

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 49

**Die historische Entwicklung
der Unterbeteiligungsgesellschaft
in der Neuzeit**

Von

Martin Schimke



Duncker & Humblot · Berlin

MARTIN SCHIMKE

Die historische Entwicklung der Unterbeteiligungsgesellschaft in der Neuzeit

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 49

Die historische Entwicklung der Unterbeteiligungsgesellschaft in der Neuzeit

Von

Martin Schimke



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Schimke, Martin

Die historische Entwicklung der Unterbeteiligungsgesellschaft
in der Neuzeit / von Martin Schimke. — Berlin: Duncker und
Humblot, 1991

(Schriften zur Rechtsgeschichte; H. 49)

Zugl.: Hagen, Fernuniv., Diss., 1990

ISBN 3-428-07151-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1991 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0720-7379

ISBN 3-428-07151-4

***Meinen Eltern
und
Heide und Stefan***

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	11
Einleitung	17
I. Begriff und Rechtsnatur der Unterbeteiligung	19
II. Abgrenzung zu verwandten Rechtsverhältnissen	20
1. Unterbeteiligung und stille Gesellschaft	20
2. Unterbeteiligung und Treuhand	21
3. Unterbeteiligung und partiarisches Darlehen	23
4. Unterbeteiligung und Nießbrauch.....	24
5. Unterbeteiligung und Anteilsabtretung.....	25
a) Unterbeteiligung und Voll- bzw. Teilabtretung	25
eines Gesellschaftsanteils	
b) Unterbeteiligung und interne Vollabtretung.....	27
c) Unterbeteiligung und Abtretung eines Gewinn-.....	28
oder Auseinandersetzungsanteils	
III. Die Unterbeteiligung im Römischen Recht	29
IV. Die Unterbeteiligung bis zum 17. Jahrhundert	38
1. Die Quellengrundlage der Untersuchung.....	38
2. Die Unterbeteiligung in den Gesellschaftsverträgen.....	42
der süddeutschen Fernhandelsgesellschaften und der	
Saigerhandelsgesellschaften des 15. und 16. Jahrhunderts	
a) Eingrenzung des Untersuchungsbereichs.....	42
b) Die Regelungen in den Gesellschaftsverträgen der.....	47
Fernhandelsgesellschaften	
c) Die Regelungen in den Gesellschaftsverträgen der.....	59
Saigerhandelsgesellschaften	
V. Die Unterbeteiligung im ALR	64

1.	Regelungsgehalt der §§ 216-218 I 17 ALR.....	66
2.	Die Regelung des § 638 II 8 ALR.....	69
3.	Die Regelung der §§ 60-65 I 17 ALR.....	70
VI.	Die Unterbeteiligung in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts.....	72
VII.	Ergebnis zu Teil V und VI.....	74
VIII.	Die Entwicklung zum Art. 98 ADHGB.....	75
1.	Das Badische Landrecht von 1809 und das übrige "Rheinische Recht".....	75
2.	Der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg von 1839.....	79
3.	Der Entwurf einer Handels- und Wechsel-Ordnung für das Herzogthum Nassau von 1842.....	83
4.	Der Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für..... Deutschland von 1849.....	83
5.	Die österreichischen Handelsrechtsentwürfe.....	86
6.	Die Preußischen Entwürfe.....	90
7.	Zusammenfassung zu Teil VIII.....	95
IX.	Die Unterbeteiligung in den Beratungen der Nürnberger Kommission.....	96
X.	Grundsätze zur Unterbeteiligung unter Geltung des Art. 98 ADHGB.....	100
XI.	Die Entwicklung des Art. 98 ADHGB aus der Kodifikation.....	102
1.	Die Unterbeteiligung in den BGB-Entwürfen Hessens und Bayerns.....	103
2.	Die Unterbeteiligung im Dresdener Entwurf von 1866.....	107
XII.	Die Unterbeteiligung in den Beratungen zum BGB und HGB.....	110
XIII.	Kritische Anmerkungen zur beschlossenen Entbehrlichkeit einer Kodifikation.....	117
XIV.	Die Entwicklung in der Rechtsprechung.....	120
1.	Die Rechtsprechung zum preußischen Recht vor Gründung..... des Reichsoberhandelsgerichts.....	121
2.	Unterkonsortialbeteiligungen.....	126

3.	Unterbeteiligungen an Handelsgesellschaftsanteilen	133
XV.	Zusammenfassung	144
	Quellen- und Literaturverzeichnis	148
A.	Quellenverzeichnis	148
	I. Materialien, Entwürfe und Gesetze	148
	II. Gesellschaftsverträge und Beschlüsse	151
B.	Literaturverzeichnis	153

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADB	Allgemeine Deutsche Biographie
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
Adler/Clemens (Band, Nr.)	Sammlung handelsrechtlicher Entscheidungen, begründet von Dr. Leopold Adler und Dr. Robert Clemens
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AGB	Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten
AGB-Gesetz	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Anm.	Anmerkung
Annalen Dresden (Band, Seite)	Annalen des Königlichen Sächsischen Oberappellationsgerichts zu Dresden, herausgegeben durch von Langenn, Sichel, Pöschmann
Archiv Königl. Preuß. Rheinprov. (Band, Seite)	Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Königlichen Preußischen Rheinprovinzen, herausgegeben durch einen Verein von Mitgliedern des öffentlichen Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellationsgerichtshofe zu Köln
Art.	Artikel

Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BLÖ (Teil, Seite)	Biographisches Lexikon des Kaisertums Österreich
Bolze	Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von A. Bolze
BR-Dr. (Nr., Datum)	Drucksachen des Bundesrates
BStBl. (Jahrgang, Teil)	Bundessteuerblatt
BT	Besonderer Teil
Bucholz	Sammel- u. Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, herausgegeben von Bucholz, Karl
Busch Archiv (Band, Seite)	Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts, herausgegeben von Dr. F.B.Busch
D	Digesten
D 17, 2. 19-23	Digesten, Buch 17, Titel 2, Fragment 19-23
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Entwurf ADHGB, 1. Lesung	Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches nach den Beschlüssen erster Lesung
Entwurf ADHGB, 2. Lesung	Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches nach den Beschlüssen zweiter Lesung
f.	folgende
ff.	fortfolgende
fl.	für die Währung "Rheinischer Gulden"

Fn.	Fußnote
GmbH-Rdsch.	GmbH-Rundschau
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Gruchot Beiträge (Jahrgang, Nr.)	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Dr. J.A. Gruchot
HGB	Handelsgesetzbuch
HGB-Entwurf der Hofkommission (1842)	Entwurf eines österreichischen Handelsrechts nach den Beschlüssen der im Jahre 1842 dießfalls niedergesetzten Hof-Commission
HGB-Entwurf, Handelsministerium (1852)	Entwurf eines österreichischen Handelsrechts. Verfaßt vom Handelsministerium, 1852
HGB-Entwurf, Justizministerium (1853)	Entwurf eines österreichischen Handelsrechts. Verfaßt vom Justizministerium, 1853
Hlbd.	Halbband
h.M.	herrschende Meinung
HRG	Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i.S.d.	im Sinne des
Ius Commune (Band, Jahr)	Ius Commune, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, u.a. herausgegeben von Helmut Coing
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
KG	Kommanditgesellschaft
Königl.Obertrib. (Band, Seite)	Entscheidungen des Königlichen Obertribunals, herausgegeben von den geheimen Obertribunalräten Bettwach, Decher und Heinsius
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u.a.
LZ	Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht

"Ministerieller Entwurf"	Entwurf eines österreichischen Handelsrechts nach den Anträgen des K.K.Justizministeriums mit Rücksicht auf die in der Minister-Conferenz gepflogenen Berathungen. Ministerieller Entwurf
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MK	Münchener Kommentar
Motive Bayerischer BGB-Entwurf	Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern von 1861-1864
Motive Entwurf 1849	Motive zu dem Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland, von der durch das Reichsministerium der Justiz niedergesetzten Kommission ("Frankfurter Entwurf")
Motive Hess. BGB-Entwurf	Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogtum Hessen von 1853
Motive Preuß. HGB-Entwurf 1857	Motive zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten von 1857
Motive württ. HGB	Motive zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Württemberg
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
nass. HGB-Entwurf	Entwurf einer Handels- und Wechselordnung für das Herzogtum Nassau
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NS (Band, Seite)	Neue und vollständigere Sammlung der Reichsabschiede
NWB	Neue Wirtschafts-Briefe für Steuer- und Wirtschaftsrecht
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Entscheidungssammlung der Oberlandesgerichte
Preuß. HGB-Entwurf 1856	Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten von 1856
Preuß. HGB-Entwurf 1857	Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten von 1857
Protokolle ADHGB	Protokolle der Kommission zur Beratung eines ADHGB

Protokolle Sachverständigenkommission 1856	Protokolle über die Berathungen mit kaufmännischen Sachverständigen und praktischen Juristen betreffend den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Berlin 1856
Rdnr.	Randnummer
"Revidierter Entwurf"	Entwurf eines österreichischen Handelsrechts. Revidierter Entwurf
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG (Band, Seite)	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes
RPO	Reichspolizeiordnung
S.	Seite
Schweiz. Bd. Ges.	Schweizer Bundesgesetz
Seuffert's Archiv (Band, Seite)	J.A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, herausgegeben von A.F.W. Preusser
s.o.	siehe oben
s.S.	siehe Seite
Striethorst Archiv (Band, Seite)	Archiv für Rechtsfälle die zur Entscheidung des Königlichen Obertribunals gelangt sind, herausgegeben und redigiert von Theodor Striethorst
Teilb.	Teilband
u.a.	unter anderem
Urk.Nr.	Urkundenummer
v.	von
vgl.	vergleiche
VSWG (Band, Jahrgang, Seite)	Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte
Warn.Rspr.	Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des RG abgedruckt ist, herausgegeben von Warneyer
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

württ. HGB	Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg, 1839
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR (Band, Seite)	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZiP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZLA	Zeitschrift für den Lastenausgleich
ZRG Germ.Abt. (Band, Jahrgang, Seite)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRG Rom.Abt. (Band, Jahrgang, Seite)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
z.T.	zum Teil

Einleitung

Obleich als Rechtsinstitut gesetzlich nicht geregelt, führt die Unterbeteiligungsgesellschaft kein "Schattendasein", sondern erfreut sich in der Rechtspraxis großer Beliebtheit. Die Motive des Inhabers eines Gesellschaftsanteils, einem Dritten einzelne Rechte aus seinem Anteil zukommen zu lassen, ohne den Anteil selbst übertragen oder die Gesellschaft kündigen zu müssen, sind zahlreich und beruhen auf unterschiedlichen wirtschaftlichen Erwägungen. So bietet die Einräumung von Unterbeteiligungen dem beteiligenden Gesellschafter die Möglichkeit, weitere Anteile an der Handelsgesellschaft zu erwerben oder das Geld für Kapitalerhöhungen aufzubringen. Ein weiteres Motiv für den Hauptgesellschafter ist die Risikoverteilung, d.h. der Wunsch, das Geschäftsrisiko im Innenverhältnis auf mehrere Personen zu verteilen. Häufig führen auch steuerliche Gründe zum Abschluß einer Unterbeteiligungsgesellschaft, da sich beispielsweise im Hinblick auf die Einkommensteuer die Einräumung einer Unterbeteiligung wegen der Verteilung der Einkünfte auf mehrere Personen progressionsmindernd auswirken kann¹. Die Unterbeteiligung von Familienangehörigen ermöglicht unter Umständen die Einsparung von Erbschaftsteuer². Ferner können Unterbeteiligungen dazu dienen, Wettbewerbsverbote (§§ 60, 112, 165 HGB; § 88 AktG) oder berufs- und gewerberechtliche Beschränkungen legal zu umgehen³. Nicht zuletzt erweist sich die Unterbeteiligung als geeignetes Mittel, das Problem der Nachfolgeregelung bzw. der Abfindung nicht in die Gesellschafterstellung einrückender Erben zu lösen⁴ sowie das oftmals vorhandene Bedürfnis der Beteiligten nach Geheimhaltung - welches verschiedene

¹ Vgl. *Ulbrich*, S. 18 mit Nachweisen auf Steuerrechtsprechung in Fn. 78; *Eisenhardt*, Gesellschaftsrecht, Rdnr. 163

² Vgl. dazu *Ulbrich*, S. 18 f.

³ Vgl. dazu *Ulbrich*, S. 24 f.; *Friehe*, S. 8

⁴ Vgl. beispielhaft den vom BFH BStBL. 1965 III, S. 260 entschiedenen Fall

Gründe haben kann⁵ - zu befriedigen⁶. Die bisherigen, mittlerweile in einer Vielzahl vorhandenen Veröffentlichungen zur Unterbeteiligung⁷ haben die vorstehend skizzierte wirtschaftliche Bedeutung der Unterbeteiligungsgesellschaft sowie ihre Wesensmerkmale bereits aus den verschiedensten Blickwinkeln beleuchtet. Ein umfangreicher Teil dieser Arbeiten beschäftigt sich dabei schwerpunktmäßig mit steuerrechtlichen Fragen unter Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Aspekte während andere Untersuchungen - sowohl in isolierter als auch in vergleichender Form - vornehmlich die zivilrechtliche Seite der Unterbeteiligung betrachten⁸. Es fehlt bislang eine umfassende Darstellung oder Dokumentation der geschichtlichen Entwicklung der Unterbeteiligungsgesellschaft. Lediglich die Ausführungen von Blaurock in dem Standardwerk "Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen" (S. 25-48) können als repräsentativer, geschichtlicher Überblick ausgewiesen werden, vor dem aber auch noch einmal das Bedürfnis nach einer umfassenden Dokumentation unterstrichen wird⁹. Die vorliegende Arbeit versucht diese "Lücke" zu schließen, indem sie u.a. die Kodifikationsgeschichte der Unterbeteiligung, die mit der Vorschrift des Art. 98 Abs. 2 ADHGB endet, darstellt. Anhand der Gesetzesmaterialien wird versucht, die Gründe aufzuzeigen, die dazu geführt haben, daß die vorgenannte Bestimmung oder Vorschriften mit ähnlichem Regelungsgehalt weder in das BGB noch in das HGB aufgenommen worden sind. Ein gesondertes Kapitel ist den Regelungen zur Unterbeteiligung in den Gesellschaftsverträgen der großen Handelsgesellschaften des 15. und 16. Jahrhunderts sowie der Entwicklung in der Rechtsprechung unter Ausklammerung der Steuerrechtsprechung gewidmet.

⁵ Vgl. dazu näher *Bopp*, S. 29 f.

⁶ Zu den genannten sowie weiteren Beweggründen vgl. ausführlich *Blaurock*, S. 49-78; *Ulbrich*, S. 14-27; *Friehe*, S. 5-8; vgl. auch *Eisenhardt*, Gesellschaftsrecht, Rdnr. 163 sowie *Paulick/Blaurock*, S. 559 m.w.N. in Fn. 7; jüngst unter Hinweis auf eine neuere Erscheinungsform *Blaurock/Berninger*, GmbH-Rdsch. 1990, S. 12 Fn. 5

⁷ Vgl. nur die Schriftumsnachweise bei *Paulick/Blaurock*, S. 557 f. und S. 579 f.; vgl. auch *Bopp*, S. 11 Fn. 1

⁸ Vgl. zu dieser Bestandsaufnahme auch *Thomsen*, S. 19

⁹ Vgl. *Blaurock*, S. 21

I. Begriff und Rechtsnatur der Unterbeteiligung

Generell kann die Unterbeteiligungsgesellschaft als eine "Beteiligung an einer Beteiligung" bezeichnet werden¹⁰. Damit sind in der Regel¹¹ diejenigen Fälle gemeint, in denen aufgrund eines Gesellschaftsvertrages zwischen dem Gesellschafter einer Personen- oder auch Kapitalgesellschaft - dem sogenannten Hauptbeteiligten oder Hauptgesellschafter - und einem Dritten - dem sogenannten Unterbeteiligten - der Dritte gegen Leistung einer Einlage obligatorisch zumindest am Gewinn des Gesellschaftsanteils des Hauptbeteiligten beteiligt ist¹². Die Unterbeteiligung wird nach mittlerweile ganz herrschender Meinung als BGB-Gesellschaft qualifiziert¹³. Sie ist allerdings, ebenso wie die stille Beteiligung i.S.d. §§ 230 ff. HGB, eine Form der Innengesellschaft¹⁴ ohne Gesamthandsvermögen¹⁵. Der gemeinsam verfolgte Zweck der Mitglieder einer Unterbeteiligungsgesellschaft liegt im Halten und gewinnbringenden Nutzen eines Gesellschaftsanteils¹⁶. Die Vereinbarung einer Beteiligung am Gewinn des Hauptbeteiligten ist unabdingbare Voraussetzung einer Unterbeteiligung. Die Verlustbeteiligung ist praktisch häufig, gehört jedoch nicht zu den "konstitutiven" Merkmalen¹⁷. Gegenstand der Unterbeteiligung kann jede Art von Gesellschaftsanteil sein, auch eine stille Beteiligung und ebenso eine Unterbeteiligung. Im letzteren Fall spricht

¹⁰ Vgl. *Herzfeld*, AcP 137 [1933], S. 270; *Friehe*, S. 4; *Meyer*, S. 4

¹¹ Zur nach h.M. auch möglichen Unterbeteiligung an anderen Rechtsverhältnissen wie Kauf, Miete oder Darlehn vgl. *Ulbrich*, S. 29; *Winterstein*, S. 1 sowie die Belegstellen bei *Thomsen*, S. 22 Fn. 9

¹² Vgl. *Paulick/Blaurock*, S. 558; *Greifeld*, S. 7

¹³ Vgl. BGHZ 50, 316, 320; *Wagner*, S. 26 u. 147; *Thomsen*, S. 21; *Paulick/Blaurock*, S. 563; *Eisenhardt*, Gesellschaftsrecht, Rdnr. 164; vgl. ferner die zahlreichen Nachweise bei *Ulbrich*, S. 56 Fn. 136 u. 137. Für die Einordnung der Unterbeteiligung als stille Gesellschaft vgl. die umfassende Schrifttumsübersicht bei *Meyer*, S. 20 Fn. 3. Kritisch mit eigenem Lösungsvorschlag *Ulbrich*, S. 70: "Die Unterbeteiligung ist eine Sonderform der Personengesellschaften, angesiedelt zwischen BGB-Gesellschaft und stiller Gesellschaft des Handelsrechts"; vgl. auch *Meyer*, S. 18-20: "Unterbeteiligung als Sonderform der Innengesellschaft"; zum Meinungsstand vgl. auch *Westermann*, Handbuch, Rdnr. 949

¹⁴ Vgl. BGHZ 50, 316, 320; OLG Frankfurt, GmbH-Rdsch. 1987, S. 57; *Weiss*, S. 7; *Baumbach/Duden/Hopt*, § 105 Anm. 1 H; *MK-Ulmer*, vor § 705 Rdnr. 62 und *Blaurock/Berninger*, GmbH-Rdsch. 1990, S. 12 jeweils m.w.N.

¹⁵ Zur Vermögenszuordnung eingehend und kritisch *Blaurock*, S. 93-100; *Ulbrich*, S. 51-56

¹⁶ Vgl. *Paulick/Blaurock*, S. 558; *Blaurock*, S. 109 jeweils m.w.N.; *Friehe*, S. 4 insbesondere mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen in Fn. 9, vgl. auch S. 18 f.

¹⁷ Vgl. *Paulick/Blaurock*, S. 558; *Ulbrich*, S. 38 u. 40; *Schlegelberger-K.Schmidt*, § 230 n.F. Rdnr. 187; *Paulick*, ZGR 1974, S. 266