art. 2 Rn. 113 ff.

¹⁹ Emmerich, Kartellrecht, 12. Aufl. 2012, Einl. Rn. 3; FK Kartellrecht/Könen, FKVO Art. 2 Rn. 114.

²⁰ Emmerich, Einl. Rn. 10.

²¹ EuGH – C-35/96 – Kommission/Italien, Rn. 36; GA Maduro, Schlussantr. v. 10.11.2005 – C-205/03 P – FENIN, Rn. 13; Könen, ZHR 182 (2018), 684 (694 f.); Könen/Dogs, ZWeR 2017, 409 (411 ff.).

²² Eidenmüller, JZ 2005, 216 (217 ff.); H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, 5. Aufl. 2013, Einl. 4., 3.1.2, 4.1, 4.3.3.

²³ Vgl. LMRKM/Meessen/Kersting, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Einf. Rn. 7.

²⁴ Im marktwirtschaftlichen Rechtsleben wird eine Leistung regelmäßig nur gegen mindestens ein vermögensmäßig-ausgleichendes Äquivalent erbracht (sog. vertragliches „Äquivalenzprinzip“; dies bedeutet aber unter Berücksichtigung individueller Präferenzen kein materielles Äquivalenzprinzip; vgl. §§ 134, 138 BGB); vgl. Staudinger/Olzen, 2015, Einl. zum Schuldrecht Rn. 66 ff.

gleichenden Vertragsmechanismus sein einseitiges Diktat zu setzen²⁵. Hintergrund ist, dass Vertragsfreiheit nur bei beidseitiger Selbstbestimmung (entgegen einseitiger Fremdbestimmung) zu gewährleisten ist, wenn also ein ausgewogenes Kräfteverhältnis besteht²⁶. Existiert hingegen ein strukturelles Ungleichgewicht, bedarf es rechtlich legitimer Kompensationsnormen²⁷. Nach dem dem Wettbewerbsrecht zugrunde liegenden ordoliberalen Ansatz – als einer Form marktwirtschaftlicher Wirtschaftsordnung – sollen sich staatliche Eingriffe in den Wettbewerb auf die Schaffung sowie Überwachung eines Ordnungsrahmens beschränken, innerhalb dessen sich unter Gewährung individueller Handlungsfreiheit die Kraft des Wettbewerbs auf den Märkten frei entfalten soll, womit einhergehend die größtmöglichen gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtszuwächse zu erwarten sind²⁸. Der Staat soll nach marktordnungsrechtlichem Ansatz nur dort lenkend tätig werden, wo die marktwirtschaftlichen Mechanismen versagen, weil das privatautonome Verhandlungsgleichgewicht gestört ist und deshalb ein gesamtwirtschaftlicher Wohlfahrtsverlust zu befürchten ist. Aufgabe der sozialen Marktwirtschaft ist es sodann, den Markt vor seinen eigenen Ergebnissen zu schützen.

Zentrales Prinzip der auf Privatautonomie, Privateigentum und Wettbewerb fußenden Wirtschaftsordnung ist damit die Freiheit der Individuen; diese bestimmt im Zusammenspiel von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung die gesellschaftsrechtsrelevanten Märkte, auf denen regulatorische Einschränkungen der Privatautonomie in Betracht kommen. Insbesondere in Konstellationen des Marktversagens – wenn also das privatautonome Verhandlungsgleichgewicht gestört ist – ist es Aufgabe des Privatrechts, die in der Privatautonomie zum Ausdruck kommende Selbstbestimmung in eine ausgewogene Beziehung zur Selbstverantwortung zu stellen. Der wirtschaftsrechtliche Grundsatz der Selbstverantwortung ist insoweit regelmäßiger Anknüpfungspunkt für normative Einschränkungen der Freiheit zur Selbstbestimmung.

Im Gesellschaftsrecht erfolgt dies – insbesondere in Anbetracht der unionsrechtlichen Harmonisierungsbestrebungen – mit Blick auf die Interessen aller sog. Stakeholder, die zur Gesellschaft in rechtliche Beziehungen treten: Arbeitnehmer, aktuelle bzw. potenzielle Mitglieder und Gläubiger sowie die Allgemeinheit²⁹. Damit verfolgt das Gesellschaftsrecht insgesamt – anstatt eines bloß

²⁵ *Emmerich*, Einl. Rn. 9 f.

²⁶ *BVerfG*, NJW 1994, 36 (38); *Teichmann*, RNotZ 2013, 346 (349).

²⁷ *Reul*, DNotZ 2007, 184 (201).

²⁸ Vgl. *EuGH – C-8/08 – T-Mobile Netherlands BV*, Rn. 38; *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1990; *Müller*, Wettbewerb und Unionsverfassung, 2014, 143 ff.; *Wiedemann/de Bronett*, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 22 Rn. 3; *Wiedemann/Ewald*, Handbuch des Kartellrechts, § 7 Rn. 11 ff.; siehe auch *Möschel*, AcP 216 (2016), 13 ff.

²⁹ Vgl. *ErwGr. Nr. 4 des „Company Law Package 2018, COM (2018) 241 final*; *RL (EU) 2017/1132*; *RL (EG) 2009/101*; *RL (EU) 2012/30*; *RL (EG) 2009/102*; *RL 2007/36/EG*; *Ha-*

auf die Gesellschaft bezogenen Shareholder-Ansatzes, wie er teilweise in Bezug den Pflichtenmaßstab der Leitungsorgane von Gesellschaften angenommen wird³⁰ – einen umfassenderen Stakeholder-Ansatz. Das Gesellschaftsrecht und das Kartellrecht sind insoweit Elemente des sog. Wirtschaftsprivatrechts als das Recht über die Verhaltensweisen von Individuen auf dem Markt. In Ihrer Gesamtheit bilden sie diejenigen Regelungen, die in wirtschaftsrechtlichem Kontext das privatautonome Zusammenspiel von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung bestimmen.

III. *Freiheit zum Rechtssubjekt – Freiheit des Rechtssubjekts.* – Im nationalen Gesellschaftsrecht sind vor dem Hintergrund dieses Zusammenspiels drei Ebenen zu identifizieren, in denen selbstbestimmte Gestaltungsmöglichkeiten zwischen rechtsgeschäftlich aufeinandertreffenden Marktakteuren in Betracht kommen. Auf jedem der dabei rechtsgeschäftlich relevanten Märkte existiert ein Spannungsfeld zwischen der privatautonomen Vertragsfreiheit der zu beurteilenden Subjekte sowie deren regulatorische Fremdbestimmung durch den Staat. Insoweit geht es also um das durch diesen Beitrag in Bezug genommene „Zusammenspiel von Regeln und Markt.“ Spezifisch gesellschaftsrechtliche Eingriffe des Staates sind rechtlich legitimierungsbedürftig und nur dann angezeigt, wenn – gesellschaftsrechtlich veranlasst – die existenten Ausgleichs-Mechanismen des bürgerlichen Rechts versagen, weil verbandsspezifische Gefährdungslagen aufkommen.

Für die weitere Analyse ist zwischen der Freiheit zum Rechtssubjekt (dazu unter 1.) sowie der Freiheit des Rechtssubjekts – einerseits gegenüber potenziellen Mitgliedern (dazu unter 2.) sowie andererseits gegenüber Dritten zu unterscheiden (dazu unter 3.). Jede der drei Ebene ist unterschiedlichen Einschränkungen unterworfen, teilweise allgemein privatrechtlichen Grenzen und teilweise gesellschaftsrechtlichen Regularien.

1. *„Verbandsautonomie“ als Ausprägung der Gesellschaftsvertragsfreiheit (Freiheit zum Rechtssubjekt).* – Auf einer Ebene geht es um die sog. „Verbandsautonomie“³¹ als Ausprägung der Gesellschaftsvertragsfreiheit – rechtsform-

bersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 3 Rn. 38, 45 f.; *Teichmann*, NZG 2019, 241 ff.; *Hüffer/Koch/Koch*, AktG, 15. Aufl. 2021, § 15 Rn. 10, § 76 Rn. 28 ff.; *Schön*, ZHR 180 (2016), 279 ff.

³⁰ *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 76 Rn. 29, 37 f.; *MüKoGmbHG/Fleischer*, 3. Aufl. 2019, § 43 Rn. 16 ff.; *Hölters/Weber*, AktG, 4. Aufl. 2021, § 76 Rn. 19 ff.

³¹ Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis dieses Begriffs stellt die Verbandsautonomie einen rechtsformunabhängigen Oberbegriff der Gesellschaftsvertragsfreiheit in der Form dar, dass er die Freiheit bezeichnet, sich zu einem Verband zusammen zu schließen. Davon abzugrenzen ist der Begriff der Verbandsouveränität, unter dem die Frage thematisiert wird, inwieweit diese zugleich eine Grenze der Satzungsautonomie begründet, die der mitgliederschaftlichen Disposition

spezifisch auch Satzungsautonomie³². Dies ist die Freiheit der Mitglieder, sich über die Vereinbarung eines gemeinsamen Verbandszwecks als am Rechtsverkehr selbständig teilnehmender Verband zusammen zu schließen und dessen Struktur sowie die inneren Verhältnisse selbst zu gestalten.

a) *Innere Struktur des Verbandes.* – Die inneren Verhältnisse richten sich nach dem Gesellschaftsvertrag, der die Verbandsverfassung bildet³³. Die rechtsgeschäftliche Teilnahme des Einzelnen an einem Gesellschaftsvertrag führt zu dessen privatautonomer Unterwerfung unter die kollektive Mehrheitsherrschaft des Verbandes mit der Folge, dass die Selbstbestimmung des Einzelnen in der werbenden Gesellschaft hinsichtlich seiner mitgliedschaftlichen Teilhabe eingeschränkt ist, weil die kollektive Willensbildung im Rahmen des Verbandszwecks regelmäßig im Wege der Beschlussfassung kraft Mehrheitsentscheidung erfolgt³⁴. Auf diese Weise können unter Anknüpfung an den Gesellschaftsvertrag insbesondere Rechtspositionen von Minderheiten verkürzt werden³⁵. Auf das an diese Gemengelage anknüpfende Beschlussmängelrecht als Form der Konkretisierung der Vertragsgestaltungsfreiheit wird in der wissenschaftlichen Diskussion der Fokus gelegt.³⁶

Der Gesellschaftsvertrag ist ein typisch unvollständiger Vertrag, er muss aber angesichts seiner langen Laufzeit in vielen Situationen tragfähig sein³⁷. Darüber hinaus handelt es sich zum Zeitpunkt der Gründung häufig um emotional geprägte Entscheidungen, sodass zB keine Regelungen für Gesellschafterkonflikte getroffen werden; dabei vertrauen die Gesellschafter regelmäßig auf ergänzende gesetzliche Regelungen. Vor diesem Hintergrund sind gesetzliche Vorgaben an die Verbandsverfassung grundsätzlich dispositiv, weil sie für rechtsformtypische Situationen gesellschaftsvertragsergänzende Regelungen treffen, um auf diese Weise Transaktionskosten zu sparen. Eindeutig ist dies bei

entzogen sei. Siehe dazu zutreffend, *Leuschner*, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, 467 ff.; *MüKoBGB/Leuschner*, § 25 Rn. 34 f.

³² *MüKoBGB/Leuschner*, § 25 Rn. 32 f.; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 3 Rn. 103 ff.; *MüKoGmbHG/Wicke*, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 148; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 52 Rn. 24 ff.; zur sog. Verbandssouveränität, *K. Schmidt*, *GesR*, § 24 V; *Hölters/Haberstock/Greitemann*, AktG, 3. Aufl. 2017, § 179 Rn. 4; *MüKoBGB/Leuschner*, § 25 Rn. 34 f.; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 45 Rn. 19 ff.; *BeckOK BGB/Schöpflin*, § 21 Rn. 57.

³³ Vgl. *MüKoHGB/Enzinger*, § 109 Rn. 1; *MüKoGmbHG/Heinze*, § 2 Rn. 4; *Reichert/Liebscher*, GmbH & Co. KG, 8. Aufl. 2021, § 1 Rn. 6; *MüKoAktG/Pentz*, § 23 Rn. 37 ff.; *MüKoBGB/Schäfer*, § 705 Rn. 132 f.; *MüKoGmbHG/Wicke*, § 3 Rn. 101.

³⁴ Vgl. *EBJS/Freitag*, HGB § 119 Rn. 8 f.; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 47 Rn. 4 ff.

³⁵ Zum Kernbereichsschutz der Mitgliedschaft, *BeckOGK/Könen*, BGB § 38 Rn. 113 ff.

³⁶ Vgl. *Bayer* in: *Schranken der Vertragsfreiheit*, 2007, 91 ff.

³⁷ *Teichmann*, RNotZ 2013, 346 (350).

Personengesellschaften³⁸. § 45 Abs. 2 GmbHG trifft für die sog. kleine Kapitalgesellschaft – die GmbH – aber ebenfalls folgende Regelung: „In Ermangelung besonderer Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages finden die Vorschriften der §§ 46 bis 51 Anwendung“³⁹. Zwingend ausgestaltet ist bei der GmbH lediglich das gläubigerschützende Kapitalschutzregime, welches dazu beiträgt, dass die Privatvermögen der Gesellschafter vom Haftungszugriff der Gesellschaftsgläubiger abgeschirmt sein können. Völlig anders ist dies hinsichtlich der AG: für diese gilt gemäß § 23 Abs. 5 AktG die sog. Satzungsstrenge, wonach die Vorschriften des AktG vornehmlich zwingend sind. Diesbezügliches Regelungsanliegen ist die Schaffung einer standardisierten Gesellschaftsform, um Satzungsstreitigkeiten vorzubeugen und es den Anlegern zu ersparen, unterschiedliche AG-Satzungen zu vergleichen⁴⁰.

Einschränkungen vom Grundsatz der Gesellschaftsvertragsfreiheit erfolgen zunächst im Interesse der durch das Gesellschaftsrecht geschützten Stakeholder⁴¹ Insoweit hat das Gesellschaftsrecht drei Aufgaben: 1. öffentliche Interessen einzubinden (zB hinsichtlich der Arbeitnehmermitbestimmung), 2. den Rechtsverkehr zu schützen sowie 3. Innergesellschaftsrechtliche Konflikte zu entscheiden (etwa zwischen der Mehrheit und einer Minderheit oder zwischen verschiedenen Organen)⁴². Normiert werden zB als Grenzen der Vertragsfreiheit im Binnenverhältnis der Gesellschafter zueinander Mindestinformationsrechte (vgl. § 118 HGB), Abspaltungsverbote (§ 717 BGB)⁴³, qualifizierte Mehr- bzw. Minderheitenerfordernisse⁴⁴ oder Stimmverbote⁴⁵. Ferner wird in Bezug auf Satzungen und Gesellschaftsverträge in Anbetracht des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB anstatt einer AGB-Inhaltskontrolle – mit Ausnahme von Publikumsgesellschaften bei denen anstatt der Ausübung von Mitgliedsrechten der Anlagecharakter im Vordergrund steht⁴⁶ sowie bestimmten vereinsrechtlichen Ge-

³⁸ Vgl. *Altmeyden*, NJW 2015, 2065 ff.; MHdb GesR/*Schücking*, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 2 Rn. 25.

³⁹ Vgl. MüKoGmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 84 ff. Zum zwingenden Charakter einzelner Vorschriften des GmbHG, *Teichmann*, RNotZ 2013, 346 (348 ff.).

⁴⁰ *Bayer* in: *Schranken der Vertragsfreiheit*, 2007, 91; siehe dazu *Hübner* in diesem Band.

⁴¹ Siehe dazu oben II.2.

⁴² *Bayer* in: *Schranken der Vertragsfreiheit*, 2007, 91 f.

⁴³ *Teichmann*, RNotZ 2013, 346 (348 ff.); BeckOGK/*Könen*, BGB § 38 Rn. 173.

⁴⁴ Etwa §§ 33 Abs. 1, 37 BGB, §§ 53 Abs. 2 S. 1, 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, § 179 Abs. 2 S. 1 AktG §§ 233, 240 UmwG; vgl. MüKoGmbHG/*Drescher*, § 47 Rn. 47 f.

⁴⁵ Etwa § 47 Abs. 4 GmbHG, § 136 Abs. 1 AktG; vgl. MüKoGmbHG/*Drescher*, § 47 Rn. 128 ff.

⁴⁶ Dabei kommt es im Rahmen von § 242 BGB zur Berücksichtigung AGB-rechtlicher Wertungen, vgl. BGH DStR 2013, 1295; BGH NJW 1975, 1318; BGH NJW 1988, 1903; MüKoBGB/*Basedow*, § 310 Rn. 121 ff.; MHdb GesR/*Jaletzke*, 5. Aufl. 2019, Bd. 2, § 65 Rn. 8 ff.; *Könen*, ZIP 2016, 2002 (2006); Graf v. Westphalen/*Thüsing/Mock*, Vertragsrecht und AGB-

staltungen – eine spezifisch gesellschaftsrechtliche Inhalts- und Ausübungskontrolle von Beschlüssen anhand mitgliedschaftlicher sowie minderheitenschützender Rechte vorgenommen⁴⁷. Berücksichtigt werden dabei insbesondere der Kernbereichsschutz, der Gleichbehandlungsgrundsatz sowie die Treuepflicht. Die Einschränkung der Gesellschaftsvertragsfreiheit erfolgt insoweit – nachgelagert – im Wege einer materiellen Beschlusskontrolle unter Beachtung gesetzlicher Verbote (§ 134 BGB) sowie der guten Sitten auf der Grundlage von § 138 BGB⁴⁸ bzw. im Rahmen einer Ausübungskontrolle nach Treu und Glauben (§ 242 BGB)⁴⁹. Soweit etwa eine satzungsmäßige Ausschließungs- und Abfindungsvereinbarung noch nicht gegen § 138 BGB verstößt, kann gleichwohl der Missbrauchseinwand nach § 242 BGB in Betracht kommen; dies gilt insbesondere im Falle schleichender Fehlerhaftigkeit⁵⁰. Ferner kommen ergänzende Vertragsauslegungen (gemäß §§ 133, 157, 242 BGB) unter Berücksichtigung der Treuepflicht oder Vertragsanpassungen nach § 313 BGB in Betracht⁵¹. Vor dem Hintergrund des Charakters des Gesellschaftsvertrages als Verbandsverfassung ist insoweit tendenziell eine objektive Auslegung angezeigt, weil die Verfassung auch für hinzutretende Gesellschafter verbindlich ist⁵². Um gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen der Vertragsfreiheit bei der Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsgestaltung auszuweichen, können ergänzende Nebenabreden vereinbart werden⁵³. Dies ist sogar mit Blick auf den aktiengesetzlichen Regelungszweck sowie die Vorschrift des § 23 Abs. 5 AktG unbedenklich, weil Aktienerwerber nicht ohne ihre Mitwirkung an die schuldrechtlichen Nebenabreden ihrer Rechtsvorgänger gebunden werden⁵⁴.

Klauselwerke, GesR, 46. Aufl. 2021, Rn. 32 f.; a.A. MüKoHGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 130 f.; BeckOGK/*Kähler*, 15.04.2021, BGB § 242 Rn. 943 ff.

⁴⁷ Vgl. MüKoBGB/*Schäfer*, § 705 Rn. 139 ff.

⁴⁸ MüKoHGB/*K. Schmidt*, § 131 Rn. 156.

⁴⁹ Vgl. *Altmeppen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 47 Rn. 46 ff.; MüKoHGB/*Enzinger*, § 119 Rn. 82 ff.; MüKoHGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 130 ff.; Emmerich/*Habersack/Habersack*, 9. Aufl. 2019, AktG § 311 Rn. 50 f.; *Koch*, ZHR 182 (2018), 378 ff.; *K. Schmidt*, ZHR 158 (1994), 205; MüKoGmbHG/*Strohn*, § 34 Rn. 236 ff.; *Wertenbruch*, NZG 2013, 641; EBJS/*Wertenbruch*, HGB § 105 Rn. 148.

⁵⁰ Vgl. *Bayer* in: *Schranken der Vertragsfreiheit*, 2007, 91, 98 ff.; MüKoHGB/*K. Schmidt*, § 131 Rn. 159; *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Sosnitzer*, GmbHG § 34 Rn. 93 ff.

⁵¹ BGH NJW 1994, 2536 (2539 f.); BeckOGK/*Martens*, 01.04.2021, BGB § 313 Rn. 91 ff.; EBJS/*Wertenbruch*, HGB § 105 Rn. 103.

⁵² Vgl. bei körperschaftlicher Organisationsstruktur, BGH NZG 2011, 1420; zu Publikumsgesellschaften, *BGH*, NZG 2018, 1226 (1227); hingegen tendenziell subjektive Auslegung bei personalistisch strukturierten Personengesellschaften, *BGH*, NZG 2014, 1296 (1299); *Henssler/Strohn/Henssler*, 5. Aufl. 2021, HGB § 105 Rn. 98; EBJS/*Wertenbruch*, HGB § 105 Rn. 100.

⁵³ *BGH*, NJW 2010, 3718 (3719); *Hüffer/Koch/Koch*, AktG § 23 Rn. 47; *Spindler/Stilz/Limmer*, AktG, § 23 Rn. 41.

⁵⁴ *BGH*, NZG 2013, 220 (221); *BGH*, NJW 1987, 1890 (1891).

b) „Markt für Rechtsformen“ unter Beachtung des *numerus clausus der Verbandsformen*. – Angesichts der unterschiedlich einschneidenden Vorgaben an die innere Struktur kommt der Gesellschaftsvertragsfreiheit die eigentliche Bedeutung bereits auf dem vorgelagerten „Markt für Rechtsformen“ hinsichtlich der Wahl für die das Regelungsregime bestimmenden Gesellschaftsform zu. Die Freiheit, sich zu einem Verband zusammenzuschließen und sich eine eigene Verfassung zu geben, findet dabei ihre originäre Einschränkung dadurch, dass der Staat diejenigen Einheiten selbst bestimmt, die er als Rechtssubjekte mit Rechtsfähigkeit ausstattet⁵⁵. Zugleich erschöpft sich die Rechtsformwahlfreiheit in den zur Verfügung gestellten Normativbestimmungen, wie sie sowohl in den innenrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten aber auch im Verhältnis zu Dritten zum Ausdruck kommen.

Die Rechtssubjektivität von Verbänden führt dazu, dass unmittelbar diese – als Folge organschaftlich vermittelten Eigenhandelns – Schuldner von Verbindlichkeiten werden; die Vertretungsorgane gehören dem Verband als „verfassungsmäßige Glieder“ an und handeln „aus ihm heraus“⁵⁶. Ohne normative Vorgaben bliebe lediglich das Gesellschaftsvermögen rechtsfähiger Verbände dem Haftungszugriff der Gläubiger unterworfen, die Gesellschafter-Privatvermögen wären hingegen von Zugriff der Gläubiger abgeschirmt⁵⁷. So ist das Schuldnervermögen der zentrale Bezugspunkt zur Realisierung eingegangener Verbindlichkeiten, weil zunächst nur derjenige, der schuldet, auch mit seinem Vermögen haftet⁵⁸. Mit der organisationsrechtlichen Vermögenstrennung ginge sodann die verbandsspezifische Gefahr einher, dass die Gesellschafter – insbesondere in der wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft – zu opportunistischen Verhaltensweisen neigten⁵⁹, auf die sich die Gläubiger im Rahmen des vorangegangenen privatautonomen Aushandlungsprozesses nicht einstellen konnten⁶⁰. Angesichts der Berührung einer Verbandsorganisation mit Rechtspositionen Dritter macht die Rechtssubjektivität von Verbänden die Ordnung deren Orga-

⁵⁵ Lehmann, AcP 207 (2007), 225 (230); Könen, NZKart 2017, 15 (19); Könen in: Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft, 2016, 159, 187; siehe insoweit zur Rechtsfähigkeit der GbR, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 sowie zum nichteingetragenen Verein, MüKoBGB/Leuschner, § 54 Rn. 18 f.

⁵⁶ K. Schmidt, GesR, § 10.II.1.

⁵⁷ Vgl. zur verbandsrechtlichen Haftungsabschirmung, H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des, Kap. 25.9.1.

⁵⁸ Siehe BGB-RGRK/Alff/Ballhaus/Weber, 12. Aufl. 1976, § 241 Rn. 10; Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, 44; Larenz, Schuldrecht, 14. Aufl. 1987, § 2 IV, 23; Staudinger/Olzen, 2015, BGB, Einl. zum Schuldrecht Rn. 241.

⁵⁹ König, AcP 217 (2017), 611 (623); Mülbert, Der Konzern 2004, 151 (153 f.); Tröger in: FS Westermann, 1533, 1546 ff.

⁶⁰ Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, 14 ff.

nisation und Haftungsverfassung durch das objektive Recht erforderlich, wie es im sog. *numerus clausus* der Gesellschaftsformen zum Ausdruck kommt⁶¹. Dies erfolgt insbesondere durch gläubigerschützende Normativbestimmungen, etwa Kapitalschutzregelungen, eine persönliche Gesellschafterhaftung, die Geltung handelsrechtlicher Vorschriften sowie haftungsbewährte Organpflichten im Stadium materieller Insolvenzreife. Bestimmte Verbandszwecke – etwa bei der Genossenschaft oder der PartG – erfordern darauf aufbauend partiell spezialgesetzliche Wertungsentscheidung. Folge rechtsformspezifischer Restriktionen kann daher die Aufhebung der gesellschaftsrechtlichen Vermögens- bzw. Haftungsabschirmung sein, eine in persönlicher Gesellschafterinnen- oder -außenhaftung mündende Rechtsformkontrolle⁶² oder die Geltung strengerer handelsrechtlicher Vorschriften; so kann etwa bei Betrieb eines Handelsgewerbes keine GbR betrieben werden.

Die Eigenschaft als Rechtssubjekt erfordert nicht zwingend ein formales Verleihungsverfahren, wie bei juristischen Personen⁶³, jedoch bedarf es eines staatlichen Anerkennungsaktes. Diese Funktion kommt dem *numerus clausus* zu. Dieser stellt gegenüber den „sonstigen“ vertraglichen Schuldverhältnissen eine Besonderheit dar, weil es danach entgegen dem Leitbild-Modell des BGB – vgl. etwa den Leasingvertrag oder den Factoringvertrag – untersagt ist, auf Grundlage des Gesellschaftsvertrages neue Gesellschaftsformen zu vereinbaren⁶⁴. Hintergrund ist, dass der Gesellschaftsvertrag nicht nur ein schuldrechtlicher Vertrag ist, sondern vornehmlich ein Organisationsvertrag⁶⁵. Wollen die Gesellschafter überindividuell als Verband am Rechtsverkehr teilnehmen, können sie dies „nur in den vom Gesetz eröffneten Grenzen[, d.h.] mit der Organisation und Haftungsverfassung, die [nach gesetzgeberischer Wertung] einen

⁶¹ K. Schmidt, GesR, § 5.II.1; Wiedemann, GesR Bd. 1, § 1.I.1; MüKoBGB/Leuschner, § 54 Rn. 19 f.; BeckOK BGB/Schöne, § 705 Rn. 4; siehe denkbaren Erweiterungen, Fleischer, ZHR 168 (2004), 673 (678 ff.).

⁶² Etwa bei einem – in Anbetracht der §§ 21, 22, 54 BGB – rechtsformverfehlenden Verein (analog § 128 HGB), vgl. MüKoBGB/Leuschner, § 54 Rn. 45; BeckOGK/Könen, BGB § 43 Rn. 5; ebenso bei einer Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung, etwa bei fehlerhafter Buchführung einer Einpersonen-Kapitalgesellschaft, BGH, NZG 2008, 187; BGHZ 165, 85 = NJW 2006, 1344; BGHZ 125, 366 = NJW 1994, 1801; zur Existenzvernichtungsinnenhaftung, BGHZ 173, 246; BGH, Uv. 6.11.2018 – II ZR 199/17, juris-Rn. 26 ff.; zum Verein, Leuschner, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, 357 ff.; zur PartG, Henssler, PartGG, § 8 Rn. 219.

⁶³ Siehe dazu MüKoBGB/Leuschner, Vor § 21 Rn. 12, 58; BeckOK BGB/Leuschner, § 21 Rn. 7, 28, § 54 Rn. 12 ff.

⁶⁴ Bayer in: Schranken der Vertragsfreiheit, 2007, 91, 93 f.

⁶⁵ Flume, ZHR 136 (1972), 177 (179); Habersack/Schäfer/Habersack, HGB, § 124 Rn. 3; Habersack/Schäfer/Schäfer, HGB, § 105 Rn. 40, 139; Ulmer, AcP 198 (1998), 113 (113 ff., 150); EBJS/Wertenbruch, HGB § 105 Rn. 13.

sachgerechten Schutz des Rechtsverkehrs ermöglicht“⁶⁶. Die daraus folgende Einschränkung der Vertragsfreiheit findet ihre Rechtfertigung in der Anerkennung der Rechtssubjektivität der einzelnen Gesellschaftsformen und dient der Rechts- und Verkehrssicherheit⁶⁷.

Im Rahmen der von einer Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsformen gilt sodann aber kein realstruktureller Typenzwang, vielmehr gilt eine weitreichende gesellschaftsvertragliche Gestaltungsfreiheit, Mischformen zu bilden (etwa GmbH oder Verein & Co. KG)⁶⁸. Ferner existieren vielfältige Möglichkeiten identitätswahrender Umwandlung⁶⁹.

2. *Aufnahme- und Beteiligungsfreiheit* („Verbandsmarkt“). – Entweder bereits im Zeitpunkt der Konstituierung als Verband, d.h. im Rahmen des gemeinsam vereinbarten Gesellschaftsvertrages oder als Folge kollektiver verbandsrechtlicher Willensbildung für den konstituierten Verband sind die Gesellschafter frei, Aufnahmevoraussetzungen für den Zutritt weiterer Mitglieder festzulegen oder beitrittswillige Bewerber abzulehnen⁷⁰. In Anbetracht des Umstandes, dass die Gesellschafter sich der kollektiven mehrheitlichen Willensbildung durch den Verband unterwerfen, ist diesen umgekehrt ein Austrittsrecht aus wichtigem Grund zuzuerkennen, welches lediglich nicht zur Unzeit ausgeübt werden darf⁷¹. Insoweit herrscht auch auf dem Markt, auf dem sich Gesellschaften und aktuelle sowie potentielle Mitglieder begegnen, Vertragsfreiheit. Bei diesem Markt handelt es sich gewissermaßen um den „Verbandsmarkt“⁷².

Zu einem Aufnahmezwang kann es kommen, wenn eine Gesellschaft eine wirtschaftlich, sozial oder kulturell marktstarke Stellung einnimmt und mithin als (faktischer) Monopolverband zu qualifizieren ist⁷³. Nach vorzugswürdiger

⁶⁶ Bayer in: Schranken der Vertragsfreiheit, 2007, 91, 94.

⁶⁷ K. Schmidt, GesR, § 5.II.1; MAH Personengesellschaftsrecht/Mutter/Müller, 3. Aufl. 2019, § 1 Rn. 1.

⁶⁸ K. Schmidt, GesR, § 5.III, § 5.II.3.

⁶⁹ K. Schmidt, GesR, § 12.I.4, 7, § 13.I.3; etwa nach dem UmwG, durch die Ausweitung des Geschäftsbetriebs einer Personengesellschaft sowie nach der vereinsrechtlichen Regelungssystematik (etwa im Wege der Eintragung bzw. Konzessionierung eines Verbandes als rechtsfähiger Verein sowie spiegelbildlich im Fall dessen Amtslöschung bzw. des Entzugs der „Rechtsfähigkeit“), Könen, npoR 2019, 171 (180); BeckOGK/Könen, BGB § 43 Rn. 27, § 47 Rn. 24; abweichend MüKoBGB/Leuschner, §§ 21, 22 Rn. 112, Vor § 41 Rn. 3, § 43 Rn. 3.

⁷⁰ Lutter, AcP 180 (1980), 84 (102 ff., 120 ff.); vgl. zum Verein, BeckOGK/Könen, BGB § 38 Rn. 22 ff.

⁷¹ BGHZ 116, 359 = NJW 1992, 892 (895); BGH NZG 2014, 541 (542); MüKoHGB/Grunewald, § 161 Rn. 39, 152 ff.; BeckOGK/Könen, BGB § 39 Rn. 16; MüKoGmbHG/Strohn, § 34 Rn. 102.

⁷² BeckOGK/Könen, BGB § 38 Rn. 63 ff., 68, 114 ff., 116.

⁷³ BGH, NJW-RR 1986, 583; BGH, NJW 1988, 553 (555); BGHZ 93, 151 = NJW 1985,

Auffassung ergibt sich dies aus einer erweiternden Anwendung des § 20 Abs. 5 GWB iVm § 826 BGB⁷⁴, wonach eine Ablehnung der Aufnahme in eine (wirtschaftliche) Vereinigung nicht in Betracht kommt, soweit diese eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung darstellen und zu einer unbilligen Benachteiligung führen würde⁷⁵.

Umgekehrt wird die gesellschaftsrechtliche Freiheit von Individuen eingeschränkt, indem gesetzlich Pflichtmitgliedschaften angeordnet werden; etwa in Sicherungsfonds, im genossenschaftlichen Prüfungsverband (§ 54 GenG), in der Industrie- und Handelskammer (§ 2 Abs. 1 IHKG), der Handwerkskammer (§ 90 Abs. 2 HandWO) sowie hinsichtlich der berufsständischen Versorgungseinrichtungen (etwa Versorgungswerke der Kammern)⁷⁶. Problematisch ist dies, wenn man eine eingeschränkt überprüfbare Verbandssanktionsgewalt annimmt⁷⁷.

Die Mitgliedschaft stellt ferner ein der Verfügung fähiges Recht dar, sodass der Anteil an der Gesellschaft sowohl rechtsgeschäftlich veräußert werden kann als auch im Wege der erbrechtlichen Rechtsnachfolge auf Erben übergehen kann⁷⁸. Auch insoweit sind die Gesellschafter grundsätzlich frei. Allerdings existieren diesbezüglich gesellschaftsrechtliche Spezialregelungen (vgl. §§ 38, 40 BGB, § 15 Abs. 2, Abs. 5 GmbHG). Hinsichtlich des Erwerbs von Gesellschaftsanteilen existieren etwa mit dem Übernahme-, Kapitalmarkt- und Wertpapierrecht Sondervorschriften. So muss ein Gesellschafter mit dem Kontrollerwerb nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (§§ 35, 29 WpÜG) an die bestehenden der Mehrheitsherrschaft unterworfenen Gesellschafter ein Pflichtangebot abgeben⁷⁹.

3. *Vertragsfreiheit gegenüber Dritten („Markt für Güter“)*. – Nach der Analyse der rechtsgeschäftlichen und organisationsrechtlichen Verhältnisse der Gesellschafter untereinander sowie des Verhältnisses der Gesellschaft gegenüber aktuellen und potentiellen Mitgliedern ist nun die dritte Ebene der Vertragsfreiheit zu beleuchten. Auf dieser geht es um die Drittbeziehungen der Gesellschaft als Subjekt im Rechtsverkehr.

1216; *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181 (198 ff.); *K. Schmidt*, GesR, § 24.V.2.b; BeckOGK/*Köten*, BGB § 38 Rn. 116 f.

⁷⁴ *BGH*, NJW 1962, 1508; *BGH*, NJW 1980, 186; *LG München I*, SpuRT 2018, 165.

⁷⁵ BGHZ 63, 282 = NJW 1975, 771 (771 f.).

⁷⁶ Vgl. *BGH*, NZG 2016, 1107; *OLG Thüringen*, DSrT 2015, 306.

⁷⁷ Vgl. BGHZ 21, 370 = NJW 1956, 1793; *Flume*, Die juristische Person, 1982, 332 ff.; *MüKoBGB/Leuschner*, 38 Rn. 33; *Wiedemann*, GesR Bd. 1, § 3.III.3; BeckOGK/*Köten*, BGB § 38 Rn. 179 f.

⁷⁸ BGHZ 77, 392 = NJW 1980, 2708; *K. Schmidt*, AcP 209 (2009), 181 (195 f.); *K. Schmidt*, GesR, § 19.IV.1; BeckOGK/*Köten*, BGB § 38 Rn. 94 ff.; *EBJS/Wertenbruch*, HGB § 105 Rn. 273 ff.

⁷⁹ Siehe auch die Übernahme-RL (EG) 2004/25; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 11.

Die Beurteilung der Vertragsfreiheit auf dem Markt für Güter vollzieht sich grundsätzlich nach den gleichen Mechanismen wie für alle Marktakteure. Aus der Rechtssubjektivität von Verbänden folgt, dass diesen in Anbetracht der auf Einlagenleistung gerichteten Sozialansprüche gegen die Gesellschafter ein eigenes Gesellschaftsvermögen zugeordnet ist, welches dem Haftungszugriff für Verbindlichkeiten unterliegen kann⁸⁰. Tritt ein Verband als solcher im Rechtsverkehr auf, kommt nur eine Verpflichtung des Verbandes mit dessen eigenem Vermögen in Betracht, weil Schuldner eines Schuldverhältnisses im engeren Sinne (vgl. § 241 Abs. 1 BGB) lediglich ein einzelnes Rechtssubjekt mit dem ihm zugewiesenen Schuldnervermögen sein kann (Umkehrschluss zu §§ 741 ff. BGB). Das haftungsrechtliche Substrat der durch selbstbestimmtes privatautonomes Handeln vermittelten Selbstverantwortung ist das dem handelnden Rechtssubjekt zugeordnete Vermögen, auf welches mit staatlichen Vollstreckungsmitteln zugegriffen werden kann⁸¹. Daraus ergibt sich die Konsequenz, dass grundsätzlich nur derjenige, der schuldet, auch mit seinem Vermögen haftet, soweit nicht die Einstandspflicht kraft privatautonomer Vereinbarung oder gesetzlicher Anordnung auf eine schuldnerfremde Vermögensverbindung ausgeweitet wird⁸². Die auf diese Weise verstandene Vermögens- und Haftungstrennung ist prägend für das nationale Recht, indem diesem ganz überwiegend das Rechtsträgerprinzip zugrunde liegt, welches Rechte und Pflichten an ein rechtsfähiges, vermögenstragendes Subjekt adressiert (vgl. §§ 1, 14 BGB)⁸³. Das Rechtsträgerprinzip hat zur Konsequenz, dass es im Verhältnis zu Dritten grundsätzlich keiner spezifisch gesellschaftsrechtlichen Regelungen bedarf, die ausschließlich Auswirkungen auf die Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht hätte. Im Fokus steht auf der dritten Ebene daher die „Vertragsfreiheit des Rechtsträgers“.

Hinsichtlich der Einschränkung ist wiederum maßgeblich auf die Stakeholder abzustellen – insbesondere die Gläubiger und die Arbeitnehmer. So herrscht etwa im Anstellungsverhältnis grundsätzlich Vertragsfreiheit⁸⁴. Die Vergütung unterliegt daher den allgemeinen Regelungen der §§ 134, 138 BGB, dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz sowie steuerrechtlichen Restriktionen im Hinblick auf die steuerliche Absetzbarkeit⁸⁵. Lediglich bei der

⁸⁰ Vgl. Habersack/Schäfer/Schäfer, HGB § 105 Rn. 266, 270.

⁸¹ Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 1.13.

⁸² Siehe BGB-RGRK/Alff/Ballhaus/Weber, § 241 Rn. 10; Larenz, Schuldrecht, § 2 IV, 23; Staudinger/Olzen, 2015, BGB, Einleitung zum Schuldrecht Rn. 241.

⁸³ Vgl. Baumbach/Hopt/Hopt, HGB Einl. vor § 1 Rn. 41; MüKoHGB/K. Schmidt, Vorb. zu § 1 Rn. 9.

⁸⁴ Vgl. MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück, § 35 Rn. 248 f.; MHdB GesR/v. Ditfurth, Bd. 1, § 7 Rn. 20 ff.

⁸⁵ Hümmelich/Reufels/Reufels, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 890 ff.; siehe § 8 KStG bzgl. verdeckter Gewinnausschüttungen.

AG sieht § 87 AktG bindende Rahmenbedingungen vor⁸⁶, allerdings dienen diese vornehmlich dem Schutz der Anleger im mitgliedschaftlichen Innenverhältnis. Soweit die Geschäftsführer gleichzeitig Mitglieder sind, können die gesellschaftsrechtlichen Regelungen aus dem Innenverhältnis auf das Außenverhältnis durchschlagen, insbesondere die Treuepflicht⁸⁷. Aus dem Konzernrecht der §§ 291 ff. AktG handelt es sich bei den Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen, den sog. „Unternehmensverträgen“⁸⁸, nur augenscheinlich um Regelungen des Außenverhältnisses. Da diese gleichzeitig die wirtschaftliche und rechtliche Struktur der AG verändern, kommt ihnen gleichzeitig die Rechtsnatur als Organisationsvertrag zu, sodass auch hier das Innen- auf das Außenverhältnis durchschlägt und es sich letztlich nicht um eine Beschränkung der Vertragsfreiheit gegenüber Dritten handelt⁸⁹.

Soweit verbandsspezifische Gefährdungslagen aus dem Verhältnis zu Dritten spezifisch gesellschaftsrechtliche Korrekturen erforderlich machen, zB hinsichtlich der Gefahr einer Vollbeendigung des Rechtssubjekts oder bezüglich der vermögensmäßigen Aushöhlung des Verbands von innen, etwa in Form der Insolvenzantragspflicht (§ 42 Abs. 2 S. 1 BGB, § 15a InsO) sowie die daran anknüpfende Insolvenzverschleppungshaftung (§ 42 Abs. 2 S. 2 BGB, § 130a HGB, § 64 GmbHG, §§ 93 Abs. 1, 92 Abs. 3 Nr. 6 AktG, §§ 34 Abs. 3 Nr. 4, 99 GenG) – geschieht dies in erster Linie dadurch, dass gegenüber Mitgliedern oder Geschäftsleitern gesellschaftsrechtliche Sanktionen greifen, indem mit diesen ein weiteres Schuldverhältnis begründet wird, ohne Auswirkungen auf die rechtsgeschäftlichen Beziehungen zur Gesellschaft zu haben (vgl. § 128 HGB).

Greifen im Außenverhältnis von Gesellschaften Regulierungen, handelt es sich daher weniger um gesellschaftsspezifische Situationen als um Konfliktfälle, in denen lediglich faktisch nahezu nur Gesellschaften betroffen sind. Diesbezüglich geht es nicht um einen Ausgleich spezifisch verbandsrechtlicher Gefährdungslagen.

Insbesondere das von BaFin und BKartA durchgesetzte Finanzmarktaufsichtsrecht bzw. Kartellrecht sowie das durch die BNetzA überwachte Regulie-

⁸⁶ Vgl. *BGH*, DStR 2019, 1532 (1534); Hümmerich/Reufels/Reufels, Gestaltung von Arbeitsverträgen, § 2 Rn. 890 ff.; siehe insbesondere das ARUG II (BT-Drs. 19/10507) in Umsetzung der Änderungs-RL (EU) 2017/828 zur RL (EU) 2007/36; vgl. *Poelzig*, NZG 2020, 41; *Velte*, NZG 2020, 12; *Zwirner/Vodermeier*, BC 2020, 25.

⁸⁷ Vgl. Saenger/Inhester/Lücke/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 35 Rn. 88 f. Als rein interner Vorgang unterliegt die Genehmigung der Geschäftsführervergütung durch die Gesellschafterversammlung Einschränkungen durch die Treuepflicht.

⁸⁸ Vgl. *Hahn*, DStR 2009, 589.

⁸⁹ BGHZ 103, 1 = NJW 1988, 1326; BGHZ 105, 324 = NJW 1989, 295; BGHZ 116, 37 = 1992, 505; MüKoAktG/Altmeyen, § 291 Rn. 27 f.

rungsrecht – jeweils eine Schnittmenge aus Privatrecht und öffentlichem Recht – treffen keine gesellschaftsspezifischen Regelungen. Maßstab ist stets eine wertende Beurteilung der Marktaktivitäten, wobei in zivilrechtlicher Tradition Pflichtenadressat unter Berücksichtigung des Rechtsträgerprinzips grundsätzlich der jeweilige Verband oder die einzelne natürliche Person ist. Zwar verwenden die Kodifikationen einzelner Wirtschaftszweige, zB über die Grundversorgungspflicht des Energieversorgungsunternehmens nach § 36 EnWG, augenscheinlich verbandsorientierte Terminologien; Normadressat ist aber unter wertender Betrachtung der Marktaktivität der jeweilige Rechtsträger. Hinsichtlich der Anordnung eines Kontrahierungszwangs können daher sowohl natürliche als auch juristische Personen als Betreiber sowie als Energieversorgungsunternehmen Pflichtenadressat sein. Entsprechendes gilt etwa für die „Entflechtung“ nach den §§ 6 ff. EnWG. Ein entflechtungsfähiges „Unternehmen“ sei „jeder Rechtsträger, der einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb unter Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr nachhaltig mit eigener Gewinnerzielungsabsicht betreibt“ (§ 2 Nr. 20 EEG 2017); ein „Elektrizitätsversorgungsunternehmen“ sei „jede natürliche oder juristische Person, die Elektrizität an Letztverbraucher liefert“ (§ 3 Nr. 47 EEG 2017). Ebenso ist die „Umwandlung“ iSv § 67 iVm § 3 Nr. 45 EEG 2017 wertend auf den Rechtsträger bezogen zu betrachten und nicht gesellschaftsrechtlich, indem diese „jede Umwandlung von Unternehmen nach dem Umwandlungsgesetz [, d.h. Spaltung, Verschmelzung oder Formwechsel,] oder jede Übertragung von Wirtschaftsgütern eines Unternehmens oder selbständigen Unternehmensteils im Wege der Singularsukzession [erfasst], bei der jeweils die wirtschaftliche und organisatorische Einheit des Unternehmens oder selbständigen Unternehmensteils nach der Übertragung nahezu vollständig erhalten bleibt“ (d.h. *asset deal* oder Einbringung); Pflichtenadressat bleiben aber die jeweiligen Rechtsträger des Unternehmens⁹⁰. Genauso unterliegt der Kontrahierungszwang gemäß § 5 PflVersG eines Versicherungsunternehmens iSv § 7 Nr. 33 VAG der wertenden Beurteilung dahinter stehender Rechtsträger, unabhängig von einer Verbandsverfassung. Der normativen Regulierung von Unternehmen nach nationalem Recht ist folglich gemeinsam, dass häufig über augenscheinlich gesellschaftsrechtliche Begrifflichkeiten hinter einer Unternehmung stehende Rechtsträger adressiert werden, unabhängig von einer Verbandsverfassung. Maßgeblich ist die Wahrnehmung einer bestimmten Marktaktivität durch ein Rechtssubjekt, sei es als Verband oder als natürliche Person. Es handelt sich mithin nicht um gesellschaftsrechtliche Einschränkungen der Vertragsfreiheit.

⁹⁰ Vgl. BeckOK EEG/*Hammer*, 11. Ed. 16.11.2020, § 67 Rn. 4, § 3 Nr. 45 Rn. 2; BerIKomm Energierecht/*Säcker*, EEG, 4. Aufl. 2018, § 67 Rn. 12 ff. Zum EEG 2021, IDW Verlautbarungen IDW PH 9.970.10 Rn. 29 ff.

Entsprechendes gilt für richtlinienveranlasste nationale Kodifikationen für Situationen, in denen es ein Verhandlungs- oder Informationsungleichgewicht gibt – wie im Verbraucherschutz- oder Anlegerschutzrecht⁹¹. Normadressat nach nationalem Recht ist der jeweilige Rechtsträger, unabhängig davon, ob dessen Rechtssubjektivität auf der Eigenschaft als Verband oder natürliche Person beruht.

Hingegen muss es sich bei sog. „Verwertungsgesellschaften“, die nach § 2 VGG einem Wahrnehmungszwang unterliegen, gemäß § 34 VGG um eine „Organisation“, das heißt eine Personenmehrheit handeln, sodass natürliche Personen ausscheiden⁹², dies aber lediglich deswegen, weil die gemeinsame Rechtswahrnehmung eine natürliche Person faktisch überfordern würde.

IV. *Unionsrechtliche Einflüsse.* – Einer abweichenden Beurteilung unterliegt das Unionsrecht als gemeinsamem Nenner von Italien und Deutschland. Sowohl staatliche Regularien als auch das privatautonome Verhalten der einzelnen Marktakteure auf dem Gebiet des „Gesellschafts- sowie Unternehmensrechts“ sehen sich – jedenfalls bei Zwischenstaatlichkeit – unionsrechtlichen Restriktionen gegenüber. Erhebliche Einschränkungen bestehen vor dem Hintergrund der Verkehrsfreiheiten nach den Art. 34 ff. AEUV sowie der Wettbewerbsregeln aus den Art. 101 ff. AEUV⁹³. Der aus dem Leitbild des Binnenmarktes gemäß Art. 26 AEUV folgende Schutz wirtschaftlicher Freiheit stellt sich gewissermaßen als Abbild der mitgliedstaatlichen Privatautonomie zum Zwecke gesamtwirtschaftlicher Wohlfahrtssteigerung dar.

Die primärrechtlichen Einflüsse auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts – etwa hinsichtlich der Harmonisierung durch die großen gesellschaftsrechtlichen Richtlinien⁹⁴ – sind teilweise bereits derart mit dem nationalen Recht verwoben, dass sie kaum noch als solche erkennbar sind (vgl. § 15 HGB). Als wechselseitige Impulsgeber haben Kommission und EuGH dazu beigetragen, dass unionsweit hinsichtlich der Außenrechtsfähigkeit von Körperschaften sowie der Publizität einheitlich verkehrsschützende Maßstäbe gelten, die dem Binnenmarktschutz durch die Verkehrsfreiheiten dienen⁹⁵. Ungleich imperativer erfolgt die Regulierung des Marktordnungsrahmens im Kartellrecht. Die Norm-

⁹¹ Sieh dazu unten IV.3.

⁹² BeckOK *UrhG/Ahlberg*, 31. Ed. 01.05.2021, § 2 Rn. 30; Wandtke/Bullinger/*Gerlach*, 5. Aufl. 2019, *UrhG*, VGG § 2 Rn. 2.

⁹³ Während sich die Art. 101, 102 AEUV grundsätzlich nicht an die Mitgliedstaaten richten, ergibt sich deren Berücksichtigung aus Art. 106 AEUV. Vgl. *Könen*, ZHR 182 (2018), 684 (709 ff.).

⁹⁴ Vgl. etwa RL (EU) 2017/1132; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 4.

⁹⁵ *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, §§ 4 ff.

gebung erfolgt angesichts weitreichender Normgebungskompetenzen sowie der unmittelbaren Anwendbarkeit der Art. 101, 102 AEUV häufig durch unmittelbar gegenüber dem Einzelnen geltende Verordnungen⁹⁶.

1. *Wettbewerb der Rechtsordnungen iSd „Geschöpftheorie“ auf dem „Markt für Rechtsformen“*. – Seit der Entscheidung des EuGH in der Rs. *Polbud* aus dem Jahr 2017 gilt aus Sicht der Gesellschafter die Freiheit der Rechtsformwahl⁹⁷. Dies ist Konsequenz eines rechtlichen Niederlassungsbegriffs,⁹⁸ wobei die den Verkehrsfreiheiten immanente Mobilitätskomponente in der Wahl anderer mitgliedstaatlich verlangter Anknüpfungsmomente iSv § 54 AEUV liegt.⁹⁹ Folge ist ein Wettbewerb der Rechtsordnungen¹⁰⁰. Unter Beachtung der mitgliedstaatlichen Regelungsautonomie – der sog. Geschöpftheorie¹⁰¹ – können sich Gesellschafter jeder mitgliedstaatlichen Rechtsform bedienen, soweit sie die maßgeblichen Anknüpfungsmomente, wie etwa den Satzungssitz erfüllen. Möglich sind daher unionsrechtliche Mischformen wie eine Ltd. & Co. KG¹⁰².

Vorgaben an die innere Struktur erfolgen abweichend vom ursprünglichen sog. gesellschaftsrechtlichen Masterplan der Union nunmehr überwiegend durch punktuelle Kernbereichsharmonisierung anstatt im Wege umfassender Vollharmonisierung¹⁰³. Hintergrund ist, dass bereits ein flächendeckender Mindeststandard durch Publizität erreicht ist und eine Qualitätssteigerung der Rechtsformen durch Dezentralisierung erreicht werden soll. Sämtliche mitgliedstaatliche Normen hinsichtlich der innergesellschaftsrechtlichen Struktur von Verbänden haben bei zwischenstaatlichem Bezug das Potential, diejenigen Organisationseinheiten, die auf einem Markt agieren, in ihren Verkehrsfreiheiten zu beschränken. So stehen die Verkehrsfreiheiten jeglichen Marktzutritts Hindernissen vorbehaltlich einer Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls entgegen¹⁰⁴. Vor diesem Hintergrund unterliegt letztlich das gesamte

⁹⁶ Vgl. RL (EU) 2014/104; VO (EG) 1/2003; VO (EG) 139/2004; VO (EU) 1218/2010; VO (EU) 1217/2010; VO (EU) 267/2010; VO (EU) 316/2014; VO (EU) 330/2010.

⁹⁷ EuGH – C-106/16 – *Polbud*, Rn. 29 ff.; vgl. *Kindler*, NZG 2018, 1; *Schall*, ZfPW 2018, 176 (183 ff.).

⁹⁸ *Bayer/J. Schmidt*, ZIP 2017, 2225; kritisch, *Mörsdorf*, ZIP 2017, 2381.

⁹⁹ Vgl. *Könen*, npoR 2019, 171, (179 f.).

¹⁰⁰ *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 3 Rn. 43; vgl. *Weller*, ZeuP 2016, 53 (64 ff.); *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2018, 764.

¹⁰¹ Vgl. EuGH – C-106/16 – *Polbud*, Rn. 33, 43; EuGH – C-378/10 – *VALE*, Rn. 23; EuGH – Rs. 81/87.

¹⁰² *Bayer* in: *Schranken der Vertragsfreiheit*, 2007, 91, 95.

¹⁰³ Vgl. KOM(2003) 284; KOM(2012) 740; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 4 Rn. 5 ff., 17 ff.; *Hopt*, ZHR 171 (2007), 199 (201).

¹⁰⁴ EuGH – C-196/04 – *Cadbury Schweppes*, Rn. 47 ff.; siehe aber zu bloßen Marktverhaltensregeln,

mitgliedstaatliche Gesellschaftsrecht der unionsrechtlichen Kontrolle anhand der Grundfreiheiten¹⁰⁵. Daraus folgt, dass die Mitgliedstaaten hinsichtlich investitionsfeindlichen Gesellschaftsrechts einer erhöhten Rechtfertigungslast unterliegen, insbesondere im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit, etwa maßgeblich bei der sog. *golden share*-Problematik (gesetzliche Sonderrechte bei staatlicher Unternehmensbeteiligung)¹⁰⁶. Ferner kann die pauschale aktiengesetzliche Satzungsstrenge zu einem Erschwernis der grenzüberschreitenden Unternehmensbeteiligung führen. Zwar erkennt das Primärrecht grundsätzlich die Regelungsautonomie der Mitgliedstaaten hinsichtlich ihrer Rechtsformen an, sodass die Investition in Gesellschaftsanteile die Existenz mitgliedstaatlich geregelter Rechtsformen voraussetzt (sog. Geschöpftheorie)¹⁰⁷. Gleichzeitig kann sich aber die Möglichkeit der Beteiligung an einer Gesellschaft iSv Art. 54 Abs. 2 AEUV¹⁰⁸, deren Verfassung frei verhandelbar ist, als Ausübungsform der Kapitalfreiheit darstellen¹⁰⁹. Zu beachten ist, dass § 23 Abs. 5 AktG seinerseits der Förderung des (grenzüberschreitenden) Kapitalverkehrs durch die Standardisierung von Anlageprodukten dient¹¹⁰. Kollidierende Grundfreiheiten stellen demgegenüber ihrerseits im Rahmen der Rechtfertigung einzelner aktiengesetzlicher Vorschriften einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar. Anstatt einer flächendeckend zwingenden Ausgestaltung des Aktienrechts bedarf es daher einer weniger pauschalen Rechtfertigung der unabdingbaren Geltung einzelner Normen bzw. Normkomplexe¹¹¹. Im Rahmen richtlinienkonformer Auslegung

EuGH (Entscheidung durch eine Dreierkammer) – C-596/14 – Kornhaas, Rn. 22 ff., 28; EuGH – C-267/91, C-268/91 – Keck, Rn. 14 ff.

¹⁰⁵ Vgl. *Grundmann/Möslein*, ZGR 32 (2003), 317 (361 ff.); *Grundmann/Möslein*, ZVglR-Wiss 102 (2003), 289 (315 ff.); *Kainer*, ZHR 168 (2004), 542 (557 ff.); Grigoleit/*Vedder*, AktG, 2. Aufl. 2020, § 23 Rn. 36; a.A. MüKoAktG/*Ego*, Europäische Niederlassungsfreiheit Rn. 716 (nur bei staatlicher Gesellschaftsbeteiligung iSd EuGH-Rspr. zur goldenen Aktie); siehe *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 3 Rn. 10 ff., 48 ff.

¹⁰⁶ *Grundmann/Möslein*, ZGR 32 (2003), 317 (363 f.); vgl. *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 3 Rn. 52 ff.

¹⁰⁷ Vgl. EuGH – C-106/16 – Polbud, Rn. 33, 43; EuGH – C-378/10 – VALE, Rn. 23; EuGH – Rs. 81/87.

¹⁰⁸ „Gesellschaften“ sind danach alle rechtlich konfigurierten Marktakteure, die über einen hinreichenden, verselbständigten Organisationsgrad verfügen und nicht bereits natürliche Person sind. Vgl. EuGH – C-646/15 – Panayi, Rn. 24 ff., 28 ff. Erfasst sind damit alle Verbandsformen nach nationalem Recht; ausgenommen sind solche Einheiten, die keinen Erwerbzzweck verfolgen; vgl. *Könen*, npoR 2019, 171 (179).

¹⁰⁹ Siehe dazu den Beitrag von *Hübner* in diesem Band.

¹¹⁰ Vgl. Hüffer/*Koch/Koch*, AktG, § 23 Rn. 34; Koch, AG 2015, 213; Spindler/*Stilz/Limmer*, AktG, § 23 Rn. 28; K. Schmidt/*Lutter/Seibt*, 4. Aufl. 2020, AktG § 23 Rn. 53; kritisch, *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673 (687 ff.).

¹¹¹ Mit dem Beschlüssen Nr. 4a und 4b hat der 67. Djt 2008 ungeachtet dieser Problematik ausdrücklich an der Regelung des § 23 Abs. 5 AktG festgehalten. Siehe *Bayer*, Gutachten E zum

nationalen Rechts ist letztlich auch eine materielle Satzungskontrolle anhand von Kapitalverkehrs- bzw. Niederlassungsfreiheit denkbar, etwa wenn die Abschirmung von Unternehmen gegen fremde Einflussnahme durch privatautonome Gestaltung beabsichtigt ist¹¹².

2. *Punktuelle Harmonisierung auf dem „Verbandsmarkt“*. – Die Aufnahme- und Beteiligungsfreiheit wird unionsrechtlich vornehmlich durch die kartellrechtlichen Verhaltensregeln für marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 102 AEUV iVm Art. 7 VO (EG) 1/2003 beeinflusst¹¹³. Da die mitgliedstaatlichen Regelungen keine Auswirkungen auf das unmittelbar anwendbare Primärrecht haben, erfolgt die unionsrechtliche Beurteilung der Normadressaten autonom-funktional, unabhängig von der Rechtsträgerschaft oder mitgliedschaftlichen Rechtsbeziehungen¹¹⁴.

Neben kartellrechtlichen Verhaltensregeln marktbeherrschender Unternehmen, existieren hinsichtlich der Aufnahme- und Beteiligungsfreiheit, je nach Beteiligungsintensität, unionsrechtliche Einflüsse durch Harmonisierungen im Interesse der Niederlassungs- bzw. Kapitalverkehrsfreiheit¹¹⁵. So dient etwa die Aktionärsrechte-RL der Erleichterung grenzüberschreitenden Anteilsenerwerbs, indem sie insbesondere Regelungen über die Beteiligung an der Gesellschaft trifft sowie die Stimmrechtsausübung transparenter macht¹¹⁶.

67. Djt, 2008, E 27 ff., 32, 81 ff.; NK-AktG/*Braunfels*, § 23 Rn. 40; kritisch, KK-AktG/*Arnold*, 4. Aufl. 2021, § 23 Rn. 130 ff.; *Eidenmüller*, JZ 2001, 1041 (1046); *Habersack*, AG 2009, 1 (7 ff.); *Bürgers/Körper/Körper*, AktG, 4. Aufl. 2017, § 23 Rn. 40; *Pöschke*, Der Konzern 2010, 91 (97); *Spindler*, AG 2008, 598 (600 ff.); differenzierend, K. Schmidt/Lutter/*Seibt*, AktG, § 23 Rn. 53.

¹¹² Vgl. zum sich ausweitenden Verständnis mittelbarer Drittwirkung von Richtlinien, EuGH – C-112/00 – *Schmidberger*, Rn. 58 ff., 82; *Canaris* in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, 29, 51 f.; *Verse*, ZIP 2008, 1754 (1759 ff.); siehe auch *Lüttringhaus* in diesem Band.

¹¹³ Vgl. EuGH – Rs. 7/87 – *Oscar Bronner/Mediaprint*; insbesondere unter Berücksichtigung der sog. *essential facilities doctrine*, *Immenga/Mestmäcker/Fuchs*, AEUV Art. 102 Rn. 320 ff., 359; *Jung*, ZWeR 2004, 370 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, § 19 Rn. 46 ff., 66 ff., 72 ff.; *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer/Schröter/Bartl*, 2. Aufl. 2014, AEUV Art. 102 Rn. 280 f.

¹¹⁴ Zum Unternehmensbegriff iSv Art. 101, 102 AEUV, zB Kommission, v. 13.07.1994 – IV/C/33.833, Rn. 140 – *Karton* („Jede Einheit mit wirtschaftlicher Tätigkeit“); vgl. EuGH – C-205/03 – *FENIN*, Rn. 25; EuGH – C-222/04 – *Cassa di Risparmio di Firenze*, Rn. 107; EuGH – C-35/96 – *Kommission/Italien*, Rn. 36; EuGH – C-41/90 – *Höfner und Elser*, Rn. 21; BGH – KZR 58/11 – *VBL-Gegenwert*, juris-Rn. 53, 58; *Langen/Bunte/Hengst*, 13. Aufl. 2017, AEUV Art. 101 Rn. 30; *Kersting*, ZHR 182 (2018), 8 (13 ff.); *Könen*, ZHR 182 (2018), 684 (687 ff.); *FK-Kartellrecht/Roth/Ackermann*, Art. 101 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 81 Abs. 1 EGV) Rn. 106; *FK-Kartellrecht/Roth*, GWB § 33a Rn. 42 ff. In Anbetracht des primärrechtlich indizierten Tätigkeitsbezugs der Unternehmenseigenschaft ist die Normadressateneigenschaft eine verhaltensbezogene, siehe dazu *Könen/Dogs*, ZWeR 2017, 409 (411 ff.).

¹¹⁵ Vgl. *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 3 Rn. 49 ff., § 4; *Jung/Krebs/Stiegler/Jung/Stiegler*, Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, §§ 19 ff.

¹¹⁶ Vgl. die Änderungs-RL (EU) 2017/828 zur RL (EU) 2007/36: *Habersack/Verse*, Europäi-

3. *Funktionale Unternehmensbetrachtung auf dem „Markt für Güter“.* – Ebenfalls unabhängig von der gewählten – auf Grundlage der sog. Geschöpftheorie anerkannten – mitgliedstaatlichen Organisationsverfassung sind unionsrechtliche Regelungen etwa aus dem Verbraucherschutzrecht¹¹⁷, dem Energierecht¹¹⁸ sowie dem Kartellrecht¹¹⁹ für Drittbeziehungen der Gesellschaften relevant. Anders als im nationalen Recht gilt bei unionsrechtlicher Berührung hinsichtlich der Vertragsbegründungs- und -gestaltungsfreiheit nicht das Rechtsträgerprinzip; es gibt insoweit nur ein europäisches „Unternehmensrecht“. Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz zwingen zu einer autonom-funktionalen Beurteilung von unionsrechtlichen Verhaltensregelungen¹²⁰. Gegenüber Dritten ist es im Außenverhältnis diesbezüglich unerheblich, welche mitgliedschaftliche Rechtsform gewählt wurde. Je nach Reichweite des Anwendungsanspruchs schlägt diese funktionale Beurteilung auf das nationale Recht sogar durch, wie dies im Rahmen des Kartellverbots hinsichtlich der Figur der wirtschaftlichen Einheit thematisiert wird¹²¹.

V. *Thesen.* – Die Untersuchung führt zu folgenden abschließenden Thesen:

1. Die Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht betrifft in erster Linie die innere Struktur eines Verbandes; die in der „Freiheit zum Rechtssubjekt“ zum Ausdruck kommende mitgliedschaftliche Selbstbestimmung kann sich aber nur in den von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsformen entfalten.

2. In Anbetracht des Grundsatzes der Selbstverantwortung erfordern die Interessen Dritter eine gläubigerschützende Haftungsverfassung, sodass die Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht durch den *numerus clausus* im Interesse des Verkehrsschutzes eine strenge Einschränkung erfährt.

3. Angesichts der organisationsrechtlichen Wirkungen unterliegt der sog. Verbandsmarkt hinsichtlich Aufnahme- und Beteiligungsfreiheit spezifisch ge-

sches Gesellschaftsrecht, § 7; Jung/Krebs/Stiegler/Jung/Stiegler, Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 30 Rn. 14 ff.

¹¹⁷ Vgl. RL (EWG) 93/13; RL (EG) 2005/29; VO (EG) 2006/2004; RL (EU) 2011/83; RL (EU) 2015/2302; VO (EG) 261/2004; VO (EG) 1107/2006.

¹¹⁸ Vgl. VO (EG) 261/2004; VO (EG) 1107/2006; RL (EG) 2009/72; RL (EG) 2009/73; VO (EG) 715/2009; VO (EG) 714/2009.

¹¹⁹ Vgl. RL (EU) 2014/104; VO (EG) 1/2003; VO (EG) 139/2004; VO (EU) 1218/2010; VO (EU) 1217/2010; VO (EU) 267/2010; VO (EU) 316/2014; VO (EU) 330/2010.

¹²⁰ Vgl. EuGH – Rs. 6/64 – Costa/Enel; Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer, UWG, 3. Aufl. 2016, § 2 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 2a; Jung/Krebs/Stiegler/Krebs/Jung, Gesellschaftsrecht in Europa, § 2 Rn. 80 ff.; MüKoUWG/Leible, 3. Aufl. 2020, A. Grundlagen, Rn. 23 f.; FK-Kartellrecht/Roth, GWB Vor § 33 Rn. 8 f., § 33a Rn. 46 ff., 49 f.

¹²¹ Eingehend, FK-Kartellrecht/Roth, GWB § 33 Rn. 5 ff., 93 ff., § 33a Rn. 37 ff., 41 ff., 46 ff., 54 ff.; vgl. Könen, NZKart 2017, 15 (19); Könen in: Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft, 2016, 159 ff.

sellschaftsrechtlichen Regulierungen. Das Unionsrecht entfaltet insoweit punktuelle Wirkungen.

4. Die Rechtssubjektivität von Verbänden führt im Außenverhältnis dazu, dass die Vertragsfreiheit von Gesellschaften im deutschen Recht keiner anderen Beurteilung unterliegt als diejenige natürlicher Personen; maßgeblich ist insoweit das Rechtsträgerprinzip.

5. Ungeachtet der Regelungsautonomie von Mitgliedstaaten über ihre Rechtsformen (sog. Geschöpftheorie), nimmt das Unionsrecht im Außenverhältnis eine autonom-funktionale Qualifizierung vor. Unionsrechtlicher Normadressat ist daher anstatt des Rechtsträgers „das Unternehmen“.