Ho-Young Song

Die Verselbständigung der juristischen Person im deutschen und koreanischen Recht

Schriften zum Internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung Band 5

Herausgegeben im Institut für
Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
der Universität Osnabrück
von Christian v. Bar

Ho-Young Song

Die Verselbständigung der juristischen Person im deutschen und koreanischen Recht

Universitätsverlag Rasch Osnabrück

Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades
des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück

Die Drucklegung dieses Buches erfolgte mit freundlicher Unterstützung durch die Universität Osnabrück.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Song, Ho-Young:
Die Verselbständigung der juristischen Person im deutschen und koreanischen Recht / Ho-Young Song. – Osnabrück : Univ.-Verl. Rasch, 1999
(Schriften zum internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung ; Bd. 5)
Zugl.: Osnabrück, Univ., Diss., 1998
ISBN 3-932147-88-X

© 1999 Universitätsverlag Rasch, Osnabrück,
Rechtsträger: Rasch Druckerei und Verlag GmbH & Co. KG, Bramsche
Alle Rechte vorbehalten
Herstellung: Rasch Druckerei und Verlag, Bramsche
Gedruckt auf säurefreiem Papier, TCF
Printed in Germany

ISBN 3-932147-88-X

Meinen Eltern
in tiefer Dankbarkeit und Liebe
gewidmet

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis 13

Vorwort und Danksagung 19

Einleitung 21

§ 1 Die Theorien zur juristischen Person 24

I. Bedeutsamkeit der Theorien zur juristischen Person 24
II. Theorienstreit in Deutschland 25
III. Meinungsstand in Korea 42
IV. Fazit 46

§ 2 Arten der juristischen Personen 52

I. Juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts 52
II. Unterscheidungsprobleme im privaten Verbandsrecht 56
III. Rechtsfähige- und nichtrechtsfähige juristische Personen 70
IV. Zusammenfassung der wichtigen Unterschiede 87

§ 3 Entstehung, Existenz und Beendigung der juristischen Person 92

I. Gründungsvorgang der juristischen Person 92
II. Erlangung der Rechtsfähigkeit mittels staatlicher Mitwirkung 116
III. Beendigung der juristischen Person 127

§ 4 Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person 141

I. Gegenstand der Erörterungen 141
II. Die Lehre von der Relativität der Rechtsfähigkeit 142
III. Ultra-vires-Lehre 148

§ 5 Grenzen der Verselbständigung der juristischen Person: Das Durchgriffsproblem bei juristischen Personen 165

I. Grundlagen 165
II. Meinungsstand in der Literatur 171
III. Fallkonstellationen zur Erläuterung der Durchgriffsprobleme 180
VI. Exkurs: Gesellschafterfreundlicher Durchgriff und umgekehrter Durchgriff 195

Zusammenfassung 198

Literaturverzeichnis 201

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 13

Vorwort und Danksagung 19

Einleitung 21

Erster Teil
Juristische Personen im Allgemeinen 23

§ 1 Die Theorien zur juristischen Person 24

I. Bedeutsamkeit der Theorien zur juristischen Person 24
II. Theorienstreit in Deutschland 25
1. Einführung 25
2. Fiktionstheorie 26
a) Die Lehre *Savignys* 26
aa) Ausgangspunkt 26
bb) Arten der juristischen Person 27
cc) Staatsgenehmigung zur Entstehung der juristischen Person 28
dd) Rechts- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person 30
ee) Deliktsfähigkeit der juristischen Person 30
b) Heutige Nachfolger 32
3. Theorie der realen Verbandspersönlichkeit 35
a) Allgemeines 35
b) Die Lehre *Gierke*s zur Verbandsperson 35
aa) Ausgangs- und Mittelpunkt 35
bb) Arten der Verbandsperson 37
cc) Entstehung der Verbandsperson in Beziehung zur Anerkennung 38
dd) Rechtsfähigkeit der Verbandsperson 39
ee) Handlungs- und Deliktsfähigkeit der Verbandsperson 39
c) Gegenwärtige Realitätstheorie 40
III. Meinungsstand in Korea 42
1. Vorbemerkung 42
2. Realitätstheorie 42
a) Organisationstheorie 42
b) Theorie der sozialen Funktion 43
3. Fiktionstheorie 44
IV. Fazit 46

§ 2 Arten der juristischen Personen 52
I. Juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts 52
1. Deutschland 52
a) Notwendigkeit der Unterscheidung 52
b) Unterscheidungskriterien 53
c) Erscheinungsformen 53
2. Korea 54
a) Unterscheidungskriterien 54
b) Notwendigkeit der Unterscheidung im Gefüge des Haftungsrechts 54
c) Mischform zwischen juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts 55
II. Unterscheidungsprobleme im privaten Verbandsrecht 56
1. Vereine und Stiftungen im Vergleich 56
a) Begriff 56
b) Vergleichspunkte 57
aa) Personelle Grundlage 57
bb) Geltungsbereich der Privatautonomie 58
cc) Qualifikation als juristische Person 58
dd) Anzuwendende Vorschriften 58
2. Körperschaften und Personengesellschaften im Vergleich 59
a) Der traditionelle Unterschied 59
b) Relativität der Unterscheidung 60
c) Rechtssubjektivität von Gesamthandsgesellschaften 61
aa) Die Gruppen-Lehre von *Flume* 61
bb) Rechtsentwicklung 62
d) Rechtsvergleich 63
3. Abgrenzung zwischen nichtwirtschaftlichem und wirtschaftlichem Verein 64
a) Deutschland 64
aa) Personenverein und Kapitalverein 64
bb) Abgrenzungsmethoden 65
aaa) Herkömmliche Methoden 65
bbb) Teleologisch-typologische Abgrenzungsmethode 65
b) Korea 68
aa) Gesetzliche Regelung 68
bb) Abgrenzungsmaßstab 69
cc) Handelsgesellschaften als typische Formen wirtschaftlicher Vereine 69
III. Rechtsfähige- und nichtrechtsfähige juristische Personen 70
1. Rechtsfähige und nichtrechtsfähige Vereine 71
a) Deutschland 71
aa) Rechtsregelung 71
bb) Anwendung der Regelungen für den rechtsfähigen Verein auf den nichtrechtsfähigen Verein 72

cc) Haftungsbesonderheiten des nichtrechtsfähigen Vereins im Vergleich zum rechtsfähigen Verein 74
aaa) Haftung der Handelnden 74
bbb) Haftung der Mitglieder 74
dd) Rechtsposition des Vor-Vereins 75
b) Korea 75
aa) Begriffsbestimmung 75
bb) Anerkennung der aktiven Parteifähigkeit und der Grundbuchfähigkeit für den nichtrechtsfähigen Verein. 76
cc) Angleichung der Haftung des nichtrechtsfähigen Vereins an die des rechtsfähigen Vereins 77
aaa) Grundsätzlich keine Mitgliederhaftung 77
bbb) Keine Haftung der Handelnden 79
dd) Abgrenzung des nichtrechtsfähigen Vereins zur BGB-Gesellschaft. 80
ee) Nichtrechtsfähige Vereine und behördliche Genehmigung 80
2. Rechtsfähige und nichtrechtsfähige Stiftungen 81
a) Deutschland 81
aa) Stiftungsbegriff 81
bb) Arten der Stiftung 82
aaa) Stiftungen des öffentlichen und privaten Rechts. 82
bb) Öffentliche und private Stiftungen 82
ccc) Rechtsfähige und nichtrechtsfähige Stiftungen. 84
b) Korea 86
aa) Allgemeines 86
bb) Rechtsstellung der nichtrechtsfähigen Stiftung. 86
IV. Zusammenfassung der wichtigen Unterschiede 87

Zweiter Teil
Die Verselbständigung der juristischen Person 91

§ 3 Entstehung, Existenz und Beendigung der juristischen Person. 92

I. Gründungsvorgang der juristischen Person 92
1. Überblick über Entstehung der juristischen Person 92
2. Körperschaftliche juristische Person. 92
a) Vorgründungsgesellschaft. 93
b) Der Verband im Gründungsstadium. 94
aa) Gründungsgeschäft 94
aaa) Satzungsaufstellung und Körperschaftsverfassung 94
bbb) Kapitalaufbringung bei den Kapitalgesellschaften. 99
bb) Rechtslage des Gründungsverbandes 101
aaa) Überblick 101
bbb) Der Status des Gründungsverbands 103

(1) Begriff . . . 103
(2) Rechtsnatur . . . 105
(3) Identität zwischen Gründungsverband und körperschaftlicher juristischer Person und Kontinuität der Rechtsverhältnisse zueinander . . . 107
ccc) Rechtsträgerschaft des Gründungsverbands . . . 110
3. Stiftung . . . 112
a) Allgemeine Anforderungen . . . 112
b) Vor-Stiftung . . . 113
aa) Kontroverse um die Vor-Stiftung in Deutschland . . . 113
aaa) Ansicht der Befürworter der Vorstiftung . . . 113
bbb) Kritik an der Anerkennung der Vor-Stiftung . . . 114
bb) Rechtslage der Vor-Stiftung im koreanischen Recht . . . 115
II. Erlangung der Rechtsfähigkeit mittels staatlicher Mitwirkung . . . 116
1. Existenz und Rechtsfähigkeit der Verbände . . . 116
2. Rechtsregeln zur Erlangung der Rechtsfähigkeit . . . 117
a) Geläufige Systematik . . . 117
b) Neuer Ansatz von *Karsten Schmidt* . . . 118
aa) Unbrauchbarkeit der Terminologie »Gründungssysteme« . . . 118
bb) Formelle und materielle Systematisierung . . . 119
cc) Registrierungs- und Konzessionssystem . . . 120
c) Anwendung der neuen Systematik auf das koreanische Verbandsrecht . . . 121
aa) Das überkommene Einteilungsschema . . . 121
bb) Einführung neuer Systematik . . . 123
3. Rechtsfolge der Registrierung bzw. Konzessionierung . . . 124
III. Beendigung der juristischen Person . . . 127
1. Einführung . . . 127
a) Das Gesetzesmaterial zur Herbeiführung der Beendigung der juristischen Person und die unterschiedlichen Termini . . . 127
b) Ausgangspunkt . . . 128
2. Beendigungsmodus . . . 129
a) Auflösung und Liquidation als Normalfall der Beendigung . . . 129
aa) Auflösungsgrund . . . 129
bb) Fortsetzung der aufgelösten juristischen Person . . . 134
b) Liquidationslose Beendigung . . . 134
aa) Übersicht . . . 134
bb) Fälle liquidationsloser Beendigung . . . 135
aaa) Anfall des Vereinsvermögens an den Fiskus . . . 135
bbb) Umwandlung . . . 136
ccc) Löschung nach dem Löschungsgesetz . . . 137
3. Vollbeendigung und Nachtragsliquidation . . . 138
a) Deutsches Recht . . . 138
b) Koreanisches Recht . . . 140

§ 4 Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person 141
I. Gegenstand der Erörterungen. 141
II. Die Lehre von der Relativität der Rechtsfähigkeit 142
1. Konzepte 142
a) Der Ansatz von *Fabricius* 142
b) Das Erklärungsmodell von *Pawlowski* 143
2. Kritik 145
a) Bedenken von *Flume*. 145
b) Einwände von *Karsten Schmidt* 145
3. Würdigung 146
III. Ultra-vires-Lehre 148
1. Einleitung 148
2. Ultra-vires-Doktrin im deutschen und koreanischen Recht 149
a) Deutsches Recht. 149
aa) Grundsätzliches 149
bb) Ultra-vires-Gedanke im deutschen Privatrecht ?. 150
aaa) Im Liquidationsrecht 150
bbb) Im Gründungsrecht 152
ccc) Zusammenfassung. 153
b) Koreanisches Recht. 153
aa) Allgemeines 153
bb) Die Problematik des dem ultra-vires-Prinzip zugrundeliegenden § 34 KBGB. 154
aaa) Der gesetzgeberische Ursprung des § 34 KBGB. 154
bbb) Diskrepanz des § 34 KBGB zu den handelsrechtlichen Normen 157
cc) Rechtsprechung und Lehrmeinungen zur Auslegung und Anwendung des § 34 KBGB 158
aaa) Analyse der Rechtsprechung 158
bbb) Lehrmeinungen in der Literatur. 161
(1) Auffassungen zur Auslegung des § 34 KBGB 161
(2) Diskussion um Anwendbarkeit des § 34 KBGB auf die Handelsgesellschaften 163
dd) Fazit und Ausblick 164

§ 5 Grenzen der Verselbständigung der juristischen Person: Das Durchgriffsproblem bei juristischen Personen 165
I. Grundlagen 165
1. Trennungsprinzips und Verselbständigung der juristischen Person . . . 165
2. Einschränkung des Trennungsprinzips in der höchstrichterlichen Rechtsprechung 166
a) Deutsche Rechtsprechung 166
aa) RG 166

bb) BGH . . . 167
b) Koreanische Rechtsprechung . . . 168
aa) Fall *Taewon* AG . . . 168
bb) Reederei-Fall . . . 170
II. Meinungsstand in der Literatur . . . 171
1. Deutschland . . . 171
a) Mißbrauchslehre . . . 172
aa) Subjektive Mißbrauchslehre . . . 172
bb) Objektive oder institutionelle Mißbrauchslehre . . . 172
b) Normanwendungslehre . . . 173
c) Sonstige Lehren ohne Durchgriffsdogmatik . . . 174
aa) Organhaftungslehre . . . 174
bb) Die Lehre von der Verhaltenshaftung des Mitglieds . . . 175
2. Korea . . . 175
a) Vorbemerkung . . . 175
b) Ansichten . . . 177
3. Fazit . . . 179
III. Fallkonstellationen zur Erläuterung der Durchgriffsprobleme . . . 180
1. Fallkonstellationen anhand von Fällen aus der deutschen Rechtspraxis . . . 180
a) Zurechnungsdurchgriff . . . 180
b) Haftungsdurchgriff . . . 183
aa) Grundsätzliches . . . 183
bb) Fallgruppe . . . 184
aaa) Haftung aufgrund von Vermögens- und Sphärenvermischung . . . 184
bbb) Haftung aufgrund von Fremdbeherrschung . . . 186
ccc) Haftung aufgrund von Unterkapitalisierung . . . 187
2. Anwendung der Normanwendungsansätze auf Fälle aus der koreanischen Praxis . . . 190
3. Ergebnis . . . 194
VI. Exkurs: Gesellschafterfreundlicher Durchgriff und umgekehrter Durchgriff . . . 195

Zusammenfassung . . . 198

Literaturverzeichnis . . . 201

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	Anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AG	Aktiengesellschaft; auch: Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
a.M.	anderer Meinung
AnfG	Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
Bd.	Band
betr.	betreffend; betreffs
bes.	Besonders
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
ca.	Circa
ders.	Derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (bis 1992)
e.G.	eingetragene Genossenschaft
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
e.V.	eingetragener Verein
f. (ff.)	folgende (Plural)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
G	Gesetz
gem.	Gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	Gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (bis 1963: Rundschau für GmbH)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
hrsg.	Herausgeber
i.d.F.	in der Fassung
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung (gültig ab 1. 1. 1999)
i.S.	im Sinne
i.w. Sinne	im weiteren Sinne

JBGB	Japanisches Bürgerliches Gesetzbuch
JHGB	Japanisches Handelsgesetzbuch
j.P.	juristische Person
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
KBGB	Koreanisches Bürgerliches Gesetzbuch
KGBG	Koreanisches Grundbuchgesetz
KGwG	Koreanisches Gewerkschaftsgesetz
KHGB	Koreanisches Handelsgesetzbuch
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KGG	Koreanisches Grundgesetz
KO	Konkursordnung
KOGH	Koreanischer Oberster Gerichtshof
KOLG	Koreanisches Oberlandesgericht
KStHG	Koreanisches Staatshaftungsgesetz, i.d.F. vom 17. 12. 1981
KVerfG	Koreanisches Verfassungsgericht
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
KZPG	Koreanisches Zivilprozeßgesetz
LG	Landgericht
LöschG	Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9. 10. 1934 (Löschungsgesetz)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.	Mit
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht

OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Prot. II	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, 1898
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von *Rabel*
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
R.M.B.C.A.	Revised Model Business Corporation Act
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rz.	Randzahl
S.	Seite
ScheckG	Scheckgesetz
sog.	sogenannte(r)(s)
TVG	Tarifvertragsgesetz i.d.F. v. 25. 8. 1969 (BGBl. I S. 1323)
TZ	Textziffer
u.a.	unter anderem; und andere
UmwG	Umwandlungsgesetz
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von
v.a.	vor allem; vor allen
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen (Versicherungsaufsichtsgesetz)
VereinsG	Vereinsgesetz
VerglO	Vergleichsordnung
VG	Verwaltungsgericht
Vorbem.	Vorbemerkung
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz

WG	Wechselgesetz
WGKS	*Wol Gan Ko Si* (übersetzt: Die monatliche Prüfung), Eine koreanische Zeitschrift für Examensvorbereitung
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Teil IV
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGen.	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

Vorwort und Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1998/99 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt vor allem meinem hochverehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Christian v. Bar. Er hat nicht nur in wissenschaftlicher Hinsicht durch ständige Gespräche meine Arbeit betreut, sondern er hat sich auch in menschlicher Hinsicht während meines Studienaufenthalts in Deutschland bemüht, mir optimale Arbeitsbedingungen zu schaffen.

Bei Herrn Professor Dr. Malte Schindhelm LL.M. bedanke ich mich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Es ist mir ferner ein herzliches Bedürfnis, der Johanniter Hilfsgemeinschaft in Osnabrück, besonders Herrn Hans-Adam v. Hammerstein, dem Lions Club Heger Tor und der Rechtsanwaltssozietät Schindhelm Hellwege Albrecht in Osnabrück für die freundliche finanzielle Unterstützung Dank zu sagen, welche die Fertigstellung der Arbeit sehr gefördert haben.

Für die sachliche Korrektur dieser Arbeit schulde ich meinen Institutskollegen, Herrn Rechtsanwalt Guido Plaßmeier, Herrn Assessor Nico Nolte, Herrn Guido Kirchhoff sowie Herrn Volker Steves ganz herzlichen Dank.

Sehr zu danken habe ich nicht zuletzt Frau Katja Kluttig, die diese Arbeit von der Entstehung bis zur Vollendung in sprachlicher Hinsicht betreut hat.

Osnabrück, im November 1998
Ho-Young Song

Einleitung

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit dem Problem der Verselbständigung der juristischen Person nach dem deutschen und koreanischen Recht. Für das Verständnis der Schlüsselwörter – »Juristische Person«, »Verselbständigung« und »Deutsches und Koreanisches Recht« – sind im Rahmen dieser Arbeit folgende Zusammenhänge zu berücksichtigen:

»**Juristische Person**«: Die deutsche Rechtswissenschaft hat sich schon im 19. Jahrhundert intensiv mit dem »Wesen« der juristischen Person und dem damit verbundenen Problem der »staatlichen Mitwirkung« bei ihrer Entstehung auseinandergesetzt. Doch unüberschaubar ist die Literatur, welche sich mit dem Recht der juristischen Person beschäftigt hat. Daher scheint eine erneute Beschäftigung mit dem Problem der juristischen Person überflüssig zu sein. Aber das Recht der juristischen Person befindet sich im Umbruch. Dies läßt sich unter drei Aspekten beobachten, nämlich gesetzgeberisch, richterrechtlich und wissenschaftlich.

Eine Serie von Gesetzesänderungen[1] der letzten 20 Jahre hat sich nicht unerheblich in der Rechtspraxis sowie der Rechtsdogmatik im Recht der juristischen Person und vor allem im Gesellschaftsrecht ausgewirkt. Beispiel: Es wird in Deutschland nicht mehr bestritten, daß eine Einmann-Kapitalgesellschaft entstehen kann. Es ist nunmehr ein aktueller Streitpunkt, ob man die Personengesellschaften (einschließlich BGB-Gesellschaften) aufgrund der Zulassung eines identitätswahrenden Formwechsels nach dem neuen Umwandlungsgesetz als juristische Personen betrachten kann.

Zur Entwicklung des Rechts der juristischen Person hat auch eine Reihe von Urteilen beigetragen. Daher kann man von einer richterlichen Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Rechts der juristischen Person sprechen. Dies fällt besonders beim Problem des nichtrechtsfähigen Vereins, des Gründungsverbands und des Durchgriffsproblems auf. Vor diesem Hintergrund gewinnt das Recht der juristischen Person heutzutage in wissenschaftlichen Beiträgen wieder an Aktualität.

Bemerkenswert im neueren Schrifttum ist der Versuch, für die Lösung der heute um die juristische Person kreisenden Probleme die im letzten Jahrhundert vertretenen Theorien zur juristischen Person im heutigen Sinne neu zu interpretieren. Als Beispiel dafür nenne ich *Flumes* Abhandlung: »Die juristische Person«[2]. Das Grundthema seines Werks ist auf die Lehre *Savignys* zurückzuführen. Die vorliegende Arbeit wird zum Teil

---

1 In Deutschland zu nennen sind GmbHG-Novelle von 1980, Umwandlungsgesetz von 1994, neue Insolvenzordnung von 1994 (gültig ab 1.1.1999) und Änderung § 2 AktG von 1994 für die Zulassung der Einmanngründung u.s.w.
In Korea wurde das KHGB im Jahr 1984 und zuletzt 1996, insbesondere die gesetzliche Regelung der Aktiengesellschaft, zum großen Teil reformiert.

2 FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Zweiter Teil: Die juristische Person, Berlin/ Heidelberg/ New York/ Tokyo 1983.

vom Leitgedanken *Flumes* angeregt. **§ 1** der vorliegenden Arbeit beschäftigt sich daher relativ eingehend mit den Lehren *Savignys* bzw. *Gierkes* und modernen Theorien zur juristischen Person. Bezüglich der Erklärung der juristischen Person orientiert sich die vorliegende Arbeit nicht an den Einzelregelungen für die verschiedenen Erscheinungsformen der juristischen Person. Statt dessen bedient sie sich einer Gesamtbetrachtungsweise, die sich auf allgemeine Grundlagen zur Problemlösung bei juristischen Personen stützt. Dabei werden Vereinsrecht, Stiftungsrecht und Gesellschaftsrecht in dieser Arbeit nicht voneinander isoliert behandelt. Demgemäß berücksichtigt **§ 2** der vorliegenden Arbeit, über die Arten der juristischen Person, verschiedenartige Rechtsgebilde.

Die juristische Person ist ein derart verselbständigtes Rechtssubjekt, daß sie von den sie bildenden Mitgliedern oder dem Stifter strikt zu unterscheiden ist und eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Das Stichwort »**Verselbständigung**« im Recht der juristischen Person wird normalerweise nur in bezug auf die »Grenze« der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person verwendet, nämlich im Zusammenhang mit dem Problem des Durchgriffs. Das ist aber nur ein Teil des Problems der Verselbständigung, mit dem sich **§ 5** der vorliegenden Arbeit beschäftigt. **§ 3** wendet sich der Grundfrage der Verselbständigung zu, wie und wann eine juristische Person entsteht, existiert und erlischt. Hauptmerkmal der Verselbständigung einer juristischen Person ist ihre Rechtspersönlichkeit, d.h. ihre Rechtsfähigkeit. **§ 4** der vorliegenden Arbeit geht dem Problem nach, welche Eigenschaften die Rechtsfähigkeit der juristischen Person hat.

Gegenstand des Rechtsvergleichs in dieser Arbeit ist **das deutsche und koreanische Recht**. Das koreanische Zivilrecht wurde bekanntlich gesetzgeberisch vom deutschen Recht erheblich beeinflußt. Was die Rechtsregelungen zur juristischen Person betrifft, lassen sich jedoch in vielerlei Hinsicht Unterschiede beobachten. Zum Beispiel Regelungen für nichtrechtsfähige juristische Personen, zur Erlangung der Rechtsfähigkeit, zum Beendigungstatbestand und zum Umfang der Rechtsfähigkeit der juristischen Person etc. Ungeachtet der unterschiedlichen Rechtsregelungen beider Länder geht die vorliegende Arbeit von einem gemeinsamen Konzept zur juristischen Person aus und erörtert damit die sich aus den unterschiedlichen Rechtsordnungen ergebenden Probleme möglichst auf einer gemeinsamen Grundlage.

Erster Teil

Juristische Personen im Allgemeinen

§ 1 Die Theorien zur juristischen Person

I. Bedeutsamkeit der Theorien zur juristischen Person

Heute herrscht in der Literatur die Ansicht vor, die Theoriedebatte zur juristischen Person könne als abgeschlossen angesehen werden,[3] der Streit über die Rechtsnatur der juristischen Person sei abgeklungen[4] oder er werde überwiegend für unfruchtbar gehalten.[5] Die Theorien zur juristischen Person besäßen im Grunde keinerlei praktische Bedeutung mehr.[6] In der Tat mißt die jüngst erschienene Literatur in diesem Darstellungsbereich der historischen Theoriedebatte weniger Bedeutung bei als die in früherer Zeit veröffentlichten Werke. Soll sich nunmehr die Darstellung der Theorien zur juristischen Person in der Literatur bloß mit der »Pflichtübung«[7] begnügen? Hat diese theoretische Auseinandersetzung in der gegenwärtigen Rechtspraxis wirklich keine Bedeutung mehr?

Es ist sicherlich nicht erforderlich, alle Probleme, die sich hinter dieser Rechtsfigur »Juristische Person« verbergen, immer wieder ans Licht zu bringen, weil die juristische Person »zu einer handhabbaren Kategorie« [8] geworden ist: Es ist für das geltende Recht eine Selbstverständlichkeit, daß beispielsweise eine AG Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann (vgl. § 1 Satz 1 AktG; § 171 Abs. 1 KHGB), daß eine GmbH konkursfähig ist (vgl. §§ 213 KO, 63 GmbHG, 11 InsO; §§ 227, 609 KHGB) oder daß ein rechtsfähiger Verein Parteifähigkeit im Zivilprozeß besitzt (vgl. § 50 Abs. 1 ZPO; § 34 KBGB). In einem solchen Fall sind Ausführungen über das »Wesen« oder über die »Theorie« der juristischen Person nicht notwendig, weil man sich einfach des rechtstechnischen Charakters der juristischen Person bedienen kann.[9] Insofern scheinen die Theorien zur Erklärung der juristischen Person in der heutigen Rechtspraxis nicht mehr fruchtbar zu sein.

---

3 WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 191.

4 LARENZ/ WOLF, AT, S. 168.

5 MEDICUS, AT des BGB, Rz. 1104; ähnlich sagt STAUDINGER-WEICK, Einl. zu §§ 21 ff. Rz. 4, daß der Streit hoffnungslos gewesen sei.

6 LEHMANN/ HÜBNER, AT des BGB, S. 436; PALANDT-HEINRICHS, Einf. v § 21 Rz. 1; JAUERNIGBGB-JAUERNIG, Vor § 21; PETERS, BGB AT, S. 172; BROX erwähnt den Theorienstreit in seinem Lehrbuch, AT des BGB, nicht einmal im § 34 der Abschnittüberschrift »Die juristischen Personen«.

7 FLUME, Juristische Person, S. 24.

8 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 194.

9 Nach JHERING ist juristische Person ein rechtstechnischer »Kunstgriff« (JHERING, Geist des römischen Rechts III, S. 213). WIEACKER bezeichnet »die technische Verselbständigung eines Sondervermögens und die Haftungsbeschränkung« als Hauptfunktion der juristischen Person (WIEACKER, Festschrift für E. R. HUBER, S. 358 f.). Ebenso spricht REUTER vom rechtstechnichen Begriff der juristischen Person (MünchKomm-REUTER, Vor § 21 Rz. 1 f.). Teilweise zustimmend auch Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 194.

Dennoch sind die Theorien der juristischen Person den Juristen nicht gleichgültig. Denn trotz der technischen Ausreifung der Rechtsfigur der juristischen Person in der modernen Gesetzgebung stellen sich nach wie vor grundlegende Probleme: z.B. welche Art von Gebilde vor der Erlangung der juristischen Persönlichkeit vorhanden ist und welche Qualität dieses Gebilde mit der Erlangung der Rechtsfähigkeit gewinnt bzw. mit dem Entzug der Rechtsfähigkeit verliert.[10] Hierin besteht heute das Anliegen der Theorien der juristischen Person. Auch nicht vergessen werden darf die Tatsache, daß die Theorien der juristischen Person richtungsweisend für rechtspolitische bzw. richterrechtliche Entwicklung sind.[11] Einer der wichtigsten Gründe dafür, den Kerninhalt der Theorien der juristischen Person nachzuzeichnen, liegt darin, daß die klassischen Theorien heute noch tragbare Grundansätze zur Lösung der verbandsrechtlicher Probleme bieten.[12]

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund, daß dies eine rechtsvergleichende Arbeit ist, kommt den folgenden Ausführungen die Aufgabe zu, darzustellen, wie die deutschen Theorien zur juristischen Person in Korea rezipiert und verarbeitet wurden.

II. Theorienstreit in Deutschland

1. Einführung

Den Terminus »Juristische Person« kann man zuerst bei dem im Jahre 1789 erschienenen Naturrechtslehrbuch von *Gustav Hugo*[13] finden.[14] Aber er verwendete ihn noch für die Körperschaft.[15] Der Begriff »Juristische Person« im Sinne von einem Gegenstand, mit dem sich die deutsche Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert tiefgehend befaßte, wurde zuerst im Jahre 1807 in dem »Grundriß eines Systems des gemeinen Zivilrechts« von *Georg Arnold Heise* verwendet. Unter den Begriff »Juristische Person« faßte er neben der Körperschaft auch Anstalten und selbständige Stiftungen zusammen. Seine Lehre hat sich schnell durchgesetzt und liegt auch der einflußreichen Darstellung von *Savigny* im zweiten Band seines Systems zugrunde.[16] Dadurch herrschte die von *Savigny* vertretene Fiktionstheorie in der deutschen Pandektenwissenschaft[17] vor. Aber gegen Ende des 19. Jahrhunderts stieß diese Fiktionstheorie der Pandektisten auf heftige Kritik der Germanisten, die ihr die Lehre von der »realen Verbandspersönlichkeit« entgegenhielten. Der Streit zwischen beiden Theorien hat angesichts der neuen Gesetz-

10 Zutreffend Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 9.

11 Als Beispiel dafür zu nennen ist die richterrechtliche Rechtsfortbildung auf dem Rechtsgebiet der »nichtrechtsfähigen Vereine«, der »Vorgesellschaft«, der »Durchgriffs- bzw. Konzernhaftung« u.s.w.

12 Vgl. Fazit dieses Kapitels und passim in der vorliegenden Arbeit.

13 Gustav HUGO, Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, Berlin 1798, S. 445.

14 Das ist eine einhellige Meinung. Vgl. GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 469, Fn. 2; SCHNIZER, Festschrift für Walter WILBURG 1965, S. 143, 165; FLUME, Juristische Person, S. 1; COING, Europäisches Privatrecht, Bd. II, S. 338.

15 COING, Europäisches Privatrecht, Bd. II, S. 338.

16 COING, Europäisches Privatrecht, Bd. II, S. 338.

17 REGELSBERGER, Pandekten, S. 17, bezeichnet als Pandekten oder Pandektenrecht den römisch rechtlichen Bestandteil des in Deutschland im 19. Jahrhundert geltenden Privatrechts.

gebung des BGB noch an brisant gewonnen. Aber die Verfasser des BGB folgten für die Begriffsbestimmung der juristischen Person nicht einer Theorie, sondern sie überließen, wie in der Motive zum Ersten Entwurf zum Ausdruck kommt,[18] der Wissenschaft diese Aufgabe. Demzufolge ist der Theorienstreit des 19. Jahrhunderts um das »Wesen« der juristischen Person nach Inkrafttreten des BGB noch weitergeführt worden.

2. *Fiktionstheorie*

a) Die Lehre *Savignys*

aa) Ausgangspunkt

Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) ist als der Hauptvertreter der Fiktionstheorie bekannt,[19] welche aussagt, daß die juristische Person ein bloß künstliches Rechtssubjekt sei.[20] Seine Definition über die juristische Person findet sich in der Aussage:

> »Die Rechtsfähigkeit wurde oben dargestellt als zusammenfallend mit dem Begriff des einzelnen Menschen (§ 60). Wir betrachten sie jetzt als ausgedehnt auf künstliche, durch bloße Fiction angenommene Subjecte[21]. Ein solches Subject nennen wir eine juristische Person, d.h. eine Person welche bloß zu juristischen Zwecken angenommen wird. In ihr finden wir einen Träger von Rechtsverhältnissen noch neben dem einzelnen Menschen.«[22]

Seine Lehre geht von dem Begriff der Persönlichkeit aus, genauer: *Savigny* ist begrifflich von Kantischer Betonung über Persönlichkeit im ethisch- und philosophischen Sinne geprägt.[23] So kommt *Savigny* zu der Aussage: »Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freyiheit willen.«[24] Aus diesem Gedanken des Rechts und des Menschen, die Verwirklichung der sittlichen Freiheit des Menschen zu ermöglichen, ergibt sich für *Savigny*, daß »der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjects zusammenfallen« muß

---

18 In den Motiven zum Ersten Entwurf steht: »Den Begriff zu konstruieren und zu rechtfertigen, ist Aufgabe der Wissenschaft.« Motive Bd. I, S. 78 = MUGDAN, Materialien Bd. I, S. 395.

19 ENNECCERUS/ NIPPERDEY, AT, § 103 Anm. 2; LEHMANN/ HÜBNER, AT des BGB, S. 436; WIEACKER, Festschrift für E. R. HUBER, S. 361; RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 180 f.

20 Kritik an dieser Auffassung übt FLUME, Juristische Person, S. 3 ff. Die wirkliche Fiktionstheorie sei nach FLUME von WINDSCHEID formuliert worden (Juristische Person, S. 16).

21 Kursiv von Verfasser.

22 SAVIGNY, System II, S. 236. Nach FLUME, Juristische Person S. 3 ff, ist die Bezeichnung »Fiktionstheorie« für die Lehre SAVIGNYs mißverständlich. Nach ihm ist es unrichtig, daß SAVIGNY die Wesenheiten, die nach der Rechtsordnung juristische Person sind, als Fiktion angesehen hätte. In bezug auf diese Wesenheiten habe SAVIGNY »einen Menschen« nicht fingieren wollen. FLUME betont, daß SAVIGNY die soziale Realität des Verbandes, der juristische Person ist, nicht verkannte (S. 4). Sie sei für SAVIGNY eine selbstverständliche Gegebenheit (S. 4). Es gehe in der Lehre SAVIGNYs vielmehr um die »Personen als Träger der Rechtsverhältnisse«(S. 5); zustimmend auch Karsten SCHMIDT, Einhundert Jahre Verbandstheorie, S. 13.

23 WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 397; LARENZ, Rechtsperson und subjektives Recht, S. 8.

24 SAVIGNY, System II, S. 2.

> »mit dem Begriff des Menschen. Diese ursprüngliche Identität beider Begriffe läßt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig.«[25]

Nach seiner Formulierung deckt sich der wahre Begriff des Rechtssubjektes mit jenen der menschlichen Person.

Da es aber auch Zwecke gibt, deren Erreichen über die Möglichkeiten und Interessen des Einzelnen hinausgehen und die nur von einer Mehrheit natürlicher Rechtssubjekte erfüllt werden können, räumt das positive Recht dem bestimmten Gebilde eine Möglichkeit ein, mit eigener Rechtsfähigkeit an dem Rechtsverkehr teilzunehmen. Hierzu ist *Savigny*s Lehre zur juristischen Person in vier Richtungen zu betrachten:

- Erstens: Was gehört zu einem solchen bestimmten Gebilde (Arten der juristischen Person)?
- Zweitens: Aus welchem Grund erkennt das Recht dem Gebilde Rechtsfähigkeit zu (Entstehung der juristischen Person mittels staatlicher Mitwirkung)?
- Drittens: Welchen Inhalt hat die Rechtsfähigkeit der juristischen Person, mit anderen Worten, ist die Rechtsfähigkeit der juristischen Person gleich der des natürlichen Menschen (Rechtsfähigkeit der juristischen Person)? Und wie kann die juristische Person am Rechtsverkehr teilnehmen. Anders ausgedrückt, kann die juristische Person selbst im Rechtsleben handeln (Handlungsfähigkeit der juristischen Person)?
- Viertens: Kann die juristische Person darüber hinaus selbst ein Delikt begehen (Deliktsfähigkeit der juristischen Person)?

bb) Arten der juristischen Person

Savigny[26] unterteilt die in der Praxis vorkommenden Arten juristischer Personen in solche, die eine natürliche oder notwendige Existenz haben und andere, deren Dasein künstlich oder willkürlich ist. Zur ersten Gruppe gehören die Gemeinden, Städte und Dörfer. Künstliche oder willkürliche Personen sind demgegenüber Stiftungen und Gesellschaften, bei denen offensichtlich ist, daß sie lediglich dem willkürlichen Entschluß eines einzelnen oder mehrerer entspringen.[27] Als Zwischenform gibt es auch eine dritte Kategorie der juristischen Person, hierzu gehören Handwerkszünfte und Innungen.

Savigny unterteilt ferner nach dem Mitgliedervorhandensein in zwei Gruppen. Die erste wird Korporation genannt, deren Name aus dem Lateinischen übernommen ist. Zu den Korporationen gehören Gemeinden, Innungen, und diejenigen Gesellschaften, denen die Rechte juristischer Personen verliehen sind.[28] Kennzeichen der Korporation ist, daß sie aus einzelnen Mitgliedern besteht, »die, als ein Ganzes zusammengefaßt, die juristische Person bilden.«[29] In bezug auf das Verhältnis zwischen Korporation und Mitgliedern, betont *Savigny*:

---

25 SAVIGNY, System II, S. 2.

26 SAVIGNY, System II, S. 242 ff.

27 Nach FLUME leugnet SAVIGNY die »Realität« dieser letzten Gruppe nicht. Von dem »künstlichen oder willkürlichen Dasein« dieser juristischen Personen spreche SAVIGNY nur in Hinblick darauf, daß ihre Existenz nicht »notwendig« sei (FLUME, Juristische Person, S. 5).

28 SAVIGNY, System II, S. 243.

29 SAVIGNY, System II, S. 243.

> »Das Wesen aller Corporationen besteht aber darin, daß das Subjekt der Rechte nicht in den einzelnen Mitgliedern (selbst nicht in allen Mitgliedern zusammengenommen) besteht, sondern in dem idealen Ganzen.«[30]

Demzufolge ist die Korporation völlig unabhängig vom Mitgliederwechsel, so daß »das Wesen und die Einheit der Corporation nicht afficiert wird.«[31]

Neben Korporationen gibt es andere juristische Personen. Sie haben kein sichtbares Substrat, sondern »eine mehr ideale Existenz, die auf einem allgemeinen, durch sie zu erreichenden Zweck beruht.«[32] Der Unterschied zur Korporation liegt somit darin, daß hier das Substrat der Personen fehlt. Diese juristische Personen werden als Stiftung bezeichnet. Ihr hauptsächlicher Zweck besteht in Religionsausübung, Geistesbildung und Wohltätigkeit.

Außerdem sieht *Savigny* den Fiskus als die größte und wichtigste aller juristischen Personen an.[33] Der Fiskus ist nach ihm nicht als eine Korporation aller Staatsgenossen aufzufassen, sondern ist »der Staat selbst, als Subject von privatrechtlichen Verhältnissen gedacht.«[34]

Beachtenswert ist, daß *Savigny*[35] die *hereditas iacens* (ruhende Erbschaft) im Gegensatz zur allgemeinen Meinung seiner Zeit nicht als eine Art der juristischen Person annimmt.[36] Insofern unterscheidet sich seine Theorie von den Zweckvermögenstheorien und den Personifikationstheorien.[37] Auffällig ist auch, daß *Savigny* bei der Behandlung der juristischen Person die Aktiengesellschaft nicht im zweiten Band des Systems, sondern erst im Obligationenrecht im Zusammenhang mit dem Problem der Inhaberpapiere erwähnt.[38]

Jedenfalls läßt sich zum Schluß kaum bezweifeln, daß *Savigny* die wirkliche Existenz der Korporation, der Stiftung und des Fiskus letztlich nicht ablehnt.[39] Lediglich sieht er die Frage nach dem Wesen dieser Sozialgebilde nicht als juristische Frage an.[40]

cc) Staatsgenehmigung zur Entstehung der juristischen Person

Nach *Savigny*[41] entsteht jede juristische Person durch die Staatsgenehmigung. »Die Notwendigkeit der Staatsgenehmigung zur Entstehung jeder juristischen Person«[42] führt

---

30 SAVIGNY, System II, S. 243.
31 SAVIGNY, System II, S. 244.
32 SAVIGNY, System II, S. 243.
33 SAVIGNY, System II, S. 245.
34 SAVIGNY, System II, S. 245.
35 SAVIGNY, System II, S. 363.
36 TIETZE erklärt in seiner Dissertation, »Zur Theorie der Juristischen Person in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts«, daß SAVIGNY neben natürlicher Person als Rechtssubjekte Korporation, Stiftung und ruhende Erbschaft nennt (S. 8–9). Aber SAVIGNY räumt der ruhenden Erbschaft doch offensichtlich nicht die Eigenschaften der juristischen Person ein (Siehe, FLUME, Juristische Person, S. 7).
37 FLUME, Juristische Person, S. 8.
38 SAVIGNY, Obligationenrecht II, S. 112 ff.; vgl. dazu COING, Europäisches Privatrecht, Bd. II, S. 339.
39 Vgl. FLUME, Juristische Person, S. 8 ff.
40 Vgl. FLUME, Juristische Person, S. 11 ff.

er auf den Anspruch auf Rechtsfähigkeit zurück: »Der einzelne Mensch trägt seinen Anspruch auf Rechtsfähigkeit schon in seiner leiblichen Erscheinung mit sich.«[43] Dagegen fehlt der juristischen Person »jene natürliche Beglaubigung gänzlich«[44]. Diese mangelnde Beglaubigung kann nur von dem Willen der höchsten Gewalt durch Schaffung künstlicher Rechtssubjekte ersetzt werden.[45] *Savigny* gibt zwei Gründe dafür an, warum jede juristische Person zur ihrer Entstehung gerade vom Staat Genehmigung einholen muß: nämlich einen »durchgreifenden juristischen Grund«[46] und »politische und staatswirtschaftliche Gründe«[47].

Der erste Grund liegt in der Sicherheit des Rechtsverkehrs.[48] Denn wenn man diese Macht zur Genehmigung eines Gebildes der Privatwillkür überläßt,

> »würde unvermeidlich die höchste Ungewißheit des Rechtszustandes entstehen, selbst abgesehen von dem großen Mißbrauch, der durch unredlichen Willen möglich wäre.«[49]

Deshalb steht nach *Savigny* nur dem Staat die Macht zu, den idealen Subjekten die Rechtsfähigkeit zu bewilligen.

Aus politischen und staatswirtschaftlichen Gründen mischt sich der Staat dann in die Entstehung der juristischen Personen ein, wenn Korporationen oder Stiftungen wegen ihres Inhalts mögliche Gefahren für den Bestand des Staates, der Religion und der Sitte mit sich bringen würden.[50]

In Hinblick auf die staatliche Genehmigung bedeutet die »Fiktion« für *Savigny*, daß die juristische Person, statt mit der »natürlichen Beglaubigung« der »natürlichen Rechtsfähigkeit des einzelnen Menschen« ausgestattet zu sein, mit der Beglaubigung durch Verleihung der Rechtsfähigkeit seitens des Staates ausgestattet wird. Aus dieser Hinsicht ist die Formulierung *Wieackers*[51] nachvollziehbar, daß bei *Savigny* »Fiktion und staatliche Konzession ineinander verschränkt« sind.

---

41 SAVIGNY, System II, §. 89., S. 275 ff.

42 SAVIGNY, System II, S. 277. Hier zu beachten ist, daß SAVIGNY die Befähigung zur juristischen Person nur in bezug auf die sog. »künstlichen oder willkürlichen Personen« erwähnt (vgl. FLUME, Juristische Person, S. 13).

43 SAVIGNY, System II, S. 277.

44 SAVIGNY, System II, S. 278.

45 SAVIGNY, System II, S. 278. Nach FLUME behauptet SAVIGNY damit aber nicht, daß die fraglichen Gebilde keine Wirklichkeit seien (Juristische Person, S. 11). FLUME weist darauf hin, daß SAVIGNY mit der Aussage, »daß sie (die Gebilde) nicht durch die bloße Willkür mehrerer zusammentretender Mitglieder oder eines einzelnen Stifters den Charakter juristischer Personen erhalten können, sondern daß dazu die Genehmigung der höchsten Gewalt im Staate nötig ist« (SAVIGNY, System II, S. 275), lediglich ihre Eigenschaft als juristische Person betont. Hierzu sehe SAVIGNY die fraglichen Gebilde nicht als künstliche Schöpfungen des Staates an, halte die Genehmigung des Staates aber für notwendig, damit diese Gebilde »den Charakter juristischer Personen erhalten können« (FLUME, Juristische Person, S. 11).

46 SAVIGNY, System II, S. 277.

47 SAVIGNY, System II, S. 278.

48 Vgl. FLUME, Juristische Person, S. 12.

49 SAVIGNY, System II, S. 278.

50 SAVIGNY, System II, S. 278–279.

51 WIEACKER, Festschrift für E. R. HUBER, S. 366.

dd) Rechts- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person

Savigny schematisiert, daß die Rechtsfähigkeit des Menschen mit dem Mittel der Fiktion auf die juristische Person übertragen wird. Diese künstlich übertragene Fähigkeit soll sich auf das Gebiet der Rechtsverhältnisse beziehen, enger begrenzt, auf die Verhältnisse des Privatrechts.[52] Da im Rahmen des Privatrechtsverhältnisses das Familienverhältnis auf den natürlichen Menschen beschränkt ist, bezieht sich die juristische Person nahezu denknotwendig ausschließlich auf das Vermögensverhältnis.[53] Somit beschränkt sich die Rechtsfähigkeit der juristischen Person auf die Vermögensfähigkeit.[54] Diese Formel geht noch mal auf *Savigny*s Definition zurück: »sie (d. h. juristische Person) ist ein des Vermögens fähiges künstlich angenommenes Subject.«[55] Eine technische Übertragung der Rechtsfähigkeit auf die juristische Person bedeutet nicht gleichzeitig die Übertragung der Handlungsfähigkeit. D.h. die juristische Person ist für *Savigny* handlungsunfähig.[56] *Savigny* erklärt: »Vermögensrechte nämlich können, ... , nicht von selbst entstehen, sondern nur durch Handlungen erworben werden.«[57] Für »allein Handlungen« setzt er »ein denkendes und wollendes Wesen,« also »einen einzelnen Menschen« voraus, »was eben die juristischen Personen als bloße Fictionen nicht sind.«[58] Hieraus erkennt *Savigny* selbst den inneren »Widerspruch eines der Vermögensrechte fähigen Subjects, welches doch die Bedingungen zum Erwerb derselben nicht erfüllen kann.«[59] Als ein Beispiel dafür, wo ein ähnlicher Widerspruch bei den natürlichen Menschen vorkommt, führt er die Rechtslage bei Unmündigen und Wahnsinnigen an, »denn auch diese haben die ausgedehnteste Rechtsfähigkeit neben gänzlicher Handlungsunfähigkeit.«[60] Dieser Widerspruch zwischen Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit muß nach *Savigny* »durch eine Vertretung, als künstliche Anstalt, aufgelöst werden.«[61] Dies geschieht bei den juristischen Personen »durch ihre Verfassung.«[62]

ee) Deliktsfähigkeit der juristischen Person

Savigny lehnt die Deliktsfähigkeit der juristischen Person strikt ab. Er begnügt sich aber nicht mit der römischen Rechtsanschauung, wonach die juristische Person für deliktsun-

---

52 SAVIGNY, System II, S. 236.
53 SAVIGNY, System II, S. 238.
54 Die einzelnen Rechte, welche die juristische Person hat, bleiben unberührt. Siehe SAVIGNY, System II, §§ 91–93., S. 285–309. Eine anschauliche Zusammenfassung darüber gibt HENKEL in seiner Dissertation, Zur Theorie der Juristischen Person in 19. Jahrhundert, S. 88–96.
55 SAVIGNY, System II, S. 239.
56 SAVIGNY, System II, S. 283.
57 SAVIGNY, System II, S. 282.
58 SAVIGNY, System II, S. 282.
59 SAVIGNY, System II, S. 282.
60 SAVIGNY, System II, S. 282.
61 SAVIGNY, System II, S. 283.
62 SAVIGNY, System II, S. 283.

fähig gehalten wird,[63] weil ihr künstliches Dasein nur durch ein landesherrliches Privileg möglich sei.[64] Seine Ablehnung basiert vielmehr auf dem Wesen der juristischen Person als fingiertes Rechtssubjekt. Er begründet seine These durch einen Vergleich mit dem Kriminalrecht. Während für ihn »das Kriminalrecht ... mit den natürlichen Menschen, als einem denkenden, wollenden, fühlenden Wesen« zu tun hat, handelt es sich bei der juristischen Person um »ein Vermögen habendes Wesen«, das mangels einer eigenen Willensfähigkeit »ganz außer dem Bereich des Kriminalrechts« liegt.[65] Diese juristische Person, der es an Willensfähigkeit mangelt, kann sich jedoch mit Hilfe von einem natürlichen Menschen, der vollständige Willens- und Handlungsfähigkeit besitzt, durch Vertretung nach außen betätigen. Das Handeln des vertretenden Menschen kann aber für die juristische Person nur insoweit verbindlich sein, als es sich in dem der juristischen Person verliehenen Tätigkeitsrahmen bewegt. Daher kommt *Savigny* zu der Aussage:

> »Alles, was man als Verbrechen der juristischen Person ansieht, ist stets nur das Verbrechen ihrer Mitglieder oder Vorsteher, also einzelner Menschen oder natürlicher Personen; auch ist es dabey ganz gleichgültig, ob etwa das Corporationsverhältnis Beweggrund und Zweck des Verbrechens gewesen sein mag.«[66]

Dasselbe Erklärungsmodell »gilt aber auch von den Obligationen aus Delikten«[67]. *Savigny* erklärt:

> »Denn jedes wahre Delikt setzt *dolus* oder *culpa* voraus, mithin Gesinnung und Zurechnung, kann also bey juristischen Personen ebenso wenig angenommen werden als bey Unmündigen und Wahnsinnigen.«[68]

Allerdings haftet die juristische Person für *dolus* und *culpa* ihres Stellvertreters im Contractsverhältnis (Vertragsverhältnis), also im Rahmen der Vertragspflichten, denn es handelt sich hier um »eine von der Hauptobligation unzertrennliche Modifikation«[69].

Zum Schluß kann man *Savigny*s Lehre zur juristischen Person wie folgt zusammenfassen:[70]

---

63 Es gab hierzu Auseinanders etzungen, ob das römische Recht die Deliktsfähigkeit der Verbände verneint oder nicht. Die Verneinung ist nach Ernst HAFTER herrschende Meinung (Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, 1903, S. 6 ff.).

64 SAVIGNY, System II, S. 310.

65 SAVIGNY, System II, S. 312.

66 SAVIGNY, System II, S. 313.

67 SAVIGNY, System II, S. 317.

68 SAVIGNY, System II, S. 317.

69 SAVIGNY, System II, S. 317.

70 ZITELMANN, Begriff und Wesen der sog. Juristischen Person, S. 14, faßt den Gedankengang der Fiktionstheorie wie folgt zusammen:
- Kein Recht ohne Subjekt.
- Subjekt der Rechte ist nur der Mensch.
- Nun ist aber die Existenz von verkehrsfähigen Rechtskomplexen eine Tatsache und auch eine unbedingte Forderung des Verkehrs.
- Es gibt und muß also geben Vermögen, die tatsächlich herrenlos sind.
- Mithin liegt hier ein Konflikt zwischen der Rechtslogik und den Tatsachen, resp. dem realen Bedürfnis vor.
- Über diesen Konflikt kann nur das *ultimum remedium*, welches das römische Recht in

– *Savigny* leugnet nicht die Existenz der juristischen Person.
– Nur Menschen haben natürliche Rechtsfähigkeit, juristische Personen genießen hingegen nur Vermögensfähigkeit auf dem Gebiet des Privatrechts.
– Zur Entstehung einer juristischen Person ist eine staatliche Genehmigung erforderlich.
– Die juristische Person besitzt keine Handlungs- und Deliktsfähigkeit.

b) Heutige Nachfolger

Die Bedeutung von *Savigny*s Fiktionstheorie spiegelt sich nicht zuletzt in seinen vielen Modifikationen wieder.

Hans Julius Wolff vertritt die Ansicht in Anlehnung an die Fiktionstheorie, ohne »Fiktion« wäre auch der Begriff der »Person« selbst und somit jede rechtstechnische Betrachtung unmöglich.[71] Er führt dann fort:

> »In der Tat handelt es sich hier nicht um die Fiktion eines Tatbestandes, z.B. eines Menschen, der offenbar nicht vorliegt ... sondern um die Konstruktion eines bloß juristischen Gegenstandes, d.h. um eine gedankliche Zusammenfassung von Tatbeständen, Beziehungen und Normen und ihre Subsumtion unter Normen, die zunächst auf andere abgestellt werden.«[72]

H. J. Wolf unterscheidet den Gegenstand der Sozialwissenschaft von der Rechtstechnik: Das der Körperschaft oder dem Verein oder der Gesellschaft entsprechende Substrat zu erforschen ist die Aufgabe der Sozialwissenschaft. Andersherum ist die Juristische Person vielmehr eine »Person im rechtstechnischen Sinne«[73]. Schließlich spricht er von der juristischen Person, die ein bloßer Inbegriff der durch die Organisation begründeten besonderen Rechtsverhältnisse ist, die durch den Begriff der juristischen Person abbreviativ zusammengefaßt werden.[74] Da und soweit die positive Rechtsordnung der juristischen Person die Berechtigungen und Verpflichtungen zurechnet, ist die juristische Person »ein rechtstechnisches rechtsfähiges Zurechnungssubjekt«[75].

Martin Wolff sieht einen wesentlichen Vorzug der Fiktionstheorie in ihrer »Elastizität (elasticity)«[76]:
– Erstens, die Elastizität der Fiktionstheorie läßt es zu, daß bestimmte Körperschaften je nach Standpunkt entweder als Person oder als Nichtperson behandelt werden können. Als Beispiel hierfür führt er die »relative Persönlichkeit (relative personality)« wie bei der OHG und der KG des deutschen Rechts an.[77]

---

solchen Fällen gibt, die Fiktion helfen.
– Das fehlende Subjekt wird also durch Fiktion ersetzt.

71 H. J. WOLFF, Organschaft und juristische Person, 1. Bd., S. 208.
72 H. J. WOLFF, Organschaft und juristische Person, 1. Bd., S. 208.
73 H. J. WOLFF, Organschaft und juristische Person, 1. Bd., S. 230.
74 H. J. WOLFF, Organschaft und juristische Person, 1. Bd., S. 230.
75 H. J. WOLFF, Organschaft und juristische Person, 1. Bd., S. 230.
76 Martin WOLFF, On the Nature of Legal Persons, The Law Quarterly Review 54 (1938), S. 511 ff.
77 Martin WOLFF, The Law Quarterly Review 54 (1938), S. 511–512.

– Zweitens, die Fiktionstheorie ermöglicht es, »manch unerwünschte Folge der juristischen Persönlichkeit (some undeseirable consequences of regal personality)« zu vermeiden, sogar im Fall der »vollen rechtsfähigen juristischen Person (fully developed legal persons)« wie bei der AG.[78] *Martin Wolff* wollte unter dem Eindruck der »Mißachtung der korporativen Fiktion (disregard of the corporation fiction)«[79] des anglo-amerikanischen Rechts den Weg zur Fiktionstheorie zurückfinden.[80]

Von dieser zweiten These *Martin Wolff*s wurde *Serick*[81] angeregt, der sich mit dem Durchgriff auf die Menschen hinter der juristischen Person beschäftigt.[82] Er wendet sich dabei vordringlich gegen das Argument, daß man sich zuvor über das Wesen der juristischen Person Klarheit verschaffen muß, und geht nicht weiter auf die Bestimmung des Wesens der juristischen Person ein, weil die juristische Person seiner Ansicht nach keine vorgegebene Erscheinung, sondern eine Schöpfung der Rechtsordnung ist.[83] Trotzdem hält er es für notwendig, am Anfang seiner Arbeit auf ein Begriffsmerkmal der juristischen Person hinzuweisen. Da den Gläubigern der juristischen Person ausschließlich deren Vermögen haftet, und sich die Gläubiger der Mitglieder nur an diese halten können, sei die scharfe Scheidung zwischen Korporation und Gesellschaftern nach *Serick* ein notwendiges Begriffsmerkmal der juristischen Person.[84] Seine Theorie steht insoweit der Fiktionstheorie nahe, als er betont, daß dem Praktiker mit einer Lösung, der eine bestimmte Anschauung über das Wesen der juristischen Person zugrunde liegt, kaum gedient wäre, weil über das Wesen der juristischen Person sich kaum je Einigkeit erzielen lassen werde.[85]

In der Rezension *Serick*s Werk bezog auch *Müller-Freienfels* eine der Fiktionstheorie gleichkommende Stellung,[86] indem er davon ausging, daß viele persönliche Güter eine natürliche Person voraussetzen, so daß die Rechtsfähigkeit der juristischen Person typischerweise auf dem Gebiet des Vermögensrechts liegt. Er untersucht ferner den Unterschied zwischen der rechtspolitischen Problematik der natürlichen und der der juristischen Person. Während es bei der natürlichen Person als »leib-seelischer Einheit« primär darauf ankomme, ihr geistig-seelisches Wesen zu wahren und zu entfalten, spielten bei der juristischen Person Erwägungen aus der ökonomischen Sicht sowie aus der Sicht der Verkehrssicherheit eine Hauptrolle.[87] Da das »Substrat« der überindividuellen, organisatorischen Einheit der juristischen Person jedoch im einzelnen sehr verschieden gestaltet sein kann, verzichtet *Müller-Freienfels* auf eine schematische,

78 Martin WOLFF, The Law Quarterly Review 54 (1938), S. 512 ff.
79 Martin WOLFF, The Law Quarterly Review 54 (1938), S. 512.
80 RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 197.
81 SERICK, Rechtsform und Realität, Vorwort.
82 Nach FLUME seien Durchgriffslehren Kinder der Fiktionstheorie (Juristische Person, S. 68). Siehe auch dazu REHBINDER, Konzernaußenrecht, S. 125 ff. Zu den Durchgriffslehren und Durgriffsproblemen: nachher § 5.
83 SERICK, Rechtsform und Realität, S. 2–3.
84 SERICK, Rechtsform und Realität, S. 1.
85 SERICK, Rechtsform und Realität, S. 3.
86 MÜLLER-FREIENFELS, AcP 156 (1957), S. 522 ff.
87 MÜLLER-FREIENFELS, AcP 156 (1957), S. 529.

generelle Lösung für »die« juristische Person als Einheitsbegriff.[88] Er sieht vielmehr jede Eigenart in verschiedenen Typen der juristischen Personen.[89] Für *Müller-Freienfels* ist die juristische Person nur ein bequemer, zusammenfassender Ausdruck für bestimmte Einheiten und in Anlehnung an Konzept von *Hans Julius Wolff*[90] eine »konstruktive Abbreviatur«, also eine gedankliche Zusammenfassung von Tatbeständen, Beziehungen und Normen.[91]

Jüngst hat *Flume* die Lehre *Savigny*s aufgegriffen[92] und sich gegen die übliche Auffassung gewendet, wonach die Lehre *Savigny*s als Fiktionstheorie betrachtet wird. Für *Flume* ist die wirkliche Fiktionstheorie von *Windscheid* formuliert worden.[93] Jedenfalls ist *Flume*s Theorie, die sich fast auf die Lehre *Savigny*s stützt, so zu beurteilen, daß sie eine der systematischsten Kritiken seitens der Vertreter der Fiktionstheorie gegen die Realitätstheorie ist, welche bisher als eine unwiderlegbare herrschende Meinung angenommen worden ist. Es ist sicherlich eine große Errungenschaft von *Flume*, daß er *Savigny*s Lehre wiedererweckt und korrigiert hat.

Anschließend wurde *Flume*s These von *Karsten Schmidt* zum großen Teil bestätigt.[94] Er zieht aus der Fiktions- und Realitätstheorie jeweils einzelne Komponenten und versucht, die bislang als gegensätzlich anerkannten Thesen beider Theorien einer Harmonisierung zuzuführen: Einerseits sieht *Karsten Schmidt* die rechtspolitische Komponente vornehmlich bei der Theorie der realen Verbandspersönlichkeit darin, daß *Gierke* anhand der Verbandsrealität die Verbandspersönlichkeit herausstellt und dadurch den rechtspolitischen Spielraum des Gesetzgebers gegenüber den Verbänden einengt.[95] Andererseits bemerkt er die rechtspositivistische Komponente der Fiktionstheorie besonders in rechtstechnischer Hinsicht, daß die juristische Person durch den staatlichen Publizitätsakt ihre Identität als ein vorhandener Rechtsträger bestätigen kann, während Identität und Publizität des Subjekts dem Menschen von Natur aus gegeben sind.[96]

Nach *Karsten Schmidt* spricht *Savigny* nicht von der Inexistenz des Verbandes, sondern die Fiktionstheorie besagt lediglich, daß die Rechtsfähigkeit natürlicher und juristischer Personen unterschiedlich ist. Die »natürliche Rechtsfähigkeit« wird nur dem Menschen zuteil. Diese Behauptung ist laut *Karsten Schmidt* die wahre Intention von *Savigny*s Aussage über die Ausdehnung der Rechtsfähigkeit »auf künstliche, durch

---

88 MÜLLER-FREIENFELS, AcP 156 (1957), S. 531.
89 MÜLLER-FREIENFELS, AcP 156 (1957), S. 531.
90 H. J. WOLFF, Organschaft und juristische Person, 1. Bd., S. 207 ff.
91 MÜLLER-FREIENFELS, AcP 156 (1957), S. 529.
92 FLUME, Juristische Person, S. 3 ff.; ders., Festschrift für Franz WIEACKER, S. 340, 341 ff.; ders., Festschrift für Gerhard KEGEL, S. 147, 153 ff.; FLUMEs Argument im einzelnen findet sich passim in dieser Arbeit.
93 FLUME, Juristische Person, S. 16; zustimmend auch Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 198.
94 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 198; ders., Verbandszweck, S. 4, Fn. 8; ders., Einhundert Jahre Verbandstheorie, S. 13.
95 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 196 ff.
96 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 197.

bloße Fiction angenommene Subjecte«[97]. Diesbezüglich korrigiert er die häufig seitens der Vertreter der Realitätstheorie mißverstandene Formulierung *Savignys*, daß »jeder einzelne Mensch und nur der einzelne Mensch rechtsfähig ist«[98], in »Jeder einzelne Mensch und nur der einzelne Mensch genießt *natürliche Rechtsfähigkeit*«[99].

3. Theorie der realen Verbandspersönlichkeit

a) Allgemeines

Gegenüber der romanistischen Fiktionstheorie, entwickelten die Germanisten des vorigen Jahrhunderts die germanistische Genossenschaftstheorie, welche die Wirklichkeit der Körperschaft und Stiftung betont.[100] Diese Theorie wird auch die germanistische Theorie genannt, da sie aus der deutschen Rechtsanschauung entwickelt worden ist.

Beseler gilt als erster Vertreter der »Theorie der realen Verbandspersönlichkeit«, wonach die menschlichen Verbände wirklich existierende Wesen und somit auch für das Recht reale Personen seien.[101] Sein akademischer Schüler *Gierke* nahm sich ausführlich dieser Problematik an und wurde der führende Vertreter dieser Theorie. Diese Theorie behandelt sowohl die juristischen Personen des öffentlichen Rechts als auch die des Privatrechts, während die Fiktionstheorie sich noch auf das letztere Rechtsgebiet beschränkt.

b) Die Lehre *Gierke*s zur Verbandsperson[102]

aa) Ausgangs- und Mittelpunkt

Die Lehre *Gierke*s orientiert sich an den menschlichen Verbänden. Er versucht auf anthropologisch-psychologische Weise »das Wesen der menschlichen Verbände«[103] zu durchleuchten.

---

97 SAVIGNY, System II, S. 236.

98 SAVIGNY, System II, S. 2.

99 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 199 Fn. 49 (kursiv von Verfasser).

100 Als beispielhafte Vertreter dieser Theorie sind BESELER, BLUNTSCHLI, KUNTZE, BARON, SALKOWSKI, LASSON zu nennen. Zum ausführlichen Inhalt ihrer Theorie ist auf ZITELMANN, Begriff und Wesen der sogenannten Juristischen Personen, S. 53–61 zu verweisen.

101 BESELER, Volksrecht und Juristenrecht, S. 173 ff.

102 Terminologisch setze ich den von GIERKE bewußt verwendeten Begriff » Verbandsperson« mit »juristischer Person« gleich. Meiner Meinung nach gebrauchte GIERKE etwa »menschliche Verbände« oder »Verbandspersönlichkeit« mit der Absicht, daß er seine Lehre mit Hilfe von begrifflichen Unterschieden von der Fiktionstheorie abgrenzen wollte, wonach der Name »juristische Person« mit einer »fingierten«, »vorgestellten« oder »erdichteten« Person identifiziert werde. Vor diesem Hintergrund sieht GIERKE den Namen »juristische Person« als nichtssagend oder irreführend an (GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 469). Sonst gilt seine Erklärung über Verbandspersonen jedoch für die in unseren Tagen im BGB (§§ 21–89) wie KBGB (§§ 31–96) verankerte »juristische Person«. Ausgehend von diesem Standpunkt muß man verstehen, daß GIERKE Anstalten sowie Stiftungen auch den Verbandspersonen zuordnet (vgl. GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 474, S. 635 ff.).

103 GIERKE, Rektoratsrede vor der Universität Berlin am 15. Oktober 1902.

Er geht davon aus, daß die juristische Person nicht bloß eine erdichtete, sondern eine wirkliche Person ist. Der Ausgangspunkt seiner Lehre ist auch Mittelpunkt seiner wissenschaftlichen Lebensarbeit.[104] Er betrachtet den Staat und die anderen Verbände als »wirklich existierende Wesenheiten und somit auch für das Recht als reale Personen«[105]. Auf dieser Thesenbasis kommt er zu der Feststellung: »Die Verbandsperson ist eine wirkliche und volle Person gleich der Einzelperson, jedoch im Gegensatz zu dieser eine zusammengesetzte Person.«[106] Die Lebenseinheit der Verbandspersonen sei zwar sinnlich nicht wahrnehmbar, ihr Dasein aber gewiß.[107] Er weist die Existenz der Verbandsperson mit Hilfe von unserer »äußeren Erfahrung« und »inneren Erfahrung« nach.

Die wirkenden Verbandseinheiten könne man durch die »äußere Erfahrung«[108] wahrnehmen. Die Beobachtung der gesellschaftlichen Vorgänge, vor allem aber die Vertiefung in die Geschichte der Menschheit zeige, daß »Völker und andere Gemeinschaften handelnd die Welt der Machtverhältnisse gestalten und die materielle und geistige Kultur hervorbringen«[109]. Wenn man auch verschiedener Ansicht darüber sein könne, inwieweit bei den großen Wandlungen des Gemeinlebens die aktive Kraft von den Gesamtheiten oder von den Einzelnen ausgehe, so könne man doch niemals übersehen, daß eine stete Wechselwirkung zwischen den beiden Faktoren stattfinde. Hieraus kann man entnehmen, daß die Gemeinschaft »ein wirkendes Etwas«[110] ist. Diese Wirkung der Gemeinschaft sei so beschaffen, daß sie sich aus der bloßen Summierung individueller Kräfte nicht erklären ließe. Denn die Gesamtleistung der Verbände sei spezifischer Art und nicht lediglich eine quantitativ gesteigerte Größe von Teilleistungen, die von einem isolierten Menschen hervorgebracht würden. Hierfür beruft sich *Gierke* auf Machtorganisation, Recht, Sitte, Volkswirtschaft und Sprache. Daraus erkläre sich, daß die wirkende Gemeinschaft nicht mit der Summe der sie bildenden Individuen zusammenfalle, sondern vielmehr ein »ganzes mit überindividueller Lebenseinheit«[111] sei.

Diese äußere Erfahrung bezüglich der Realität der Gemeinschaft werde durch die »innere Erfahrung«[112], d.h. durch das Bewußtsein der beteiligten Menschen bestätigt. Der Einzelne empfinde sich als ein in sich beschlossenes Selbst, aber auch als Teil eines in jedem wirkenden lebendigen Ganzen.[113] Jeder Mensch fühle sich nämlich Verbänden zugehörig, etwa einem bestimmten Volk und Staat, einer Religionsgemeinschaft und

---

104 In der Rektoratsrede hat er sich geäußert, daß dieses Problem für seine wissenschaftliche Lebensarbeit Ausgangspunkt gewesen und Mittelpunkt geblieben sei (GIERKE, Das Wesen der menschlichen Verbände, S. 6).

105 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 466.

106 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 470.

107 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 471.

108 GIERKE, Das Wesen der menschlichen Verbände, S. 23.

109 GIERKE, Das Wesen der menschlichen Verbände, S. 23.

110 GIERKE, Das Wesen der menschlichen Verbände, S. 23.

111 GIERKE, Das Wesen der menschlichen Verbände, S. 24.

112 GIERKE, Das Wesen der menschlichen Verbände, S. 24.

113 GIERKE, Das Wesen der menschlichen Verbände, S. 24.

Kirche, einer Berufsgemeinschaft, einer Familie und mancherlei Vereinen und Genossenschaften usw.[114]

Mit diesen Darlegungen begründet *Gierke* die Auffassung seiner Lehre, daß außer den Einzelpersonen auch andere Rechtssubjekte vorhanden seien. Die juristische Person ist hiernach eine von der Rechtsordnung als Träger von Rechten und Pflichten anerkannte wirkliche Person. Diesbezüglich darf man nicht übersehen, daß das Recht die juristische Person »nicht geschaffen, sondern nur geordnet hatte«[115].

bb) Arten der Verbandsperson

Im Rahmen seiner Lehre stellt *Gierke* zwei Arten von Verbandspersonen dar, nämlich *Körperschaften*[116] und *Anstalten.*

Eine Körperschaft ist dabei eine reale Gesamtperson, ein Verband mit einer aus ihm selbst geborenen Persönlichkeit.[117] Da Einzelperson und Körperschaft durch ein enges personenrechtliches Band verbunden sind, ist die Seele der Körperschaft ein einheitlicher Gemeinwille, der Körper ein Vereinsorganismus.[118]

Eine Anstalt ist dagegen ein Verband mit einer ihm »von außen eingepflanzten Persönlichkeit«[119]. Die Seele der Anstalt sei ein einheitlicher Stiftungswille, der Körper eine organische Einrichtung, vermöge deren fort und fort Menschen diesem Willen dienstbar werden.[120] Als Oberbegriff umfaßt die Anstalt die öffentlich-rechtliche Anstalt und die private Stiftung.[121]

---

114 GIERKE, Das Wesen der menschlichen Verbände, S. 24.

115 GIERKE, Das Wesen der menschlichen Verbände, S. 31.

116 Der äußere Begriff der »Körperschaft« stimmt für GIERKE mit dem der römischen »universitas« überein; Die beide sind als ein Verein anzusehen, der als Ganzes eine von der Summe der Mitglieder verschiedene Person ist. Aber das innere Wesen der deutschen Körperschaft ist dagegen für GIERKE von der römischen universitas völlig verschieden. Während universitas ein von den sie bildenden Gliedern abgeschlossenes künstliches Individuum bilde, bei dem nur Rechtsbeziehungen wie zwischen unverbundenen Individuen möglich sind, sei die deutsche Körperschaft als reale Gesamtperson ein von den verbundenen Einzelpersonen getragenes und ihnen zugehöriges Gemeinwesen (GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 479); Zur ausführlichen Darlegung über den GIERKEschen Körperschaftsbegriff: SCHIKORSKI, Die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts, S. 173 ff.

117 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 474, 479.

118 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 474.

119 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 474.

120 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 474.

121 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 635 f., S. 645 f.; Stiftung ist für GIERKE »ein selbständiger gesellschaftlicher Organismus, dessen Seele der in ihm fortwirkende Wille des Stifters und dessen Körper der zur Verwirklichung dieses Willens hergestellte Verband von Menschen bildet«. Sie ist jedenfalls auch eine »Verbandsperson« (GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 647).

Zwischen Körperschaften und Anstalten können jedoch verschiedene Mischformen bestehen.[122]

Der Staat vereinigt körperschaftliche und anstaltliche Elemente in sich. Er besteht als eigenständige reale Verbandsperson, als »lebendiges Machtwesen«[123]. Tritt der Staat in das Privatrecht ein vor allem das Vermögenssubjekt, heißt er Fiskus.[124]

cc) Entstehung der Verbandsperson in Beziehung zur Anerkennung

Die Verbandsperson wird nach *Gierke* kraft Rechtssatzes zur Rechtspersönlichkeit.[125] Von der Verbandspersönlichkeit spricht Gierke als eine von der Rechtsordnung anerkannte Fähigkeit eines menschlichen Verbandes und als ein von der Summe der verbundenen Personen unterschiedliches einheitliches ganzes Subjekt von Rechten und Pflichten.[126] Die Verbandsperson ist für *Gierke* wie die Einzelperson eine Schöpfung des objektiven Rechts, aber sie besteht so gut wie die Einzelperson nur insoweit, als das objektive Recht sie anerkennt. Sie ist schließlich von der Anerkennung durch das objektive Recht abhängig, welches den Verbänden das Recht der Persönlichkeit beliebig gewähren oder versagen kann.[127]

Obschon man einen Anhaltspunkt des Systems der freien Körperschaftsbildung in den Werken *Gierke*s finden kann,[128] leugnet er nicht das Erfordernis der Anerkennung eines Gemeinwesens (Körperschaft) und einer Anstalt sowie einer Stiftung.[129] Lediglich könne sich die Anerkennung durch einen Rechtssatz nicht nur auf das Gesetzesrecht sondern auch auf das Gewohnheitsrecht berufen.[130] Seine These stellt vielmehr darauf ab, daß eine juristische Person aufgrund eines einfachen Rechtssatzes, besonders eines Gewohnheitsrechtssatzes, leicht entstehen kann, so daß dem Gesetzgeber dadurch enger rechtspolitischer Spielraum gegenüber den Verbänden gegeben wird.[131]

Was die Anerkennung der Verbandspersönlichkeit angeht, weist *Gierke* auf drei verschiedene Systeme hin: »Persönlichkeit kraft Daseins«, »Persönlichkeit kraft besonderer Kundmachung« und »Persönlichkeit kraft Verleihung«. Diese entsprechen jeweils dem heute allgemein begrifflich anerkannten »System der freien Körperschaftsbildung«, »System der Normativbestimmungen« und »Konzessionssystem«.

---

122 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 474; Hierauf beruft sich der Ansatzpunkt des Begriffs von Unternehmen bei RAISER, Unternehmen als Organisation, S. 168.

123 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 474 f.; ders., Genossenschaftstheorie, S. 21.

124 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 475.

125 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 471.

126 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 469.

127 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 471.

128 GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 15 ff.; ders., Deutsches Privatrecht I, S. 488.

129 Zum Unterschied zwischen Genehmigung und Verleihung der Rechtsfähigkeit: siehe GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 28 f.

130 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 487.

131 Vgl. Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S.197.

dd) Rechtsfähigkeit der Verbandsperson

Nach *Gierke* sind Menschen die einzigen Rechtssubjekte.[132] Dabei besitzen die Menschen das Recht der Persönlichkeit entweder als Einzelne oder als Verbände. Die aus einem Zusammenschluß von Menschen entstandene Verbandsperson ist daher rechtsfähig.[133] Im Vergleich zur Fiktionstheorie, wonach die Rechtsfähigkeit der juristischen Person auf Vermögensfähigkeit beschränkt wird,[134] erstreckt sich die Rechtsfähigkeit der Verbandsperson nach *Gierke* »gleich der der Einzelperson auf das öffentliche Recht und auf das Privatrecht und beschränkt sich im Privatrecht nicht auf das Vermögensrecht«[135]. Sie kann allerdings einerseits wegen des Wegfalls der durch menschliche Individualität bedingten Rechte (z.B. Familienrechte) enger als die der Einzelperson sein, andererseits wegen des Hinzutritts der Rechte, die nur einem gesellschaftlichen Ganzen an seinen Gliedern zustehen können (z.B. Köperschaftsgewalt), weiter sein.[136]

ee) Handlungs- und Deliktsfähigkeit der Verbandsperson.

Die Verbandsperson sei kein »totes Begriffsding«, das der Vertretung durch andere Personen bedarf, sondern ein lebendiges Wesen, das als solches wollen und das Gewollte in die Tat umsetzen kann.[137] Sie ist also handlungsfähig. Obschon sie sich nur durch aus einzelnen Menschen gebildeten Organe betätigt, realisiert sie ihre Erscheinung unmittelbar in den Lebensaktionen ihrer Organe, z. B. in dem Beschluß einer Versammlung oder in der Ausführungshandlung eines Vorstandes, wie die Einzelperson in der Rede des Mundes oder der Bewegung der Hand.[138] Die »Vertretung«, die hierbei stattfindet, bedeutet für *Gierke* »keine Stellvertretung des Einen für den Anderen, sondern Darstellung des Ganzen durch den Theil«[139].

Es ist für *Gierke* selbstverständlich, daß die Verbandsperson auch deliktsfähig ist. Sie handelt durch ihre Organe. Alle Handlungen der Organe sind jedoch nicht ohne weiters der Verbandsperson zuzurechnen. Damit

> »die rechtswidrige Handlung irgend eines Organs Körperschaftshandlung gelte, muß dasselbe nicht bloß als solches auftreten, sondern *im Bereiche seiner Zuständigkeit* funktionieren«[140].

Wird ein Körperschaftsdelikt begangen, bringt dies rechtliche Wirkungen unmittelbar nur für die juristische Person, nicht für die Einzelnen. Diese Wirkungen lassen sich unterteilen in Ersatzfolgen und Straffolgen.[141] Die Ersatzfolgen der Delikte sind privat-

---

132 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 267.
133 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 472; ders., Genossenschaftstheorie, S. 141 ff.
134 Vgl. SAVIGNY, System II, S. 238.
135 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 472.
136 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 472.
137 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 472; ders., Das Wesen der Menschlichen Verbände, S. 15.
138 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 472, S. 518 ff.
139 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 472.
140 GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 762 ff. Kursiv von GIERKE.
141 GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 771 ff.

rechtlicher Natur. Sobald eine schädigende unerlaubte Handlung der Verbandsperson zugerechnet werden kann, ist sie zum Schadensersatz verpflichtet.[142] Logischerweise ist für *Gierke* daneben auch eine Bestrafung der Verbandsperson denkbar[143].

c) Gegenwärtige Realitätstheorie

Das *Gierke*sche Denkmodell unterliegt der starken Neigung, die juristische Person bis ins einzelne mit der physischen Wirklichkeit des Menschen zu vergleichen und zu versinnbildlichen. Diese Sichtweise verkennt jedoch die unüberwindbaren Unterschiede zwischen der natürlichen Person und der Verbandsperson (also, der juristischen Person).[144] Deswegen greifen moderne Anhänger der Realitätstheorie nicht auf *Gierke*sches antropomorphes Erklärungsmodell zurück, sondern begnügen sich mit abstrakteren Umschreibungen.[145]

Die juristische Person wird mal als eine organisierte »Interesseneinheit« betrachtet, die nach *Ostheim* als Grundlage der Person erkannt wird.[146] Diese Interesseneinheit müsse also eine Organisation aufweisen, die dafür notwendig ist, um die Wahrnehmung der zugeordneten Rechte und Pflichten zu ermöglichen[147].

Die juristische Person ist mal auch als eine Organisation gedacht, die kein Lebewesen mit natürlichem Willen ist, aber ihrer Wirkungskraft entsprechend als Willenssubjekt personifiziert werden kann.[148] Diese Auffassung ist uns als sog. Theorie der Zweckpersonifikation bekannt, und als herrschende Lehre angesehen.[149] Obwohl sich diese Theorie auf die Realität der juristischen Person stützt, vermeidet sie eine direkte Übertragung der Theorie der realen Verbandspersönlichkeit, weil diese Theorie »die bildliche Vorstellung mit der Sache selbst verwechselt« hat.[150]

Neuerdings hebt auch *Rittner* die Realität der juristischen Person hervor.[151] Seine Ansicht stimmt zwar in einer Reihe von Punkten mit der von *Otto v. Gierke* überein, aber dessen Theorie wird von *Rittner* bestritten.[152] Er sieht auch die h.M. als unzutreffend an, wonach die juristische Person als eine zweckgebundene Organisation aufgefaßt wird.[153]

---

142 GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 784 ff.
143 GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 771 ff.
144 Zur Kritik an GIERKEsche organologische Lehre: vgl. H. J. WOLFF, Organschaft und Juristische Person, 1. Bd., S. 5.
145 WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 194.
146 OSTHEIM, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden, S. 34.
147 OSTHEIM, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden, S. 34.
148 ENNECCERUS/ NIPPERDEY, AT, § 103.
149 WIEACKER, Festschrift für E. R. HUBER, S. 364; RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 185; Dieser Auffassung folgend vor allem, SOERGEL-HADDING, vor § 21 Rz. 6.
150 ENNECCERUS/ NIPPERDEY, AT, § 103 Fn. 2.
151 RITTNER, Die werdende juristische Person, Teil II.; Siehe auch Besprechung dazu ULMER, ZHR 140 (1976), S. 61 ff.
152 RITTNER, Die werdende juristische Person, u.a. S. 182 ff.
153 RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 193 f., 195.

Er sucht seinen theoretischen Ausgangspunkt in dem rechtsethischen Begriff der »Rechtsperson«[154]. Von der Rechtsperson (nach *Rittner* i.S. der natürlichen Person) sei die juristische Person ihrer Struktur nach grundverschieden.[155] Ihre Verschiedenheit werde jedoch durch ihre Gleichwertigkeit mit der Rechtsperson vor dem Recht, also durch die »Personifizierung des Überindividuellen«, aufgehoben.[156] Aus dieser Überlegungen hat er folgende Begriffsbestimmungen formuliert:[157]

> »Die juristische Personen ist eine überindividuelle Wirkungseinheit der Rechtsordnung,
> – die zur Verwirklichung einer bestimmten, wenn auch veränderlichen, inhaltlich begrenzten und rechtlich verfaßten Substanz objektiven Geistes in einem dialektischen Prozeß dienen soll,
> – die dem Personalen aber dadurch verhaftet bleibt, daß Rechtspersonen – unmittelbar oder mittelbar durch andere juristische Personen – in sie eingegliedert sind, die Rechtspersonen bleiben und jene Substanz in der durch die konkrete Gliederung bestimmten Weise immerfort realisieren, und
> – daß sie (die Wirkungseinheit) in wesentlichen Hinsichten, wenigstens aber soweit ihre Aufgabe reicht, der Rechtsperson gleichgestellt ist.«

Nach *Rittner*s Ansicht befinden sich die Stiftung/Anstalt und die Einmanngesellschaft im Grenzbereich seiner Definition. Sie gehören jedoch zur juristischen Person als selbständige Wirkungseinheiten.[158] Er schließt aber die Gesamthänderschaften von seinem Begriff der juristischen Person aus, welche als eine überindividuelle Wirkungseinheit der Rechtsordnung bezeichnet wird.[159]

Auf rechtssoziologischer Grundlage sieht *Thomas Raiser* das »Unternehmen« als juristische Person an, so daß ihm die Rechtssubjektivität eingeräumt wird.[160] Er wendet sich gegen die mögliche Kritik, daß das BGB nur Vereine und Stiftungen als juristische Personen des Privatrechts kennt und Unternehmen weder das eine noch das andere sind.[161] Solche dichotomische Auslegung sei allzu positivistisch und überholt.[162] Hier greift er vor allem auf *Gierke*s Auffassung zurück, der eben nicht die Stiftung allein, sondern die Anstalt als den weiteren Begriff neben die Verbände gestellt hat.[163] Nach ihm erfüllt das als Organisation konzipierte Unternehmen die Merkmale beider Begriffe, also ein Unternehmen sei Anstalt und Verband zugleich.[164]

---

154 RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 159 u. passim.
155 RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 216.
156 RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 218.
157 RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 229.
158 RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 232–243.
159 Kritische Würdigung dazu FLUME, Personengesellschaft, S. 89.
160 RAISER, Das Unternehmen als Organisation, S. 166 ff.
161 RAISER, Das Unternehmen als Organisation, S. 167 f.
162 RAISER, Das Unternehmen als Organisation, S. 168.
163 RAISER, Das Unternehmen als Organisation, S. 168.
164 RAISER, Das Unternehmen als Organisation, S. 168; Zur kritischen Auffassung gegen RAISER: vgl. RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 307.

III. Meinungsstand in Korea

1. Vorbemerkung

Der Theorienstreit zwischen Realitäts- und Fiktionstheorie ist nicht nur eine pan-abendländische Erscheinung,[165] er geht auch heute noch in der koreanischen Rechtslehre weiter.

Zum Wesen der juristischen Person in Korea ist zwar die Realitätstheorie früher überwiegend vertreten worden, aber die Fiktionstheorie zieht heutzutage wieder größere Aufmerksamkeit auf sich. Anders als in Deutschland, wo der Theorienstreit im 19. Jahrhundert angesichts der neuen Gesetzgebung aus rechtspolitischer Sicht vertieft worden ist, sind die Theorien zur juristischen Person in Korea hauptsächlich zur Auslegung der bereits im KBGB kodifizierten Vorschriften über die juristische Person vertreten worden. Demgemäß konzentrierte sich der Theorienstreit normalerweise auf die Frage, ob dem koreanischen BGB die Fiktionstheorie oder die Realitätstheorie zugrunde liegt. Dieser Streit zielte jedoch von vornherein nicht auf ein konkretes Ergebnis ab. Auch die Verwendung der Theorien in der Praxis wurde bislang grundsätzlich keine materielle Bedeutung beigemessen. Deshalb blieb er auf der sehr abstrakten Konfliktebene. Aber es ist bemerkenswert, daß in neuerer Zeit die auf der Fiktionstheorie füßende Ansicht wieder auftritt und sie auf den Relevanz der Theorien der juristischen Person aufmerksam macht.

2. Realitätstheorie

Die Koreanischen Theorien sind, wie die anderer Länder,[166] überwiegend von der Lehre *Gierke*s beeinflußt worden. Obwohl die koreanische Realitätstheorie demzufolge auf dem theoretischen Boden *Gierke*s basiert, versuchen einige Lehren, das Wesen der juristischen Person näher festzustellen. Hierzu sind die Organisationstheorie und die sog. Theorie der sozialen Funktion zu zählen.

a) Organisationstheorie

Diese Theorie wurzelt in der französischen Organisationstheorie von *Michoud*[167] und *Saleilles*[168]. Sie nimmt offenbar die Wirklichkeit der sozialen Gebilde an, versucht sie jedoch den theoretischen Ausgangspunkt *Gierke*s zu verbessern, der das Wesen der juristischen Person auf der soziologischen Ebene angesiedelt hat. Sie betrachtet, abweichend von der *Gierke*schen Auffassung, nicht alle in unserer Gesellschaft bereits bestehenden Verbände oder Organisationen als juristische Person, sondern sie bezeichnet vielmehr die Gebilde, die in einer bestimmten historischen, sozialen Situation erst als Verkehrssubjekte anerkannt worden sind, als »juristische« Person.[169] Sie geht über die *Gieke*sche These, die in einer organologischen Vorstellung gefangen bleibt, hinaus und

165 WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 193. Fn. 14.

166 Zur Theoriebildung und Gesetzgebung in den europäischen Rechten: COING, Europäisches Privatrecht, Bd. II, S. 344 ff.

167 MICHOUD, Léon, La théorie de la personnalité morale, Bd. I, 2. Aufl., Paris 1924.

168 SALEILLES, Raymond, De la personnalité juridique. Histoire et théories, Paris 1910.

169 Ki-Son KIM, AT des BGB, S. 130; Kyoung-Hak CHANG, AT des BGB, S. 280.

legt ihr Hauptaugenmerk auf die juristische Bewertung der Gebilde. Diese Bewertung verwirklicht sich mittels gesetzlicher Anerkennung der Rechtspersönlichkeit an bestimmten Gebilden. Folglich schließt sich diese Theorie betreffs der Entstehung der juristischen Person nicht dem System der freien Körperschaftsbildung, sondern vielmehr dem System der Normativbestimmungen an. Schließlich versteht diese Theorie unter der juristischen Person eine Organisation, der wegen ihrer Tauglichkeit als Rechtssubjekt auch Rechtsfähigkeit eingeräumt ist. Dieser Theorie ist somit zweifelsohne zugute zu halten, daß sie die Abgrenzungsproblematik weitgehend auf eine juristische Ebene verlagert. Trotz dieser Vorzüge sieht sich die Theorie jedoch insoweit Kritik ausgesetzt, als sie nicht zu entscheiden vermag, welchen Funktion tragenden Organisationen der Staat juristische Persönlichkeit zuerkennen soll[170] und als ihr Denkansatz im Ergebnis mit dem der Fiktionstheorie nahezu identisch und somit wenig innovativ ist.[171]

b) Theorie der sozialen Funktion

Zur Überwindung des oben dargestellten Nachteils der Organisationstheorie wurde die sog. Theorie der sozialen Funktion entwickelt. Sie stammt von dem deutschen Juristen, *Josef Kohler*[172]. Auf der gedanklichen Basis *Kohler*s versuchte der japanische Zivilrechtler, *Wagazma*,[173]die Natur der juristischen Person näher zu beleuchten. Wie die natürliche Person durch ihre soziale Funktion bzw. Aktivität in der Gesellschaft eine nützliche Rolle spielen kann, erklärt *Wagazma*, können Gebilde (Verbände od. Vermögensmassen) aus gesellschaftlich nützlicher Sicht auch eine juristische »Person« werden, weil sie durch ihre soziale Funktion bzw. Rolle einen Beitrag zur Gesellschaft zu leisten vermögen. Er sieht »*Etwas*« als juristische Person an, was mit Ausnahme der natürlichen Person wegen seiner selbständigen sozialen Aktivierung als ein Subjekt der Rechtsfähigkeit tauglichen »sozialen Wert« hat. Zur Lösung der Frage, *was* diesen sozialen Wert hat, solle mit Hilfe der Sozialwissenschaften, z.B. Soziologie sowie Wirtschaftswissenschaft, die Wirklichkeit des Soziallebens betrachtet werden. »*Etwas*« müsse danach durch den zeitgenössischen Rechtsgedanken erläutert werden. Zur Leistung einer selbständigen sozialen Funktion sei es erforderlich, daß ein Verband eine ihn leitende, bzw. eine Vermögensmasse eine sie verwaltende Organisation hat. Daß ein Verband bzw. eine Vermögensmasse eine juristische Person werden kann, liege daran, daß in der Tat diese Organisation eine soziale Funktion erfüllt.[174] Die Theorie *Wagazma*s wird ohne Veränderung in Korea übernommen und findet in der koreanischen Literatur überwiegend Zustimmung.[175] Es ist ein Vorteil dieser Theorie, daß sie sowohl soziologische als auch juristische Aspekte berücksichtigt. Meiner Ansicht nach

170 Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 163; ders., Sondervorlesung des Zivilrechts, S. 78

171 Yoon-Jik GWACK, AT des BGB, S. 217.

172 Yong-Han KIM, AT des BGB, S. 150, erklärt, diese Theorie sei eigentlich auf dem Gedanke der Sozialsolidarität von KOHLER basiert (vgl. Josef KOHLER, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Berlin-Grunewald 1923).

173 WAGAZMA, AT des BGB, S. 127.

174 WAGAZMA, AT des BGB, S. 127.

175 Young-Sub LEE, AT des BGB, S. 164; Chung-Han KIM, AT des BGB, S. 117; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 217; Yong-Han KIM, AT des BGB, S. 150; Hyon-Tae KIM, AT des BGB, S. 153.

verwechselt diese Theorie jedoch die Frage, was das Wesen der juristischen Person ist, mit dem Problem, unter welchen Bedingungen ein Verband oder eine Vermögensmasse als juristische Person anerkannt werden kann. Daß ein Verband oder eine Vermögensmasse wegen möglicher Erfüllung einer sozialen Funktion einen sozialen Wert haben kann, scheint nur eine Erklärung dafür zu sein, was zu einer juristischen Person werden kann und was nicht. Schließlich genügt diese Theorie nicht für die eigentlich beabsichtigte Klarstellung des »Wesens« der juristischen Person. Kritisch zu erwähnen ist noch, daß diese Theorie einem ungeeigneten Personengedanken entspringt. Die Bewertung einer (natürlichen oder juristischen) Person aufgrund ihrer gesellschaftlichen Nützlichkeit erscheint mir willkürlich. Denn wer sollte nach welchen Kriterien über diese Nützlichkeit entscheiden?

3. Fiktionstheorie

Die koreanische Fiktionstheorie geht davon aus, daß die soziale Funktion der juristischen Person und der Grund für den Erwerb der Rechtsfähigkeit der juristischen Person voneinander getrennt zu betrachten sind.[176] Dies erklärt sich namentlich aus dem nichtrechtsfähigen Verein, der nach dem Gesetz *nicht rechtsfähig* bleiben muß, obgleich er in Hinblick auf soziale Funktion dem rechtsfähigen Verein nicht nachsteht.[177] Nach dieser Theorie muß es sich bei der Theoriedebatte zur juristischen Person nicht darum drehen, die soziale Wesenheit der juristischen Person zu finden, sondern viel mehr darum, den Grund dafür zu erforschen, warum einem Verein oder einer Stiftung die Rechtspersönlichkeit zuzugestehen ist. Darin finde man die rechtswissenschaftliche Bedeutung der Forschung zum Wesen der juristischen Person, welche über die soziologische Untersuchung hinausgehen muß.[178] Auf dieser Basis werden zur Rechtfertigung der Fiktionstheorie folgende Begründungen angeführt:

– Erstens: Das koreanische BGB schränkt die Möglichkeit der Entstehung einer juristischen Person mit dem Konzessionssystem (§ 32 KBGB)[179] und dem Eintragungssystem (§ 33 KBGB)[180] ein. Das bedeutet nicht, daß das Gesetz lediglich anhand der Existenz eines Verbandes die Rechtspersönlichkeit zuerkennt, sondern daß es aus rechtspolitischer Sicht den Verbänden gesondert rechtliche Anerkennung gibt. Diese Systeme basieren auf der Fiktionstheorie.[181]
– Zweitens: Das koreanische BGB bestimmt nur zwei Arten der juristischen Person, nämlich Vereine und Stiftungen (§ 32 KBGB). Somit ist eine Mischform beider nicht möglich. Hieraus läßt sich erkennen, daß das KBGB die Fiktionstheorie mit dem Zweck stützt, daß nicht alle verschiedenartigen Verbände juristisch anerkannt wer-

176 Young-June LEE, AT des BGB, S. 838; Eun-Young LEE, AT des BGB, S. 234.
177 Young-June LEE, AT des BGB, S. 838.
178 Eun-Young LEE, AT des BGB, S. 234.
179 § 32 KBGB [Genehmigung für die Gründung] lautet: Zur Gründung eines Vereins oder einer Stiftung, deren Zweck auf eine wissenschaftliche, religiöse, wohltätige, künstlerische, gesellschaftliche oder sonstige nichtwirtschaftliche Aufgabe gerichtet ist, ist die Genehmigung der zuständigen Behörde erforderlich.
180 § 33 KBGB [Eintragung der Gründung] lautet: Die juristische Person entsteht durch Eintragung der Gründung an dem Ort, an dem sie ihren Hauptsitz hat.
181 Eun-Young LEE, AT des BGB, S. 234.

den können, sondern ausschließlich die Verbände, die den im Gesetz erforderlichen Voraussetzungen entsprechen.[182]

– Drittens: Das KBGB nennt als Auflösungsgrund eines Vereins oder einer Stiftung Insolvenzeröffnung und Entziehung der Gründungsgenehmigung (§ 77 KBGB[183]). Das Liquidationsverfahren ist sehr strikt geregelt (§§ 77–96 KBGB). Der Überschuß fällt nicht automatisch an die Mitglieder, sondern wird vielmehr nach der Ordnung der Gesetzesbestimmung zugewiesen (§ 80 KBGB[184]). Diese Vorschriften sind ein Beweis dafür, daß das KBGB wesentlich der Fiktionstheorie untersteht. Auch die Tatsache, daß die in Liquidation befindliche juristische Person nur innerhalb ihres Liquidationszwecks existent ist (§ 81 KBGB[185]), bestätigt diese Argumentation. [186]
– Viertens: Die Vorschrift über die Deliktshaftung der juristischen Person (§ 35 KBGB[187]) basiert auf Fiktionstheorie. Denn § 35 Abs. 1 Satz 2 zusätzlich die persönliche Haftung des Handelnden vorsieht. Das entspricht dem Inhalt der Fiktionstheorie.[188] Wenn man in § 35 KBGB von der Realitätstheorie ausgegangen wäre, wäre damit nur die Haftung der juristischen Person geregelt worden.

---

182 Eun-Young LEE, AT des BGB, S. 234.

183 § 77 KBGB [Auflösungsgründe] lautet:
(1) Aufgelöst wird die juristische Person durch Ablauf der Zeit des Bestehens, durch die Erfüllung des Zwecks, durch Unmöglichkeit der Zweckverfolgung, durch den Eintritt eines in der Satzung bestimmten Auflösungsgrundes oder durch die Insolvenz oder durch die Entziehung der Gründungsgenehmigung.
(2) Der Verein wird durch Wegfall sämtlicher Mitglieder oder durch Beschluß der Mitgliederversammlung aufgelöst

184 § 80 KBGB [Anfall des Überschusses] lautet:
(1) Mit der Auflösung der juristischen Person fällt ihr Vermögen an die in der Satzung bestimmten Personen.
(2) Sind diese anfallberechtigten Personen durch die Satzung nicht bestimmt oder fehlt das Verfahren, durch das sie bestimmt werden können, so kann der Vorstand oder der Liquidator mit Genehmigung der zuständigen Behörde über das Vermögen in einer dem Zweck der juristischen Person entsprechenden Weise verfügen. Im Falle des Vereins bedarf er dafür der Beschlußfassung der Mitgliederversammlung.
(3) Das Vermögen, das in der in Absätze 1 und 2 bestimmten Weise nicht zur Verfügung gestellt wird, fällt an die Staatskasse.

185 § 81 KBGB [Juristische Person in Liquidation] lautet: Mit einer Auflösung bestehen für die juristische Person die Rechte und Pflichten nur insoweit fort, als der Zweck der Liquidation es erfordert.

186 Eun-Young LEE, AT des BGB, S. 236.

187 § 35 KBGB lautet: [Deliktsfähigkeit]
(1) Die juristische Person ist für den Ersatz des Schadens verantwortlich, den der Vorstand oder ein anderer Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene Handlung einem Dritten zufügt. Die persönlich Haftung des Handelnden bleibt jedoch dadurch unberührt.
(2) Verursacht die juristische Person einem Dritten einen Schaden durch Führung eines über den satzungsmäßigen Zweck hinausgehenden Geschäfts, so haften die Mitglieder, die den Beschluß gefaßt oder ihn ausgeführt haben, und Vorstandsmitglieder sowie andere Vertreter als Gesamtschuldner.

188 Eun-Young LEE, AT des BGB, S. 236; Young-June LEE, AT des BGB, S. 861.

IV. Fazit

Die Kritik an der Fiktionstheorie entbehrt jeder Grundlage, wenn man die Fiktionstheorie so versteht, daß bei der juristischen Person das Subjekt lediglich fingiert ist und nur in den Köpfen der Juristen existiert.[189] Diese Auffassung muß sich zweierlei Kritik stellen, nämlich daß sie einerseits *Savigny*s Lehre mißverstanden hat,[190] andererseits das Anliegen der Theorie der juristischen Person reduziert hat[191].

Flume hat mit Recht gegenüber der herrschenden Meinung darauf hingewiesen, daß die juristische Frage nach dem »Wesen« der juristischen Person nicht die Frage nach der »Wirklichkeit« der Gebilde sei, welche juristische Person sind.[192] Das Wesen der juristischen Person ist, wie *Serick* zutreffend erwähnt hat, »im Grund immer noch ebenso unerforscht wie das Wesen des Menschen«[193]. Die seit dem 19. Jahrhundert vertretenen Theorien, die unter Berufung auf die »Realität« der juristischen Person ihr »Wesen« oder ihre »Rechtsnatur« zu untersuchen versuchten, geben uns kein zufriedenstellendes Ergebnis. Das »Wesen«, das ihr Forschungsgegenstand ist, kann auf keinen Fall mit der »Realität«, die ihr Forschungsausgangs- bzw. Forschungsmittelpunkt ist,[194] gleichgesetzt werden. Sie haben sicherlich die »Realität« der juristischen Person bestätigt, aber nicht ihr »Wesen« klar dargestellt. Anders gesagt, ist der Realitätstheorie die Suche nach einem »Substrat«, dem die Rechte und Pflichten der juristischen Person zugerechnet werden können, mißlungen. Mir scheint eher, daß die Zweckvermögenstheorie und Genießertheorie dem Kern des Problems näher gekommen sind als die Realitätstheorie, welche die Frage nach dem Wesen der juristischen Person so beantworten, daß es ein zweckgebundenes Vermögen ohne Rechtssubjekt sei[195] oder bei dem Verein die einzelnen Mitglieder, bei der Stiftung die wahren Destinatäre sei[196]. Aber diese Erklärungsmodelle befriedigen nicht immer. Ihnen gegenüber steht folgende Kritik: Bei der »mitgliedsunabhängigen Sondervermögensordnung«[197] fehlt es an einem von dem Vermögen zu unterscheidenden Träger als Rechtssubjekt.[198] Schließlich paßt die Zweckvermögenstheorie, auf die heute *Wiedemann* zurückgreift, nur auf die Stiftung, nicht aber auf den Verband.[199] Der Genießertheorie wird vorgeworfen, daß der

189 Z. B. BREHM, AT des BGB, S. 309.
190 FLUME, Juristische Person, passim.
191 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S.196.
192 FLUME, Juristische Person, S. 25.
193 SERICK, Rechtsform und Realität, S. 156.
194 GIERKE, Das Wesen der menschlichen Verbände, S. 6.
195 BRINZ, Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, § 60, 61, S. 196 ff.; Die im 19. Jahrhundert von BRINZ und SCHWARZ vertretene Zweckvermögenstheorie wird neuerdings von WIEDEMANN aufgegriffen und weiterentwickelt, wonach die juristische Person im Kern als ein organisiertes Sondervermögen angesehen wird. Siehe WIEDEMANN, Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, WM, Sonderbeilage Nr. 4/1975 S. 8; ders., Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 195 ff.
196 JHERING, Geist des römischen Rechts III, S. 356.
197 WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 196.
198 SOERGEL-HADDING, vor § 21 Rz. 11.
199 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 195 Fn. 26.

Staat z.B. mehr als eine als Einheit gedachte Menschenmenge ist[200] oder daß z.B. bei einer Stiftung zum Schutz der Singvögel diejenigen, die sich am Vogelgesang erfreuen, oder die Singvögel selbst nicht die Genußberechtigen sind.[201]

In bezug auf das Wesen der juristischen Person stellt neuerdings *Uwe John* als die Elemente der »Rechtsperson« drei Organisationselemente heraus: Handlungsorganisation, Haftungsverband und Identitätsausstattung (Name und Wohnsitz).[202] Dem hat sich *Reuter*[203] angeschlossen. Hingegen hat *Flume*, der sich im wesentlichen auf *Savigny* stützt, argumentiert, daß diese »Elemente« der juristischen Person bereits in den Lehren *Savigny*s selbstverständlich gewesen seien.[204] Was die Handlungsorganisation angeht, habe *Savigny*[205] bereits festgestellt, daß wie bei den handlungsunfähigen natürlichen Personen durch die Vormundschaft bei den juristischen Personen durch die Verfassung die Handlungsfähigkeit hergestellt wird.[206] Was den Haftungsverband anbetrifft, wollte *Savigny* nur die Haftung für deliktisches Handeln der die juristische Person kraft ihrer Verfassung Vertretenden nicht gelten lassen.[207]

Die *Gierke*sche Realitätstheorie hat sich eindeutigen Verdienst um das Personenrecht erworben, indem sie die Wirklichkeit der juristischen Person gegenüber den diese Wirklichkeit verneinenden Theorien bewußt gemacht hat.[208] Die *Gierke*sche Theorie hat jedoch, weil sie nicht den Kern des Problems trifft, mehrfach Kritik erfahren, die in neuer Zeit namentlich von *Flume* vertieft wurde. *Flume* behauptet, daß eigentlich nicht die Ansicht *Savigny*s, sondern die Lehre *Gierke*s von der juristischen Person als einer realen Verbandspersönlichkeit den Namen »Fiktionstheorie« verdient, wenn *Gierke* die Persönlichkeit der juristischen Person kraft Willens- und Handlungsfähigkeit als Wirklichkeit geltend macht.[209] Dies sei unzutreffend, weil entgegen der Lehre von der realen Verbandspersönlichkeit die juristische Person ja selbst offensichtlich nicht willens- und handlungsfähig sei. Ihr »reales Dasein« beruhe vielmehr, wie *Savigny* gesagt hat, »auf dem vertretenden Willen bestimmter einzelner Menschen«[210]. Diesem Argument ist zuzustimmen, wenn wir *Gierke*s Aussage betrachten, daß die Verbandsperson *nur kraft Rechtssatzes* Person, eine *Schöpfung des objektiven Rechts* sei[211] und die Willens- und Handlungsfähigkeit der Gemeinwesen wie bei den Individuen *eine vom Recht nur anerkannte und begrenzte* reale Tatsache sei.[212] *Gierke* verwandelt ein in Wirklichkeit vom Recht geschaffenes Wesen in ein reales lebendiges Gebilde. In diesem Punkt hat

200 LEHMANN/ HÜBNER, AT des BGB, S. 437.
201 TIETZE, Zur Theorie der Juristischen Person, S. 23–24 .
202 JOHN, Die organisierte Rechtsperson, S. 72 ff.
203 MünchKomm-REUTER, Vor § 21, Rz. 2.
204 FLUME, Juristische Person, S. 22, Fn. 132.
205 SAVIGNY, System II, S. 282 f.
206 FLUME, Festschrift für GERHARD KEGEL, S. 113.
207 FLUME, Juristische Person, S. 22, Fn. 132.
208 FLUME, Juristische Person, S. 18.
209 FLUME, Juristische Person, S. 18, 378 f.; ähnliche Kritik dazu SOERGEL-HADDING, vor § 21 Rz. 10.
210 FLUME, Juristische Person, S. 18.
211 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 471.
212 GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 612 f. Kursiv von Verfasser.

Ostheim bereits festgestellt, daß die *Gierke*sche Verbandsperson nicht anders als die juristische Person der Fiktionstheorie ist.[213]

In Zusammenhang mit der staatlichen Mitwirkung zur Entstehung einer juristischen Person hat *Schikorski*[214] zutreffend hervorgehoben, daß die von *Gierke* akzeptierte formelle Allkompetenz des Staates zur Regelung der korporativen Persönlichkeit auf dasselbe Ergebnis hinausläuft wie die Fiktionstheorie. Dort, wo die Persönlichkeit eines Verbandes sowie deren Struktur in Frage steht, kommt es auf das Recht sowie auf den Staat an, weil nach *Gierke* das objektive Recht »den Verbänden das Recht der Persönlichkeit beliebig gewähren oder versagen« kann,[215] oder dem Rechte und Staat allein die Entscheidung gebührt, »ob ein irgendwie beschaffenes Etwas die Eigenschaft eines Rechtssubjekts hat oder nicht«[216]. Hieraus kann man folgern, daß die Realitätstheorie ihre Abneigung gegen »Fiktion« nicht ausreichend überwunden hat, indem sie das juristische Schicksal der juristischen Person in die Hand des Rechtes und des Staates legt.[217] Tatsächlich nähern sich nach der Auffassung *Kelsens*, der unter einem Rechtssubjekt die Personen versteht, denen die Rechtsordnung subjektive Rechte und Pflichten verleiht,[218] die Begriffe der juristischen Person von *Savigny* und *Gierke* aneinander an.[219]

Die Mystifizierung der Realitätstheorie fällt besonders deutlich bei der Einmann-Kapitalgesellschaft ins Gewicht, die sicherlich eine juristische Person ist. Obgleich z.B. bei der Einmann-GmbH der Wille der GmbH real der Wille des Alleingesellschafters ist, wird dieser Wille nicht dem Gesellschafter, sondern »der GmbH« zugerechnet. Der Wille der GmbH und der Wille des Alleininhabers werden rechtlich-konstruktiv scharf getrennt, aber sie sind in Wirklichkeit identisch.[220] Diese logische (»rechtlich-konstruktive«) Trennung ist nur mit Hilfe von Fiktionen möglich. *Gierke* hat angesichts der Einmann-Kapitalgesellschaft Inkonsequenz eingestanden, indem er sie mit folgender Begründung nicht in seinen Begriff der Verbandsperson einschließt: »Denn offenbar kann eine Person niemals eine Personengesamtheit mit einem gegen die Individualwillen rechtlich verselbständigten Gemeinwillen bilden.«[221] Seine negative Einstellung gegenüber der Einmann-Kapitalgesellschaft ist wiederum auf seine Auffassung der Verbandshaftigkeit zurückzuführen. Aber seine Auffassung ist nicht mehr haltbar,[222] zumindest seitdem durch die GmbH-Novelle von 1980 in Deutschland ausdrückliche Regelungen über die Einmann-GmbH in § 1 des GmbHG aufgenommen worden sind.

---

213 OSTHEIM, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden, S. 55.
214 SCHIKORSKI, Die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff, S. 217; ähnlich auch FLUME, Juristische Person, S. 12.
215 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 471.
216 GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 21.
217 Zur staatlichen Mitwirkung im Zusammenhang mit der Entstehung der juristischen Person: Zweiter Teil § 3 II.
218 KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 172 ff.
219 Zustimmend auch EICHLER, Personenrecht, S. 339.
220 SCHULTE, Grundkurs im BGB, Bd. 1, S. 206.
221 GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 835.
222 LEHMANN/ HÜBNER, AT des BGB, S. 438.

Auch die Einmann-AG ist im deutschen Recht bislang einhellig anerkannt worden (vgl. §§ 42, 319 AktG, §§ 50 ff., 56 a ff. UmwG v. 1969). Darüber hinaus ist seit 1994 die Einmanngründung einer AG nach der Neufassung des § 2 des AktG ausdrücklich zugelassen.

Die Einmann-AG wird in Korea zwar nicht legitimiert,[223] aber sie ist als ein aus der Eigenschaft der juristischen Person selbstverständlich abzuleitender Rechtsbegriff nicht nur in der Rechtsprechung[224] sondern auch von der Wissenschaft[225] anerkannt. Demgegenüber ist die Einmann-GmbH in Korea nicht zugelassen, weil der Verbleib nur eines Gesellschafters zu den Auflösungsgründen gehört (vgl. § 227, § 609 KHGB)[226]. Die (gesetzliche oder wissenschaftliche) Anerkennung der Einmann-Kapitalgesellschaft erinnert uns an die »Elastizität«[227] der Fiktionstheorie. Wegen dieser Elastizität ist die Einmann-Kapitalgesellschaft viel flexibler im Kopf desjenigen, der an der Fiktionstheorie festhält, als desjenigen, der in der Verbandshaftigkeit gefangen bleibt. Immerhin können wir aus der Problematik der Einmann-Kapitalgesellschaft *Flume*s Formulierung nachvollziehen, daß die Realität der juristischen Person eben nicht die »Verbandsrealität« im Sinne *Gierke*s sei, sondern im Sinne *Savigny*s »das ideale Ganze«[228] der Wirkungseinheit, die als juristische Person verfaßt sei.[229] Die juristische Person ist aber auch kein Sondervermögen im Sinne von *Wiedemann* oder kein Alleingesellschafter im Sinne von *Jhering* zumindest bei der Einmann-Kapitalgesellschaft. Der Ausdruck, »das ideale Ganze« der Wirkungseinheit, scheint zwar grob, ist aber umfassend genug, um alle verschiedenartigen juristischen Personen zu definieren.[230]

---

223 Da KHGB einen Verbleib nur eines Gesellschafters von den Auflösungsgründe der AG ausschließt (vgl. § 517 KHGB), kann die Einmann-AG in koreanischem Recht existieren.

224 KOGH v. 20. 9. 1965, 66 da 1187; KOGH v. 28. 2. 1967, 63 da 981; KOGH v. 28. 2. 1987, 63 da 981.

225 Vgl. Kiuon TSCHE, Gesellschaftsrecht, S. 50; LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S 407; Sang-Jo PARK, Gesellschaftsrecht, S. 39; Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 15.

226 § 227 KHGB lautet: [Auflösungsgründe] Die Gesellschaft (OHG) wird aus jedem der folgenden Gründe aufgelöst:
1. Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist oder aus einem anderen im Gesellschaftsvertrag genannten Grund;
2. Beschluß sämtlicher Gesellschafter;
3. Verbleib nur eines Gesellschafter;
4. Verschmelzung;
5. Konkurseröffnung;
6. gerichtliche Anordnung oder Entscheidung zur Auflösung
§ 609 KHGB lautet: [Auflösungsgründe] Die GmbH wird aufgelöst:
1. durch die in § 227 Nr. 1 und Nr. 3 bis Nr. 6 genannten Gründe;
2. durch Beschluß der Gesellschafterversammlung
Diese Vorschriften werden aus rechtsvergleichender Sicht für unangemessen gehalten, so daß sie de lege ferenda aufgehoben werden sollen (vgl. Kiuon TSCHE, Gesellschaftsrecht, S. 56).

227 Martin WOLFF, The Law Quarterly Review 54 (1938), S. 511.

228 SAVIGNY, System II, S. 243; siehe auch dazu FLUME, Juristische Person, S. 30, S. 98, S. 103.

229 FLUME, Juristische Person, S. 117.

230 Zu Arten der juristischen Person: alsbald § 2.

Ungeachtet des vielseitig problematischen Ansatzes der *Gierke*schen Theorie, darf man nicht übersehen, daß *Gierke* auf dem Gebiet des heutigen Gesellschaftsrechts einen beträchtlichen Einfluß ausgeübt hat.[231] Genannt seien vor allem die Probleme um »Vorgesellschaft«, »fehlerhafte Gesellschaft«, und »Rechtssubjektivität der Gesamthand«. Diese sind heute noch umstrittene Gegenstände wissenschaftlicher Kontroverse. *Gierke* hat schon im vorigen Jahrhundert die darum kreisende Problematik erkannt und Lösungsgrundlagen vorbereitet, auf welche man auch für die heutige Rechtspraxis zum Teil zurückgreifen kann.

Gierke betrachtet die Gründung einer Körperschaft als einheitlichen Akt (Gesamtakt), welcher von der ersten Konzeption bis zur endgültigen Perfektion reicht.[232] Er führt aus[233]:

> »Wenn daher das Recht die *fertige* Körperschaft *als solche* anerkennt, so kann es auch die Anerkennung der *werdenden* Körperschaft *als solcher* nicht ablehnen: das eigenartige Gebiet der Rechtssätze, welche das innere Leben der Gemeinwesen normiren, erstreckt sich auf deren embryonales Lebensstadium.«

In seiner Sichtweise kann man wohl eine Ähnlichkeit mit der heute als herrschend zu bezeichnenden Identitätstheorie finden, wonach die Vorgesellschaft und die spätere juristische Person in ihrer Struktur und Existenz identisch sind.[234]

Gierke liefert auch eine Lösung für das Problem der fehlerhaften Gesellschaft. Da für ihn die Verbandsgründung »kein Vertrag, sondern ein einseitiger Gesamtakt (ist), der im Individualrecht keine Parallele hat«[235], sind Willensmängel bei der Verbandsgründung unerheblich. Die heute allgemein anerkannte Doktrin, wonach die bei der Gründung einer juristischen Person vorhandene Mängel grundsätzlich nicht von Anfang an zur Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrags bzw. der Satzung führen, basiert eigentlich auf dem Konzept *Gierkes*.[236]

Betreffs der Rechtsnatur der Gesamthandsgesellschaft befindet sich nach den grundlegenden Arbeiten von *Flume*[237] die Ansicht heute im Vordringen, welche die Rechtssubjektivität der Gesamthandsgesellschaften anerkennt.[238] Entgegen der traditionellen Auffassung, wonach die Gesamthand nur als ein gebundenes Sondervermögen der Gesamthänder, also ein Rechts*objekt* ist, ist nach *Flume* die Gesamthand zwar nicht juristische Person, genießt aber doch eigene Rechtssubjektivität und zwar als »Gruppe«[239]. Diese sog. Gruppentheorie geht im Kern auf die Sichtweise *Gierkes*, nämlich »personenrechtliche Gemeinschaften«[240], zurück. *Gierke*[241] scheidet zwar die Gesamthand als

---

231 Hierzu Karsten SCHMIDT, Einhundert Jahre Verbandstheorie, S. 20; Robert SCHEYHING/ Matthias WILHELM, Festschrift für Horst LOCHER, S. 495 ff.

232 GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 134 f.

233 GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 135 f.

234 Zur Vorgesellschaft: nachher § 3 I 2 b) bb).

235 GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 133.

236 Vgl. Karsten SCHMIDT, AcP 1986, S. 421, 425 ff. Zu dieser Problematik: nachher § 3 I 2 b) aa) aaa).

237 Zuerst: ZHR 136 (1972), S. 177 ff.; sodann ausführlich: Personengesellschaft, 1977.

238 Zu dieser Problematik: nachher § 2 II 2.

239 FLUME, Personengesellschaft, S. 54 f., S. 68 f. und passim.

240 GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 353.

»verbundene Personenmehrheit« von der juristischen Person als »Verbandsperson«. Aber diese verbundene Personenmehrheit, also Gesamthand, sei als solche nicht nur rechtsfähig[242], sondern auch handlungsfähig[243]. Hierin findet sich auch ein Ansatzpunkt zur »Teilrechtsfähigkeit«[244] der Gesamthand.

Betreffs der Rechtsnatur der Gesamthandsgesellschaft befindet sich nach den grundlegenden Arbeiten von *Flume*[245] die Ansicht heute im Vordringen, welche die Rechtssubjektivität der Gesamthandsgesellschaften anerkennt.[246] Entgegen der traditionellen Auffassung, wonach die Gesamthand nur als ein gebundenes Sondervermögen der Gesamthänder, also ein Rechts*objekt* ist, ist nach *Flume* die Gesamthand zwar nicht juristische Person, genießt aber doch eigene Rechtssubjektivität und zwar als »Gruppe«[247]. Diese sog. Gruppentheorie geht im Kern auf die Sichtweise *Gierkes*, nämlich »personenrechtliche Gemeinschaften«[248], zurück. *Gierke*[249] scheidet zwar die Gesamthand als »verbundene Personenmehrheit« von der juristischen Person als »Verbandsperson«. Aber diese verbundene Personenmehrheit, also Gesamthand, sei als solche nicht nur rechtsfähig[250], sondern auch handlungsfähig[251]. Hierin findet sich auch ein Ansatzpunkt zur »Teilrechtsfähigkeit«[252] der Gesamthand.

Insgesamt stelle ich resümierend fest, daß das nähere Betrachten der klassischen Theorien zur juristischen Person keine bloße »Pflichtübung«[253] ist, sondern daß diese Theorien vielmehr heute noch wichtige Grundlagen für die Lösung einzelner verbandsrechtlicher Probleme liefern. Sie werden im Verlauf dieser Arbeit vereinzelt Berücksichtigung finden.

---

241 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 267 f., S. 682.
242 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 682.
243 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 684.
244 Grundlegend FABRICIUS, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963. Zur Lehre von der Relativität der Rechtsfähigkeit: nachher § 4 II.
245 Zuerst: ZHR 136 (1972), S. 177 ff.; sodann ausführlich: Personengesellschaft, 1977.
246 Zu dieser Problematik: nachher § 2 II 2.
247 FLUME, Personengesellschaft, S. 54 f., S. 68 f. und passim.
248 GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 353.
249 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 267 f., S. 682.
250 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 682.
251 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 684.
252 Grundlegend FABRICIUS, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963. Zur Lehre von der Relativität der Rechtsfähigkeit: nachher § 4 II.
253 Vgl. FLUME, Juristische Person, S. 24.

§ 2 Arten der juristischen Personen

Unter den verschiedenen Definitionsversuchen für die juristische Person wurde im vorstehenden Abschnitt »das ideale Ganze« der Wirkungseinheit[254] bevorzugt. Daraus ergibt sich zunächst einmal ein Erklärungsbedürfnis, welche Arten der juristischen Personen im positiven Recht vorkommen. Darüber hinaus, da die Rechtsstellungen den Verbänden je nach rechtspolitischer bzw. wirtschaftlicher Hinsicht im positiven Rechte unterschiedlich zuerkannt sind, ist es hier auch zweckmäßig, ihre unterschiedlichen Rechtsstellungen nach deutschem und koreanischem Recht zu vergleichen. Diese Betrachtung gewinnt besonders bei den nichtrechtsfähigen Gebilden an Bedeutung. Diesbezüglich behandele ich im weiteren ebenfalls die Unterschiede ihres Haftungsstatusses.

I. Juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts

1. Deutschland

a) Notwendigkeit der Unterscheidung

Die Unterscheidung zwischen juristischen Personen des Privatrechts und denen des öffentlichen Rechts ist aus zwei Gründen erforderlich:

– Erstens: Die Vorschriften der §§ 21 ff. BGB finden auf die juristische Person des öffentlichen Rechts grundsätzlich keine Anwendung.
– Zweitens: Während die juristische Person des Privatrechts im allgemeinen eine unbeschränkte Rechtsfähigkeit besitzt, hat die juristische Person des öffentlichen Rechts Teilrechtsfähigkeit.[255] In bezug auf den Umfang der Rechtsfähigkeit hielt der BGH im sog. Heringsfall[256] ein rechtswirksames Handeln der juristischen Person des öffentlichen Rechts für beschränkt und zwar auf den ihr durch Gesetz oder Satzung zugewiesenen Aufgaben- und Wirkungskreis. Aufgaben und Zwecke der juristischen Person des öffentlichen Rechts bestimmten ihren sachlich und räumlich beschränkten Lebenskreis. Außerhalb ihres Funktionsbereichs liegende Handlungen entbehrten schlechthin der Rechtswirksamkeit.[257] Hieraus ergibt sich, daß die sog. ultra-vires-Doktrin für die juristische Person des öffentlichen Rechts gilt.[258] Demgegenüber unterliegt die juristische Person des Privatrechts nicht der ultra-vires-Doktrin.[259]

---

254 Der Ausdruck ist zum einen auf SAVIGNY (das ideale Ganze) und zum anderen auf RITTNER (die Wirkungseinheit) zurückzuführen. Die beiden terminologischen Elemente wurden von FLUME übernommen und zusammengesetzt. Vgl. SAVIGNY, System II, S. 243; RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 229; FLUME, Juristische Person, S. 30; siehe auch Fn. 230 in § 1 vorliegender Arbeit.

255 Zur Rechtsfähigkeit der juristischen Person: nachher § 4 II.

256 BGHZ 20, 119.

257 BGHZ 20, 119, 124.

258 STAUDINGER-WEICK, Einl. zu §§ 21–89. Rz. 25.

259 Zur ultra-vires-Doktrin im deutschen Privatrecht: nachher, § 4 III 2 a).

b) Unterscheidungskriterien

Man unterscheidet juristische Personen des privaten und des öffentlichen Rechts nach folgenden Kriterien:

Der entscheidende Unterschied liegt in dem Entstehungstatbestand: Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts beruhen auf einem *Hoheitsakt* (Gesetz, Verordnung, Verwaltungsakt)[260], diejenigen des Privatrechts entstehen durch *privatautonome Gründungsakte* (Gründungsvertrag oder Stiftungsgeschäft).[261]

Die Durchführung staatlicher Aufgaben kann auch als ein Unterscheidungskriterium in Betracht kommen: Während die juristischen Personen des öffentlichen Rechts staatliche Aufgaben wahrnehmen, verfolgen diejenigen des privaten Rechts im Grunde private Zwecke, insbesondere Erwerbszwecke.[262] Aber dies schließt nicht aus, daß die juristischen Personen des öffentlichen Rechts an der wirtschaftlichen Betätigung (z.B. Verkehrsbetrieb) teilnehmen können und umgekehrt die juristischen Personen des privaten Rechts unter Umständen öffentliche Aufgaben (z.B. Versorgungsleistungen) übernehmen können.[263]

Außerdem ist die Verfügungsmöglichkeit über Zwangsmittel, welche nur den juristischen Personen des öffentlichen Rechts zuerkannt ist, als ein Unterscheidungskriterium zu berücksichtigen.[264]

c) Erscheinungsformen

Da die juristischen Personen des Privatrechts dem Grundsatz des *numerus clausus* unterliegen, figurieren sie als feste Formen. Das BGB regelt in Hinblick auf Arten der juristischen Person nur Verein und Stiftung. Daneben enthalten Sondergesetze die Regelungen für die juristischen Personen des Privatrechts, die den rechtsfähigen Wirtschaftsvereinen zuzuordnen sind, z.B. Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kommanditgesellschaft auf Aktien und eingetragene Genossenschaft.

Demgegenüber gibt es juristische Personen des öffentlichen Rechts wesentlich mehr mögliche Erscheinungsformen, weil sie keinem Typenzwang unterliegen.[265] Zu den juristischen Personen des öffentlichen Rechts zählen vor allem der Staat (Bund, Länder), die Gebietskörperschaften (Gemeinden, Gemeindeverbände, Kreise), sonstige Körperschaften (z.B. Rechtsanwaltskammern, Handwerkskammern), Anstalten (z.B. das Niedersächsische Landeskrankenhaus, die Stadtbibliothek Osnabrück) und Stiftungen (z. B. die Museumsstiftung Post und Telekommunikation[266]). § 89 BGB nennt selbst

---

260 Vgl. RGZ 130, 169, 172; OLG Celle NJW 1955, 834.

261 ENNECCERUS/ NIPPERDEY, AT, § 104; HÜBNER, AT des BGB, S. 106; LARENZ/ WOLF, AT, S. 167; MEDICUS, AT des BGB, Rz. 1091; SOERGEL-HADDING, Vor § 21, Rz. 14; STAUDINGER-WEICK, Einl. zu §§ 21 ff. Rz. 22. Zur Rechtsnatur der Gründungsakte: siehe § 3 I 2 b) aa).

262 LARENZ/ Wolf, AT, S. 167; MEDICUS, AT des BGB, Rz. 1092; SOERGEL-HADDING , § 89 Rz. 12.

263 STAUDINGER-WEICK, Einl. zu §§ 21 ff. Rz. 21.

264 LARENZ/ WOLF, AT, S. 167.

265 FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, AT, S. 484.

266 Art. 11 Postneuordnungsgesetz v. 14. 9. 1994 (BGBl. I 2325).

für die Art der juristischen Person des öffentlichen Rechts Fiskus, Körperschaften, Stiftungen und Anstalten. Sie werden jedoch begrifflich nicht immer einheitlich verwendet. Der Fiskus wird zwar in der verwaltungsrechtlichen Systematik nicht zu den juristischen Personen des öffentlichen Rechts gerechnet, gehört haftungsrechtlich zum Kreis der juristischen Personen.[267]

2. Korea

a) Unterscheidungskriterien

Eine gesetzliche Vorschrift über die juristische Person des öffentlichen Rechts befindet sich lediglich im § 2 des KHGB:

> »Das Handelsgesetzbuch kommt auf Handelsgeschäfte der juristischen Personen im öffentlichen Recht zur Anwendung, soweit sich aus Gesetzen oder Verordnungen nichts anderes ergibt.«

Ansonsten wird die Unterscheidung der juristischen Person des Privatrechts und der öffentlichen Rechts völlig der Wissenschaft überlassen.

Im allgemeinen spricht man von der juristischen Person des Privatrechts, die nach dem Prinzip der Privatautonomie von den Gründern (Mitgliedern) selbst gegründet, verwaltet und ggf. freiwillig aufgelöst wird. Demgegenüber kennzeichnet man die juristische Person des öffentlichen Rechts durch die folgenden Faktoren: Sie wird von der Staatsgewalt gegründet, ihr Grundinhalt der Satzungen über Gründung bzw. Bestehen beruft sich auf Gesetze, ihr Vorstand wird vom Staat angestellt, sie wird von der Staatskasse finanziert, ihre Auflösungsfreiheit ist begrenzt und das Privileg der Steuerbefreiung wird ihr zugebilligt.[268]

b) Notwendigkeit der Unterscheidung im Gefüge des Haftungsrechts

Die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen juristischen Personen des privaten Rechts und des öffentlichen Rechts liegt nach herrschender Meinung darin[269]:

- Erstens: Die Frage, ob eine juristische Person des öffentlichen Rechts als Klägerin oder Beklagte auftreten kann (Prozeßfähigkeit), wird nicht im Zivilprozeß, sondern im Verwaltungsprozeß entschieden.
- Zweitens: Bei der Beitreibung jeglicher Art von Leistungen und Beiträgen von den Mitgliedern kann eine juristische Person des öffentlichen Rechts nicht auf dem Wege der Zwangsvollstreckung im Zivilprozeßrecht vorgehen, sondern muß einen Sonderprozeß im Steuerrecht anstrengen.
- Drittens: Bei einer Schadenszufügung durch ihre Mitglieder, haftet die juristische Person des öffentlichen Rechts für den Schaden nicht aufgrund von Vorschriften

---

267 STAUDINGER-WEICK, Einl. zu §§ 21 ff. Rz. 19.

268 Eun-Young LEE, AT des BGB, S. 222.

269 Vgl. Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 170; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 218; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 235 ff.; Young-June LEE, AT des BGB, S. 839; Yong-Han KIM, AT des BGB, S. 151 ff.; Chung-Han KIM, AT des BGB, S. 118; Eun-Young LEE, AT des BGB, S. 222.

über unerlaubte Handlungen im KBGB (vgl. §§ 750 BGB[270]), sondern aufgrund von Vorschriften im »Staatshaftungsgesetz«.[271]

Unter diesen Unterscheidungskriterien kommt besonders dem dritten Faktor hinsichtlich des Haftungsrechts große Bedeutung zu. In der Literatur wird überwiegend folgende Ansicht vertreten: Anders als im deutschen BGB, wonach die für Organhaftung maßgebliche Vorschrift (vgl. § 31 BGB), auch für die juristische Person des öffentlichen Rechts aufgrund des § 89 Abs. 1 BGB gilt, sei § 35 KBGB (Organhaftung) oder § 750 KBGB (allgemeine Vorschrift über die unerlaubten Handlungen) auf die juristische Person des öffentlichen Rechts nicht anwendbar, weil das KBGB keine Verweisungsvorschrift wie § 89 Abs. 1 des deutschen BGB enthalte. Daraus ergebe sich, daß § 35 KBGB nur auf die juristischen Personen des Privatrechts zutrifft. Hierin bestehe die Notwendigkeit der Unterscheidung beider juristischen Personen im koreanischen Recht. Diese Auffassung ist m.E. nicht haltbar. Im KBGB gibt es zwar keine mit § 89 Abs. 1 des deutschen BGB vergleichbare Verweisungsvorschrift. Aber § 2 Abs. 1 des koreanischen Staatshaftungsgesetzes[272] setzt als Haftungssubjekt lediglich den »Staat« oder die »öffentliche Gebietskörperschaft« fest. Anschließend schreibt § 8 Satz 1 KStHG zum Verhältnis zu anderen Gesetzen vor:

> »Soweit dieses Gesetz keine anderen Vorschriften über die Schadensersatzpflicht des Staats oder der öffentlichen Gebietskörperschaft enthält, finden die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts ergänzende Anwendung.«

Aus diesen beiden Vorschriften des KStHG läßt sich folgern, daß die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, außer Staat und öffentlicher Gebietskörperschaft, in bezug auf das Haftungsproblem auch dem § 35 KBGB unterliegen.

c) Mischform zwischen juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts

Von der klassischen Zweiteilung der juristischen Personen abgesehen, gibt es eine dritte charakteristische Form der juristischen Personen. Sie tritt häufig auf, wenn der Staat ihre Errichtungen fördert, unterstützt oder u.U. erzwingt, um dadurch die Ausführung der Wirtschaftspolitik bzw. der Sozialpolitik zu fördern. Da sich die öffentliche Gewalt in die Errichtungen und in die Verwaltungen dieser juristischen Personen auf verschiedene Weise einmischt, treten diese juristischen Personen mit unterschiedlichen Formen in Erscheinung. Daher ist statt der herkömmlichen Zweiteilung als dritte Form der juristischen Personen die sog. »*gemischte*« *juristische Person* begrifflich von der Wissenschaft allgemein anerkannt. Diese vereinigt in sich Elemente der juristischen Person

270 § 750 KBGB ist eine Generalklausel der unerlaubten Handlungen. Er lautet: [Inhalt der unerlaubten Handlungen] Wer vorsätzlich oder fahrlässig einem anderen widerrechtlich einen Schaden zufügt, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

271 KBGB hat keine mit § 839 BGB vergleichbare Vorschrift über die Amtshaftung. Eine solche Haftung regelt in Korea nur das Staatshaftungsgesetz.

272 § 2 Abs. 1 Satz 1 KStHG lautet: [Schadensersatzpflicht] Der Staat oder die öffentliche Gebietskörperschaft sind nach diesem Gesetz zum Schadensersatz verpflichtet, wenn ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig bei der Amtsausübung rechtswidrig einem anderen Schaden zufügt.

des öffentlichen Rechts und der juristischen Person des Privatrechts. Zu diesen gehören beispielsweise die Korea-Bank, die koreanische Wohnungsbaugenossenschaft, die Genossenschaft für Landwirtschaft, Gewerkschaften usw. Das häufige Auftauchen solcher juristischen Personen erschwert die Eingliederung in eine bestimmte Gruppe. Unter Berufung auf diese Erscheinung wird eine abweichende Meinung vertreten, daß nämlich die Unterscheidung zwischen den juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts in der Praxis keinen Sinn mehr hat.[273] Aber dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen, solange noch die Notwendigkeit des Unterschieds zwischen der juristischen Person des privaten und des öffentlichen Rechts besteht. Tatsächlich ist es schwer, die in dem Zwischengebiet schwebende juristische Person nach bestimmten Kriterien zuzuordnen. In Anbetracht dieser gemischten juristischen Person ist es vielmehr sinnvoll, im Einzelfall zu prüfen, ob es sich bei dieser juristischen Person um ein Privatrechtsverhältnis oder um ein öffentliches Rechtsverhältnis handelt. Infolgedessen fällt diese juristische Person im Zusammenhang mit der Haftungsfrage unter das Privatrecht, also in bezug auf Organhaftung unter den § 35 KBGB.

II. Unterscheidungsprobleme im privaten Verbandsrecht

1. Vereine und Stiftungen im Vergleich

a) Begriff

Unter den juristischen Personen des Privatrechts unterscheiden sich Vereine und Stiftungen voneinander. Als Arten der juristischen Person stellt sowohl das deutsche als auch das koreanische BGB Verein und Stiftung einander gegenüber (§§ 21, 22, 80 BGB; §§ 32, 39 KBGB). Die Anstalt im Sinne des Privatrechts wird, anders als im schweizerischen ZGB Art. 52, weder im deutschen noch im koreanischen BGB einbezogen (vgl. § 89 BGB, § 32 KBGB). Das deutsche und koreanische BGB kennen keine Mischform von Verein und Stiftung.[274]

Die für Vereine und Stiftungen maßgeblichen Vorschriften, nämlich §§ 21 ff. BGB bzw. §§ 32 ff. KBGB, enthalten keine Definition für Verein und Stiftung.[275] Nach der Definition des Reichsgerichts ist ein Verein die

> »auf die Dauer berechnete Verbindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, die nach ihrer Satzung körperschaftlich organisiert ist, einen Gesamtnamen führt und auf einen wechselnden Mitgliederbestand angelegt ist.«[276]

---

273 Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 171.

274 Zur Kritik an der Dichotomie der juristischen Personen des BGB in Vereinen und Stiftungen: siehe Thomas RAISER, Das Unternehmen als Organisation, S. 166 ff., 168.

275 § 2 des Vereinsgesetzes legt – für das öffentliche Recht – den Begriff des Vereins wie folgt fest: »Verein im Sinne dieses Gesetzes ist ohne Rücksicht auf die Rechtsform jede Vereinigung, zu der sich eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Person für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck freiwillig zusammengeschlossen und einer organisierten Willensbildung unterworfen hat.«

276 RGZ 143, 212, 213.

Diese Definition ist mittlerweile auch im Schrifttum eine Standardformel geworden.[277] Die aus dieser Definition herzuleitenden Merkmale des Vereins sind gerade für den nichtrechtsfähigen Verein von großer Bedeutung.[278]

Als »Stiftung« begreift man im allgemeinen Sprachgebrauch eine Widmung von Vermögenswerten für einen bestimmten Zweck, manchmal aber auch die gewidmeten Vermögensobjekte selbst.[279] Diese Beschreibung sagt noch wenig über den Rechtscharakter der Stiftung aus. Stiftung im Rechtssinne ist nur eine Institution, die von einem Stifter geschaffen wurde. Sie ist eine juristische Person, die zur Verwirklichung bestimmter Sonderzwecke geschaffen ist und nicht aus einem Personenverband besteht.[280]

b) Vergleichspunkte

aa) Personelle Grundlage

Ein wesentliches Merkmal für den Unterschied zwischen Vereinen und Stiftungen liegt in der Existenz der personellen Grundlage: Vereine bestehen notwendigerweise aus Mitgliedern. Jedoch beim Wegfall aller Mitglieder erlischt ein Verein nicht automatisch, sondern er existiert bis zum endgültigen Liquidationsabschluß als Liquidationsverein fort.[281] Demgegenüber haben Stiftungen keine Mitglieder, sondern lediglich Organe, die als Sachwalter die der Stiftung gesetzten Aufgaben durchführen.[282] Aus dieser Stiftungsstruktur folgert man, daß bei der Stiftung ein Durchgriff nicht in Betracht kommt. Denn der Durchgriff durch die juristische Person setzt freilich voraus, daß es »hinter« der juristischen Person überhaupt Träger mit eigenen Rechtssphären gibt. Bei der Stiftung fehlt es definitionsgemäß an den »hinter ihr Stehenden«.[283] Deswegen wird die Durchgriffsproblematik hauptsächlich in bezug auf die Verselbständigung der Vereine (i.w. Sinne) gegenüber den Mitgliedern erwogen.[284]

---

277 SAUTER/ SCHWEYER, Der eingetragene Verein, Rz. 1; STAUDINGER-WEICK (1995), Vorbem. zu §§ 21 ff. Rz. 43; SOERGEL-HADDING, Vor § 21 Rz. 44; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 661; BROX, AT des BGB, Rz. 684. Im koreanischen Schrifttum wird auch sehr ähnlich definiert: vgl. Eun-Young LEE, AT des BGB, S. 218 ff.; Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 157 ff.; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 223.

278 Vgl. RGZ 165, 140, 143; FLUME, Juristische Person, S. 99; STAUDINGER-WEICK, § 54 Rz. 1; RGRK-STEFFEN, vor § 21 Rz. 16. Zum nichtrechtsfähigen Verein: alsbald III 1.

279 Vgl. SOERGEL-NEUHOFF, Vor § 80 Rz. 2.

280 ENNECCERUS/ NIPPERDEY, AT, § 117 I.; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 181. Zur eingehenden Erklärung über den Stiftungsbegriff: alsbald III 2.

281 Zum Wegfall aller Mitglieder: eingehend nachher § 3 III 2 a) aa).

282 LARENZ, AT, S. 133.

283 MünchKomm-REUTER, Vor § 21 Rz. 19; SEIFART-SEIFART, Handbuch des Stiftungsrechts, § 7 Rz. 42. Aber anderer Meinung KRONKE, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, S. 286 ff, unter Hinweis auf die amerikanische und norwegische Rechtslage.

284 Zum Durchgriffsproblem: nachher eingehend § 5.

bb) Geltungsbereich der Privatautonomie

Es zeigt sich auch ein Unterschied darin, inwieweit der Grundsatz der Privatautonomie für Vereine bzw. für Stiftungen gilt:[285] Die Gründer eines Vereins können privatautonom entscheiden über die Existenz der juristischen Person, über die Rechtsform und, soweit nach den Gesetzen Satzungsautonomie besteht, auch über die Verfassung. Dahingegen findet sich bei der Stiftung Privatautonomie nur im Stiftungsgeschäft. Diese auf die Mitglieder bzw. auf die Privatautonomie bezogenen Unterschiede konkretisieren sich vor allem bei der Willensbildung: Während sich bei den Vereinen ihre Mitglieder *autonom* an der Willensbildung beteiligen, findet bei der Stiftung die Willensbildung durch Organe auf der Basis der *heteronom* vom Stifter gesetzten Bestimmung statt.[286]

cc) Qualifikation als juristische Person

Zwar gibt der Mitgliederbestand den Ausschlag für den Unterschied zwischen Vereinen und Stiftungen, aber die Mitglieder an sich sind nicht das »Wesen« der Vereine, sie sind nicht »die« juristische Person. Ebensowenig ist das Vermögen an sich das Wesen der Stiftungen.[287] Vereine und Stiftungen teilen jedoch ein Charakteristikum der juristischen Person, nämlich daß sie formell durch Erlangung der Rechtsfähigkeit juristische Person werden[288] und materiell beide als »das ideale Ganze« der Wirkungseinheit angesehen werden können.[289] Aber bezüglich der Entstehung einer juristischen Person hat der Gesetzgeber des deutschen BGB ihre Rechtslagen unterschiedlich geregelt: Er hat zwar die Existenz des »Vor-Vereins« anerkannt, aber die der »Vor-Stiftung« verneint.[290] Demgegenüber setzt das koreanische Recht die Existenz sowohl des Vor-Vereins als auch der Vor-Stiftung voraus.

dd) Anzuwendende Vorschriften

In bezug auf die anzuwendenden Vorschriften fällt ein Unterschied zwischen Vereinen und Stiftungen auf, besonders bei den nichtrechtsfähigen Vereine bzw. den nichtrechtsfähigen Stiftungen. Dabei steht für einen nichtrechtsfähigen Verein das Personenrecht im Vordergrund. Demzufolge sind die Vorschriften für den rechtsfähigen Verein grundsätzlich auf den nichtrechtsfähigen Verein anzuwenden. Demgegenüber unterliegen die nichtrechtsfähigen Stiftungen den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts bzw. des Erbrechts.[291] Insoweit spielen die personellen Elemente noch eine gewisse Rolle.

---

285 FLUME, Juristische Person, S. 98 f.

286 FLUME, Juristische Person, S. 97.

287 Zur Kritik an der Diskussion um das »Wesen« der juristischen Person und zur Problematik des Erklärungsmodell von JHERING und BRINZ bzw. neuem Nachfolger, WIEDEMANN: Siehe oben § 1 IV. Fazit vorliegender Arbeit.

288 SOERGEL-HADDING, Vor § 21 Rz. 4.

289 Siehe oben Fn. 230 vorliegender Arbeit. Vgl. auch FLUME, Juristische Person, S. 98.

290 Zum Vor-Verein: nachher § 3 I 2. Zur Vor-Stiftung: nachher § 3 I 3.

291 Zu den nichtrechtsfähigen Vereinen bzw. Stiftungen: alsbald III.

2. *Körperschaften und Personengesellschaften im Vergleich*

a) Der traditionelle Unterschied

Nach der deutschen rechtswissenschaftlichen Systematik ist eine Personenvereinigung entweder in die Kategorie der Körperschaften (Vereine i. w. Sinne) oder in die der Personengesellschaften einzuordnen.[292] Abgesehen von dem rechtshistorischen Ursprung, der dem heutigen Unterschied zwischen Körperschaften und Personengesellschaften zugrunde liegt,[293] ist diese Einordnung praktisch von erheblicher Bedeutung, weil man auf die Regelung des BGB, soweit die gesetzliche Sonderregelung Lücken enthält, ergänzend zurückgreifen muß.[294] Somit unterliegt eine fragliche Personenvereinigung je nach der Einordnung den unterschiedlichen Regeln des Vereinsrechts oder des Gesellschaftsrechts des BGB.[295]

Die Körperschaft wird gekennzeichnet als eine auf Dauer angelegte Personenvereinigung, die überindividuelle Zwecke verfolgt und in ihrem Bestand vom Wechsel der Mitglieder unabhängig ist.[296] Sie tritt nach außen als Einheit auf und führt einen eigenen Namen. Sie hat nebeneinander getrennte Leitungs- und Willensbildungsorgane, d.h. Vorstand und Mitgliederversammlung. Die Mitglieder des Vorstands brauchen nicht Mitglieder der Körperschaft zu sein (Prinzip der Drittorganschaft). Die Willensbildung erfolgt grundsätzlich nach dem Mehrheitsprinzip. Die Mitglieder haften für die Schulden der Körperschaft in der Regel nicht. Als Körperschaft genannt sind der Verein des BGB (§§ 21 ff. BGB), die Aktiengesellschaft (§§ 1 ff. AktG), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 278 ff. AktG), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 13 Abs. 1 GmbHG), die eingetragene Genossenschaft (§ 17 GenG) und der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (§ 15 VAG). Sie sind alle juristische Personen des Zivilrechts. Da die Körperschaft nicht durch äußere juristische Verselbständigung, sondern durch die Verselbständigung gegenüber den Mitgliedern charakterisiert ist, gehören außerdem zu den Körperschaften auch die nichtrechtsfähigen Vereine und die in Eintragung begriffenen Kapitalgesellschaften, die keine juristische Person sind.

Die Personengesellschaft ist im Vergleich dazu ein persönlicher Zusammenschluß der Gesellschafter, die gemeinsam individuelle, aber gleichgerichtete Zwecke verfolgen. Die Personengesellschaft wird dadurch maßgeblich gekennzeichnet, daß in ihr die Individualität ihrer Gesellschafter rechtlich im Vordergrund steht:[297] Die Gesellschafter

292 Vgl. KÜBLER, Gesellschaftsrecht, S. 18 ff.; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 89 ff.; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 46 ff.

293 Zur Übersicht über die Personenvereinigungen des römischen Rechts (universitas und societas) und die des deutschen Rechts (Körperschaft und Gemeinschaft zur gesamten Hand): vgl. HUECK, Gesellschaftsrecht, § 2 VI. Zur uralten Traditionen des germanischen Rechts: vgl. GIERKE, Genossenschaftstheorie S. 5 ff., 21 ff., 57 ff., 339 ff.; ders., Deutsches Privatrecht I, S. 660.

294 Vgl. vor allem HUECK, Gesellschaftsrecht, § 2 II.

295 Vgl. grundlegend BGH NJW 1979, 2304 (sog. Forum-S Entscheidung).

296 Vgl. RGZ 143, 212, 213; 165, 140, 143.

297 Vgl. statt aller Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 47; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 90.

handeln selber, sei es alle zusammen, sei es, daß einer für alle anderen Gesellschafter handelt. Im Zweifel ist die Personenbezogenheit der Gesellschaft so wesentlich, daß bei Wegfall eines Gesellschafters durch Tod, Ausschluß oder Austritt die Gesellschaft aufgelöst wird. Die Personengesellschaft hat keine besonderen Organe, die für sie im Rechtsverkehr auftreten. Die Gesellschafter führen vielfach die Geschäfte der Gesellschaft selbst (Prinzip der Selbstorganschaft). Die Willensbildung erfolgt grundsätzlich nach dem Einstimmigkeitsprinzip. Die Gesellschafter haften regelmäßig persönlich für die Gesellschaftsschulden. Zu diesen Personengesellschaften gehören BGB-Gesellschaft (§§ 705 BGB), offene Handelsgesellschaft (§§ 105 HGB), Kommanditgesellschaft (§§ 161 HGB), stille Gesellschaft (§§ 230 ff. HGB), Partenreederei (§ 489 HGB), Partnerschaftsgesellschaft (PartGG) und die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV–Ausführungsgesetz). Diese sind allesamt keine juristischen Personen.

b) Relativität der Unterscheidung

Die Charakteristika der Körperschaften bzw. der Personengesellschaften gelten jedoch nicht immer für die jeweils dazu gehörenden Personenverbände. Zum Beleg dafür sind folgende Faktoren zu erwähnen: Der Komplementär einer KGaA haftet unbeschränkt persönlich (§ 278 Abs. 1 AktG) oder der für den nichtrechtsfähigen Verein Handelnde haftet auch persönlich für die Vereinsschulden (§ 54 S. 2 BGB), bei der Genossenschaft bestehen Vorstand und Aufsichtsrat nur aus Genossen (§ 9 Abs. 2 GenG), die OHG und die KG haben einen einheitlichen Namen (Firma), sie können unter ihren Firmen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen (§ 124 u. § 161 Abs. 2 HGB). Die OHG bzw. die KG ist insofern ein eigenes, selbständiges Rechtssubjekt.[298]

Vor diesem Hintergrund läßt sich wohl erwägen, daß einerseits zur Abgrenzung zwischen Körperschaften und Personengesellschaften keine strikten Maßstäbe vorgegeben sind und andererseits zwischen beiden Vereinigungsformen verschiedene Übergangsformen bestehen können. Diesbezüglich hat sich der BGH am 2. 4. 1979 mit der Werbegemeinschaft »Forum-Steglitz« beschäftigt, die sowohl mit Gesellschaftselementen als auch mit Vereinselementen ausgestattet war, und hat zu Recht wie folgt festgestellt:

> »Es sind daher Vereinigungen mit sowohl körperschaftlichen als auch personalistischen Elementen und mit fließenden Übergängen von mehr vereinsmäßigen zu mehr gesellschaftsähnlichen Formen möglich. ... Denn hierbei kann sich herausstellen, daß für die verschiedenen Regelungsbereiche der Vereinigung teils Normen des Vereinsrechts, teils solche des Gesellschaftsrechts besser passen und eine derartige Unterscheidung den Bedürfnissen der Organisation sowie den schützenswerten Interessen ihrer Mitglieder am besten gerecht wird.«[299]

Dieser flexible Ausdruck findet im Schrifttum weitere Zustimmung.[300] Deshalb ist es nicht verwunderlich, daß trotz des Typenzwangs der Verbandsformen beispielsweise

298 SOERGEL-HADDING, Vor § 21 Rz. 3; Der BGH sagte, die OHG sei im Rahmen des § 124 HGB ein eigenes Rechtssubjekt in dem Sinne, daß ihr eigene Ansprüche zustehen und eigene Verpflichtungen obliegen (vgl. BGHZ 10, 91, 100).

299 BGH NJW 1979, 2304, 2305; Zur Anmerkung dieses Urteils: REUTER, ZGR 1981, S. 364 ff.

300 Z.B. REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 2471; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 741.

eine »körperschaftlich strukturierte KG« oder eine »personalistisch strukturierte GmbH« vorkommt.

c) Rechtssubjektivität von Gesamthandsgesellschaften

aa) Die Gruppen-Lehre von *Flume*

Von der oben beschriebenen Relativität der Unterscheidung ausgehend könnte man wohl denken, daß anstelle der üblichen Gegenüberstellung von Körperschaft und Personengesellschaft aufgrund einer von der Rechtsordnung verliehenen Rechtspersönlichkeit eher die (körperschaftliche) juristische Person und die Gesamthandsgesellschaft einander gegenüberstehen. Tatsächlich geht *Flume* von einer solchen Gegenüberstellung aus und gelangt zu der Formulierung: »Während bei der juristischen Person die *Organisation* als solche, als Person verabsolutiert wird, ist die Gesamthand die *Gruppe* der in ihr vereinigten Personen.«[301] Die Gesamthandsgesellschaft existiert, so faßt er zusammen, als Organisation in ihren Mitgliedern, die juristische Person ist als Organisation in ihrer Existenz gegenüber den Mitgliedern verselbständigt.[302] Es werden jedoch Bedenken dahingehend erhoben, daß *Flumes* Erklärungsmodell über die Strukturen des geltenden Rechts und der Rechtswirklichkeit hinausgehe.[303] Namentlich wäre die GmbH nach *Flumes* Denkmuster als Gruppe zu verstehen und könnte demgemäß nicht juristische Person sein. *Flumes* Verdienst besteht jedoch darin, die herkömmliche, einseitig vermögensrechtliche Sicht der Gesamthands- bzw. Personengesellschaft überwunden zu haben, und dadurch den Blickwinkel des Rechts der Personengesellschaft vom schuldrechtlichen zum personenrechtlichen Problemgebiet gerückt zu haben. Diese Sichtweise geht eigentlich auf die »personenrechtlichen Gemeinschaften« nach *Gierke*[304] zurück.[305] Trotz unterschiedlicher innerer Struktur, namentlich Organisation und Gruppe, steht die Gesamthandsgesellschaft nach *Flume*[306] der juristischen Person insofern gleich, als für sie als Einheit gehandelt wird, sie als Einheit am Rechtsverkehr teilnimmt und für sie als Einheit Rechtsverhältnisse und Rechte und Verpflichtungen bestehen.

---

301 FLUME, Personengesellschaft, S. 90 (kursiv von Verfasser). Zur Analyse der auf Soziologie basierenden Terminologie FLUMES »Gruppe« und »Organistion«: RAISER, AcP 194 (1994), S. 495, 502 f.

302 FLUME, Personengesellschaft, S. 94. Ein ähnliches Erklärungsmodell findet sich auch bei MünchKomm-ULMER, § 705 Rz. 130 f.

303 RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 10.

304 GIERKE, Genossenschaftstheorie, S. 353; ders., Deutsches Privatrecht I, S. 670 f. Dazu siehe vorher § 1 IV.

305 Vgl. ZÖLLNER, Festschrift für Joachim GERNHUBER, S. 543, 567; RAISER, AcP 194 (1994), S. 494; ULMER, AcP 198 (1998), S. 113.

306 FLUME, Personengesellschaft, S. 89.

bb) Rechtsentwicklung

Die von *Flume* begründete Gruppen-Lehre hat sich in den letzen 20 Jahren unter den Gesellschaftsrechtlern weitgehend durchgesetzt.[307] *Hüffer* zeigt gegenüber der traditionellen Vermögenslehre[308] überzeugend den dreifachen Vorteil der Gruppen-Lehre auf, daß sie durch deutlichere Unterscheidung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern das Recht in Übereinstimmung mit der Rechtswirklichkeit bringt, ein tragfähiges zivilrechtliches Fundament für die Personenhandelsgesellschaften bildet und § 124 HGB darin integriert, und daß sie eine dogmatische Basis für das Gründungsrecht der Kapitalgesellschaften bietet im Blick auf die ebenfalls als gesamthänderische Personenvereinigungen strukturierten, eine teilrechtsfähige Wirkungseinheit bildenden Vorgesellschaften der AG und GmbH.[309]

Über die Rechtssubjektivität der Gesamthandsgesellschaften hinaus, welche im wesentlichen von der Gruppen-Lehre unterstrichen wurde, wird heute gelegentlich eine weiterentwickelnde Ansicht vertreten, daß die Personenhandelsgesellschaften einschließlich der Partenreederei als juristische Person zu verstehen sind[310] oder sogar der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine umfassende Rechtsfähigkeit zuzubilligen ist[311]. Diese radikale Stimme stützt sich auf die Neuregelung des Umwandlungsgesetzes von 1994: Das neue Umwandlungsgesetz bezeichnet nicht nur die Handelsgesellschaften (§§ 3, 191 UmwG), sondern auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts (§ 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG) als umwandlungsfähige »Rechtsträger«. Es erkennt den sog. identitätswahrenden Formwechsel zwischen Gesamthandsgesellschaften und Kapitalgesellschaften – also juristischen Personen – an (§§ 191, 214, 226 UmwG). Hierbei kann etwa eine OHG oder KG zur AG oder GmbH werden und umgekehrt. Somit seien die Personenhandelsgesellschaften den juristischen Personen zuzuordnen.[312]

Es ist noch offen, ob sich diese Ansicht in Zukunft durchsetzt. Sie stößt in einigen in jüngster Zeit erschienenen Publikationen auf unterschiedliche Resonanz: Einerseits wird die zustimmende Ansicht vertreten, es handele sich um »eine rein terminologische Frage..., ob man (die gesamthänderisch verfaßten Verbände) allesamt als juristische Person bezeichnet«[313], andererseits stößt man auf die auf der traditionellen Sichtweise fußende Ansicht, daß grundlegende Strukturunterschiede zwischen juristischer Person und Personengesellschaft nach wie vor bestehen,

---

307 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 203 ff.; HÜFFER, Gesellschaftsrecht, S. 45 ff.; SOERGEL-HADDING, vor § 705 Rz. 20 f.; MünchKomm-ULMER, § 705 Rz. 130 ff.; TIMM, NJW 1995, S. 3209, 3210 f.; ULMER, AcP 198 (1998), S.113, 114, m.w.N.

308 LARENZ, Schuldrecht, Bd. 2, S. 392 ff.; MEDICUS, Schuldrecht II, Rz. 480 ff.; FIKENTSCHER, Schuldrecht, Rz. 964; PALANDT-THOMAS, § 705 Rz. 2 f.; JAUERNIGBGB-STÜRNER, § 705 Anm. 1.; ZÖLLNER, Festschift für JOACHIM GERNHUBER, S. 563 ff.

309 HÜFFER, Gesellschaftsrecht, S. 46 f.; zustimmend auch bei ULMER, AcP 198 (1998), S. 113, 115.

310 RAISER, AcP 194 (1994), S. 495, 511.

311 TIMM, NJW 1995, 3209, 3218.

312 RAISER, AcP 194 (1994), S. 495, 510 f.

313 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1997, S. 191.

> »da diese Verbandsform im Unterschied zur juristischen Person in ihrer Existenz vom Fortbestand des Gesellschaftsvertrags abhängig und auf das Vorhandensein von mindestens zwei Mitgliedern angewiesen ist«[314].

d) Rechtsvergleich

Die Relativierung der Rechtsstellung eines Verbands nach der Rechtsordnung wird besonders durch Rechtsvergleich deutlich gemacht. Das koreanische BGB regelt den Verein in dem Teil über das Personenrecht (§§ 31 ff. KBGB) und die Gesellschaft in dem über das Schuldrecht (§§ 703 ff. KBGB), ebenso wie im deutschen Recht. Abgesehen davon, werden im 3. Buch des koreanischen HGB, unter der Überschrift »Gesellschaft«, nach dem Grundsatz des *numerus clausus* vier Gesellschaftsformen bestimmt (§ 170 KHGB): die offene Handelsgesellschaft (§§ 178 ff. KHGB), die Kommanditgesellschaft (§§ 268 ff. KHGB), die Aktiengesellschaft (§§ 288 ff. KHGB) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§§ 543 ff. KHGB). Bei den inneren Strukturen zeigen diese Gesellschaften keine besonderen Unterschiede zu den deutschen Gesellschaften. Somit sind nach allgemein verbreiteter Ansicht[315] OHG und KG in die Personengesellschaften, GmbH und AG in die Kapitalgesellschaften einzuordnen. Diese Klassifikation ist freilich auf die deutsche Systematik zurückzuführen. Aber anders als im deutschen Recht besitzen OHG und KG im KHGB eine Rechtspersönlichkeit als juristische Person. Das heißt, diese vier Handelsgesellschaften sind im KHGB allesamt juristische Personen. Ähnliche Rechtsordnungen, wonach die Personengesellschaften als juristische Personen qualifiziert sind, kann man auch im französischen und japanischen Recht finden.[316] Das KHGB bringt den körperschaftlichen Charakter der Handelsgesellschaften deutlich zum Ausdruck:

> »Handelsgesellschaft im Sinne des koreanischen Handelsgesetzbuchs ist ein *Verein*, der auf den Betrieb von Handelsgeschäften und auf die Erzielung von Gewinn gerichtet ist«(vgl. § 169 KHGB).

Darüber hinaus bestimmt § 171 Abs. 1 KHGB die Rechtsstellung der Handelsgesellschaft ausdrücklich: »Die Handelsgesellschaft ist juristische Person.« Schließlich sind alle vier Handelsgesellschaften im KHGB rechtsfähige Vereine. Das bedeutet aber nicht, daß das KHGB den gesellschaftlichen Charakter der OHG bzw. der KG leugnet.

---

314 ULMER, AcP 198 (1998), S.113, 151.

315 Vgl. statt aller Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 37 ff.; LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 68 f.

316 In dieser Hinsicht hat das koreanische HGB mehr mit dem französischem und japanischem Handelsgesetzbuch gemeinsam. Im französischen Handelsgesellschaftsrecht (Nr. 66–537 sur les sociétés commerciales) sind Société en nom collectif (S.N.C., Art. L. 10 ff.; entspricht der OHG), Société en commandite simple (S.C.S., Art. L. 23ff.; entspricht der KG), Société à responsabilité limitée (S.A.R.L., Art. L. 34ff.; entspricht der GmbH), Société anonyme (S.A., Art. L. 73 ff.; entspricht der AG) und Société en commandite par actions (S.C.A., Art. L. 251 ff.; entspricht der KGaA)alle juristische Personen (CHAUSSADE-KLEIN, Gesellschaftsrecht in Frankreich, S. 8). Das japanisches Handelsgesetzbuch hat drei Handelsgesellschaften, nämlich AG (§§ 165 ff. JHGB), KG (§§ 146 ff. JHGB) und OHG (§§ 62 ff. JHGB). Die GmbH ist in einem Sondergesetz (GmbHG) erfaßt. Diese vier Gesellschaften sind in Japan auch juristische Personen.

Nach §§ 195 und 269 KHGB gelten die Vorschriften über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts für das innere Verhältnis der OHG bzw. der KG, soweit der Gesellschaftsvertrag oder das KHGB keine anderen Vorschriften enthalten.

Im übrigen, ist die Institution einer KGaA im neuen KHGB von 1962 aufgehoben worden. Stille Gesellschaft (§ 78 KHGB) und Partenreederei (§ 753 KHGB) werden als eine Art der Gesellschaft angesehen. Die Partnerschaftsgesellschaft kennt das koreanische Recht nicht.

3. Abgrenzung zwischen nichtwirtschaftlichem und wirtschaftlichem Verein

Bei den Vereinsarten unterscheidet man grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt der Zwecksetzung nichtwirtschafltiche und wirtschaftliche Vereine. Diese Unterscheidung ist für die Frage von grundlegender Bedeutung, auf welchem Wege ein Verein Rechtsfähigkeit erlangt. Diese Unterscheidung gilt sowohl für den rechtsfähigen als auch den nichtrechtsfähigen Verein.[317]

a) Deutschland

aa) Personenverein und Kapitalverein

Die gesetzliche Unterscheidung zwischen dem nichtwirtschaftlichen Verein (Idealverein)[318] und dem wirtschaftlichen Verein beruft sich auf § 21 und § 22 BGB. Außerhalb des BGB gibt es auch wirtschaftliche Vereine, die in Sondergesetzen geregelt sind. Hierunter zählen vor allem die Aktiengesellschaft (§§ 1 ff. AktG), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 278 ff. AktG), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 13 GmbHG), die eingetragene Genossenschaft (§ 17 GenG) und der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (§ 15 VAG).[319] Wird ein nichtwirtschaftlicher Verein auch als »Personenverein« bezeichnet, so können die wirtschaftlichen Vereine auch »Kapitalvereine« genannt werden,[320] die üblicherweise jedoch Kapitalgesellschaften heißen. Der Unterschied zwischen Personenverein und Kapitalverein besteht in dem Beteiligungsverhältnis, das bei diesem Verein auf die Person der Mitglieder als solche, bei jenem dagegen auf die Kapitalbeteiligung abgestellt ist.[321] Hierzu läßt sich als ein charakteristisches Unterscheidungsmerkmal das Stimmrecht nennen: Bei dem Personenverein hat jedes Mitglied grundsätzlich eine Stimme, sie zählt also nach Köpfen. Hingegen steht bei dem Kapitalverein das Stimmrecht dem Aktionär aufgrund seiner durch die einzelnen Aktien verbrieften Mitgliedschaftsrechte zu, die Stimme zählt also nach Aktien.

---

317 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 669.

318 Die Bezeichnung, »Idealverein«, hält Karsten SCHMIDT für ungenau (Gesellschaftsrecht, S. 669). Der idealistische Vereinszweck sei für die Eintragung weder erforderlich noch ausreichend. Auch SACK ist der Ansicht, daß der Ausdruck »Ideal«-Vereine irreführend sei (ZGR 1974, S. 179, 193 Fn. 48).

319 Aber das bedeutet nicht, daß die Tätigkeiten solcher handelsrechtlicher Vereine nur auf wirtschaftliche Tätigkeiten begrenzt ist. Man schätzt, daß z.B. ein Viertel der GmbH nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen (vgl. WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 97).

320 FLUME, Juristische Person, S. 100.

321 FLUME, Juristische Person, S. 100.

bb) Abgrenzungsmethoden

Im § 23 des Entwurfs II zum BGB wurden die nichtwirtschaftlichen Vereine als solche »zu gemeinnützigen, wohltätigen, geselligen, wissenschaftlichen, künstlichen oder anderen nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zwecken« umschrieben.[322] Aber dieser Vorschlag ist nicht Gesetz worden. Auf jeden Fall kommt es für die Unterscheidung zwischen nichtwirtschaftlichem und wirtschaftlichem Verein nach § 21 bzw. § 22 BGB darauf an, ob ein Verein auf einen *wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb* gerichtet ist. Aber diese wenig glücklich gefaßte Bestimmung hat inzwischen zu einer Vielzahl von unterschiedlichen Abgrenzungsvorschlägen geführt.

aaa) Herkömmliche Methoden

§ 21 und § 22 BGB schreiben als subjektives Element »Zweck« und als objektives Element »wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb« vor. Daher könnte man auf den Endzweck des Vereins abstellen und dabei die tatsächlich verfolgte Vereinstätigkeit vernachlässigen (die *subjektive Theorie*).[323] Oder man könnte andersherum das Vorhandensein eines Geschäftsbetriebs, also die tatsächliche Betätigung in den Vordergrund stellen (die *objektive Theorie*).[324] Aber diese beiden Theorien haben weder die geschichtliche Entstehungsgrundlage der §§ 21, 22 BGB, noch beide (subjektive und objektive) Kriterien zugleich berücksichtigt, auf die §§ 21, 22 BGB abstellen.[325] Die Rechtsprechung hat bis in die 70er Jahre eine aus der objektiven und der subjektiven Komponente zusammengesetzte *gemischte Theorie* vertreten.[326] Nach dieser Theorie liegt ein wirtschaftlicher Verein nur vor, wenn mittels eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs ein wirtschaftlicher Hauptzweck verfolgt wird.[327] Diese Lehre führte jedoch zu weiteren Abgrenzungsschwierigkeiten, vor allem bei der Bestimmung von Haupt- und Nebenzweck und hinsichtlich der Reichweite bzw. Bedeutung des sog. Nebenzweckprivilegs.

bbb) Teleologisch-typologische Abgrenzungsmethode

Demgegenüber hat *Karsten Schmidt* eine neue Methode aufgestellt, die von der sich aus der Systematik und dem Schutzzweck der §§ 21, 22 BGB ergebenden Fallgruppierung

322 Art 60 des schweizerischen ZGB bezeichnet die Vereine, die sich einer politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, wohltätigen, geselligen, oder anderen nicht wirtschaftlichen Aufgabe widmen, als die Idealvereine.

323 In der neuesten Rechtsprechung OLG Stuttgart OLGZ 1970, 416, 417 = Rpfleger 1970, 334, 335.

324 In neuer Zeit noch REINHARDT, Festschrift für Heinz PAULICK, S. 3, 7 ff.; NITSCHKE, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S 124 Fn. 45; FLUME, Juristische Person, S 105.

325 SOERGEL-HADDING §§ 21, 22 Rz. 20.

326 Vgl. RGZ 83, 231, 233, 236; 88, 332; 133, 170; 154, 343, 351; BGHZ 15, 315, 319; 45, 395, 397; BayObLGZ 1973, 303, 304; OLG Oldenburg Rpfleger 1976, 11, 12.

327 KNAUTH, JZ 1978, 339 f.; KÜBLER, Gesellschaftsrecht, S. 110; HÜBNER, AT des BGB, S. 120.

ausgeht.[328] Seine teleologisch-typologische Methode findet in der neueren Literatur[329] breite Anhängerschaft und auch die neuere Rechtsprechung[330] bedient sich ihrer. *Karsten Schmidt* versteht »teleologisch« im Zusammenhang damit, daß § 22 BGB auf diejenigen Personenverbände hinweist, die entweder auf die Rechtsfähigkeit verzichten oder die Rechtsform einer AG, GmbH oder Genossenschaft annehmen sollen.[331] »Typologisch« versteht er insofern, welcher Verband eine dieser Rechtsformen – also AG, GmbH, eingetragene Genossenschaft – annehmen sollte. Hierbei stellt er den Gläubigerschutz – nicht den Mitgliederschutz – in den Vordergrund.[332] Die sich im Recht der Kapitalgesellschaften und der Genossenschaften auf Gläubigerschutz richtenden Regeln dürften nicht durch die Wahl der Rechtsform eines e.V. umgangen werden.[333] Diese teleologisch-typologische Abgrenzung zählt nach *Karsten Schmidt* drei Grundtypen des wirtschaftlichen Vereins auf:[334]

– Erstens, der Volltypus des unternehmerisch tätigen Vereins: Dieser Typus bietet an einem äußeren Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen Entgelt an.[335] Auf die Gewinnerzielungsabsicht oder das Erwerbsstreben zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder kommt es entgegen traditioneller Auffassung[336] nicht an.[337] Demnach sind beispielsweise Privatschulen, Bühnen, Reiseunternehmen, Sparkassen in Vereinsform usw. als wirtschaftliche Vereine zu betrachten.[338] Als ein umstrittenes Beispiel ist das ADAC-Urteil[339] hier anzuführen, das der I. Senat des BGH getroffen hat. Der BGH hat es als zulässig angesehen, daß der ADAC (Allgemeiner Deutscher Automobilclub) als Idealverein durch eine ihm zu 100 % gehörende Tochtergesellschaft, die ADAC Rechtsschutzversicherungs AG, die Rechtsschutzversicherung betreibt. Diese Auffassung von BGH kann nicht überall Zustimmung finden, weil

328 Grundlegend Karsten SCHMIDT, Rpfleger 1972, S. 286 ff., S. 343 ff.; dazu AcP 182 (1982), S. 1 ff.; Verbandszweck, S. 89 ff.; Rpfleger 1988, S. 45 ff.

329 STAUDINGER-WEICK, § 21 BGB Rz. 7; SOERGEL-HADDING, §§ 21, 22 BGB Rz. 24 ff.; MünchKomm-REUTER, §§ 21, 22 BGB Rz. 9 ff.; ERMAN-WESTERMANN § 21 BGB Rz. 3 f.; PALANDT-HEINRICHS § 21 BGB Rz. 3; REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 103 ff.; MUMMENHOFF, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit, S. 105 ff.; HECKELMANN, AcP 179 (1979), S. 1, 25 ff. Aber dagegen FLUME, Juristische Person, S. 103 ff.

330 Vgl. z.B. BayObLGZ 1978, 87 = Rpfleger 1978, 249; OLG Düsseldorf Rpfleger 1979, 259; OLG Bremen OLGZ 1989, 1 = Rpfl 1988, 532; OLG Celle Rpfleger 1992, 66; LG Potsdam Rpfleger 1994, 361; VG Stuttgart NVwZ 1994, 612.

331 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 671.

332 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 671.

333 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 671.

334 Vgl. Karsten SCHMIDT, Rpfleger 1972, 86 ff. 343 ff.; ders., AcP 182 (1982), 16 ff.; dazu ausführlich ders., Verbandszweck, S. 105 ff.

335 Insoweit übereinstimmend MünchKomm-REUTER, §§ 21, 22 BGB Rz. 21 ff.

336 Vgl. BGHZ 45, 395, 398; BGHZ 85, 84, 93 = BB 1983, 328, 331 = NJW 1983, 569, 571.

337 Karsten SCHMIDT, AcP 182, S. 16; LG Hamburg NJW-RR 1986, 417.

338 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 673.

339 BGHZ 85, 84 = NJW 1983, 569.

»eigenunternehmerische Tätigkeiten«, wie es in der Entscheidung heißt, nicht unter das Nebenzweckprivileg fallen dürfen.[340]

– Zweitens, ein Verein mit unternehmerischer Tätigkeit an einem »inneren« Markt: Ein Verein kann auch wirtschaftlich tätig sein, wenn er seine Waren oder Dienstleistungen an einem inneren Markt (Binnenmarkt), nämlich seinen Mitgliedern, gegen Entgelt anbietet, wobei das Entgelt auch im Mitgliederbeitrag enthalten sein kann.[341] Zu dieser Kategorie gehören beispielsweise Konsumvereine, Einkaufszentralen für Beamte, Versicherungen, Buchklubs, Auskunftsvereine, Wohnungsvermittlungsvereine usw. Als einen typischen Verein in Hinblick auf die anbietende Tätigkeit gegenüber seinen Mitgliedern weist *Karsten Schmidt* besonders auf den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG) hin.[342] Es ist jedoch noch umstritten, ob eine religiös geprägte Vereinstätigkeit an einem inneren Markt unter § 21 oder § 22 BGB fallen sollte (sog. Scientology-Fall[343]). Die Gerichte zeigen sich schwankend, während das OLG Düsseldorf dem Scientology-Kirchenverein das Religionsprivileg, also schließlich die Eintragung in das Vereinsregister, verweigert hat, wobei hier das OLG von einem »offenen Binnenmarkt« spricht,[344] hat das LG Hamburg die »Scientology Church« aufgrund Art. 140 GG, 137 Abs. 4 WRV als Idealverein angesehen[345].

– Drittens, der genossenschaftlich tätige Verein. Dieser Vereinstyp ist dadurch gekennzeichnet, daß die Tätigkeit des Vereins ausgelagerte unternehmerische Teilfunktionen seiner Mitglieder darstellt.[346] Hierin wäre der vom BGH in seinem Urteil vom 14. 7. 1966 entschiedene Fall[347] einzuordnen, der eine Funktaxi-Zentrale betraf, die nur die Kundenvermittlung für ihre Mitglieder betreibt. In diese Gruppe fallen privatärztliche Verrechnungsstellen, Maschinenringe, Syndikate u.s.w.

---

340 Positive Besprechung findet dieses Urteil bei HEMMERICH, Möglichkeiten und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Idealvereinen, 1982, S. 57 f.; Demgegenüber kritische Auffassung daran FLUME, Juristische Person, S. 113 f.; Karsten SCHMIDT, NJW 1983, S. 543 ff.; ders., Gesellschaftsrecht, 674; REUTER, ZIP 1984, S. 1053 f.

341 Karsten SCHMIDT, AcP 182, S. 17; ders ., Gesellschaftsrecht, S. 675; MünchKomm-REUTER §§ 21, 22 BGB Rz. 26. AlternativKomm-OTT, §§ 21, 22 Rz. 28, 29.

342 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 676.

343 Der Vorstand des im 1980 gegründeten »Scientology Center Düsseldorf, Mission der Scientology Kirche e.V.« hat beantragt, es in das Vereinsregister einzutragen. Dieser Verein erwirbt große Gewinne durch die Zahlung von Nichtmitgliedern und Mitgliedern für die Teilnahme an »Auditing-Sitzungen« seines College. Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1983, S. 2574 f. = JuS 1984, S. 142 m. Anm. Karsten SCHMIDT.

344 OLG Düsseldorf NJW 1983, S. 2574 f. = JuS 1984, S. 142.

345 LG Hamburg NJW 1988, S. 2617 f.; Zur Kritik an diesem Urteil: Siehe Karsten SCHMIDT, NJW 1988, S. 2574 ff.; v. CAMPENHAUSEN, NJW 1990, S. 887 ff.; MünchKomm-REUTER, §§ 21, 22 Rz. 28. Dagegen LG Hamburg wird von KOPP unterstützt: vgl. KOPP, NJW 1989 S. 2497 ff. und ders., NJW 1990 S. 2669 ff.

346 Karsten SCHMIDT, AcP 182 (1982), S. 1, 17.

347 BGHZ 45, 395 ff = NJW 1966, 2007. Dazu grundsätzlich zustimmend v. BAR, ZGen, 1981, S. 57 f.

Läßt sich ein Verein keiner dieser drei Kategorien zuordnen, liegt ein nichtwirtschaftlicher Verein im Sinne von § 21 BGB vor, auch wenn er eine wirtschaftliche Tätigkeit betreibt. Bei dem nichtwirtschaftlichen Verein wird diese Wirtschaftstätigkeit dann toleriert, wenn sie auf den Nebenzweck des Vereins gerichtet ist und dadurch den Status des Vereins als ein nichtwirtschaftlicher Verein nicht gefährdet (sog. Nebenzweckprivileg).[348]

b) Korea

aa) Gesetzliche Regelung

Eine juristische Person des Privatrechts wird danach in wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche juristische Person unterschieden, ob ihr Zweck auf Gewinnerzielung gerichtet ist oder nicht. KBGB unterscheidet ausdrücklich die wirtschaftliche *juristische Person* (§ 32 KBGB[349]) und die nichtwirtschaftliche *juristische Person* (§ 39 KBGB[350]). Aber diese Unterscheidung gilt in der Tat nur für *Vereine*, weil § 39 KBGB trotz seiner Überschrift, nämlich »wirtschaftliche juristische Person«, im Inhalt die wirtschaftliche Stiftung ausschließt. Mit anderen Worten: Ein Verein *kann* entweder ein nichtwirtschaftlicher Verein (§ 32 KBGB) oder ein wirtschaftlicher Verein (§ 39 KBGB) sein, aber eine Stiftung *muß* immer eine nichtwirtschaftliche Stiftung sein. Über diese Auslegung besteht Einigkeit im koreanischen Schrifttum.[351]

Der nichtwirtschaftliche Verein ist nach § 32 KBGB ein Verein, dessen Zweck auf eine wissenschaftliche, religiöse, wohltätige, künstlerische, gesellschaftliche oder sonstige nichtwirtschaftliche Aufgabe gerichtet ist. Der wesentliche Begriff des nichtwirtschaftlichen Vereins im § 32 KBGB stammt aus § 23 des Entwurfs II zum deutschen BGB und Art. 60 des schweizerischen ZGB. Das alte koreanische BGB (also das geltende japanische BGB[352]) teilte juristische Personen in *gemeinnützige* und *wirtschaftliche*

---

348 Karsten SCHMIDT, Rpfleger 1972, S. 343, 350 ff.; ders., AcP 182, S. 1, 26 ff. Aber grundsätzlich ablehnend NITSCHKE, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, S. 124 ff.; SACK, ZGR 1974, S. 179, 194; HECKELMANN, AcP 179 (1979), S. 1, 22.

349 § 32 KBGB lautet: [Genehmigung für die Gründung] Zur Gründung eines Vereins oder einer Stiftung, deren Zweck auf eine wissenschaftliche, religiöse, wohltätige, künstlerische, gesellschaftliche oder sonstige nichtwirtschaftliche Aufgabe gerichtet ist, ist die Genehmigung der zuständigen Behörde erforderlich.

350 § 39 KBGB lautet: [Wirtschaftliche juristische Person]
(1) Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, kann unter den für die Errichtung einer Handelsgesellschaft bestimmten Voraussetzungen eine juristisch Person werden.
(2) Auf den wirtschaftlichen Verein finden die für die Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

351 Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 173; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 221; Chung-Han KIM, AT des BGB, S. 119; Young-June LEE, AT des BGB, S. 840; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 237.

352 Das japanische Bürgerliche Gesetzbuch (JBGB) von 1898 wurde in der Zeit der japanischen Besatzung aufgrund der »Durchführungsordnung zum Zivilrecht für Korea« von 1912 in Korea in Kraft gesetzt. Das geltende KBGB wurde nach dem zweiten Weltkrieg von der Re-

juristische Personen ein. Diese Einteilung hat dazu geführt, daß zahlreiche nichtrechtsfähige Vereine entstanden, die weder auf gemeinnützige Zwecke noch auf wirtschaftliche Zwecke gerichtet sind, z.B. der Verein alter Schulkameraden. Dieser Einteilung folgt das geltende KBGB nicht mehr. Das geltende KBGB unterscheidet lediglich zwischen nichtwirtschaftlichen und wirtschaftlichen Vereinen. Unter den nichtwirtschaftlichen Vereinen unterliegen jedoch die gemeinnützigen Vereine nicht geltendem KBGB, sondern dem »Gesetz über die Entstehung und Verwaltung für gemeinnützige juristische Personen« vom 31. 12. 1975 als *lex specialis*. Dieses Gesetz will vermeiden, daß eine juristische Person unter dem Vorwand der gemeinnützigen Aufgabe für die Erfüllung eines anderen Zwecks eingesetzt wird.

bb) Abgrenzungsmaßstab

Im Anschluß an § 39 KBGB spricht man vom wirtschaftlichen Verein, »dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist«. Folglich beschäftigt sich das Schrifttum zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Verein damit, den Zweck seines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs herauszufinden. Ein Verein bezweckt nach allgemeiner Auffassung[353] dann einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, wenn der durch Vereinstätigkeit verdiente Gewinn den Vereinsmitgliedern zufließt, und dadurch die Vereinsmitglieder am Gewinn beteiligt sind. Hiernach kann auch ein Verein, welcher auf den gemeinnützigen Betrieb, z.B. Verkehr, Rundfunk, Kommunikation usw. gerichtet ist, wirtschaftlicher Verein sein, wenn er trotz seiner Gemeinnützigkeit auf Vorteile für die Vereinsmitglieder abzielt.[354]

Das Prinzip des sog. Nebenzweckprivilegs für den nichtwirtschaftlichen Verein ist auch in der koreanischen Literatur anerkannt.[355] Ein wirtschaftlicher Nebenzweck wird dann erlaubt, wenn der Geschäftsbetrieb bei dem Verein zur Verfolgung des Vereinszwecks unbedingt notwendig ist, und insoweit dieser Betrieb seiner wesentlichen Aufgabe nicht schadet.

cc) Handelsgesellschaften als typische Formen wirtschaftlicher Vereine

Typische Formen der wirtschaftlichen Vereine sind die Gesellschaften im Handelsrecht. Im koreanischen Handelsgesetzbuch sind vier Typen von Gesellschaften geregelt (§ 170 KHGB), und zwar die offene Handelsgesellschaft (§§ 268–287 KHGB), die Komman-

---

daktionkommission zum KBGB verfaßt. Es trat am 1. 1. 1960 in Kraft. Zum Überblick über die Gesetzgebungsgeschichte des japanischen bzw. koreanischen BGB: siehe § 4 III 2 b) bb) aaa).

353 Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 173; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 221; Young-June LEE, AT des BGB, S. 840; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 237; Kyung-Hak CHANG, AT des BGB, S. 289; Kiuon TSCHE, Gesellschaftsrecht, S. 47; LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 29.

354 Young-June LEE, AT des BGB, S. 840; JU & KIMKomm-SEO. vor § 31 KBGB S. 308.

355 Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 222; Young-June LEE, AT des BGB, S. 840; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 237; Eun-Young LEE, AT des BGB, S. 224; JU & KIMKomm-SEO. Vor § 31 KBGB S. 308.

ditgesellschaft (§§ 288–542 KHGB), die Aktiengesellschaft (§§ 288–542 KHGB) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§§ 543–613 KHGB).[356] Diese Gesellschaften besitzen jeweils eine Rechtspersönlichkeit (§ 171 Abs. 1 KHGB); sie sind allesamt juristische Personen. Die Gesellschaftsform »Kommanditgesellschaft auf Aktien« wurde bei der Inkraftsetzung des geltenden KHGB von 1962 aufgehoben. Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG) ist dem koreanischen Recht unbekannt. Eine Gesellschaftsform, z.B. GmbH & Co. KG ist in Korea nicht zulässig, weil eine Handelsgesellschaft nicht Gesellschafter einer OHG oder Komplementär einer KG werden kann (§ 173 KHGB).

In der Regel wird ein wirtschaftlicher Verein danach entweder in die Kategorie Handelsgesellschaft oder Zivilgesellschaft eingeordnet, ob er einen handelsrechtlichen Erwerb betreibt oder nicht. Die Handelsgesellschaft ist demzufolge als eine Gesellschaft gekennzeichnet, deren Zweck die Gewinnerzielung durch *Handelsgeschäft* (§ 46 KHGB) ist. Im Vergleich dazu verfolgt die Zivilgesellschaft diesen Gewinnzweck durch sonstige Erwerbstätigkeit, z.B. Landwirtschaft oder Fischerei. Aber diese Einteilung hat nach allgemeiner Ansicht[357] insoweit den Sinn verloren, als das KHGB den sowohl Handelsgeschäfte (i.V.m. Handelsgesellschaft) als auch die sonstige Gewinnerzielung (i.V.m. Zivilgesellschaft) bezweckenden Verein in seine Geltung einbezieht. Darüber hinaus sind die für die Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften auf den wirtschaftlichen Verein im Sinne von KBGB anzuwenden (§ 39 Abs. 2 KBGB). Daher braucht man zwischen der Handels- und der Zivilgesellschaft nicht zu unterscheiden. In dieser Hinsicht hat sich § 39 KBGB gesetzgeberisch als mißlungen erwiesen, so daß seine Aufhebung empfohlen wird.[358]

III. Rechtsfähige- und nichtrechtsfähige juristische Personen

Nach der Stellung im Rechtsleben lassen sich die rechtsfähige- und nichtrechtsfähige juristische Person unterscheiden. Dazu gehören wiederum jeweils Vereine und Stiftungen.

---

356 Unter den 113.644 Handelsgesellschaften, die am 1. 1. 1995 registriert waren, befanden sich 104.893 AG, 4.206 GmbH, 3.807 KG und 738 OHG. Die Statistik zeigt, daß fast 90 % aller Handelsgesellschaften in Korea Aktiengesellschaften sind. Deswegen spielt die Aktiengesellschaft als eine Gesellschaftsform im koreanischen wirtschaftlichen Leben die wichtigste Rolle.

357 LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 74; Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 11 u. 44; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 221; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 237 ff.; Yong-Han KIM, AT des BGB, S. 152.

358 Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 222; SANG-YONG KO, AT des BGB, S. 173.

1. Rechtsfähige und nichtrechtsfähige Vereine

a) Deutschland

aa) Rechtsregelung

Das BGB regelt das Recht des rechtsfähigen und des nichtrechtsfähigen Vereins nebeneinander (§§ 21, 22 ff., § 54 BGB), aber es enthält keine Begriffsbestimmung für beide Vereine. Das Unterscheidungsmerkmal zwischen beiden Vereinen ist jedoch sehr klar, nämlich die Rechtsfähigkeit: Der rechtsfähige Verein ist juristische Person, er hat also eine selbständige Rechtspersönlichkeit. Zur Entstehung eines rechtsfähigen Vereins sind zwei Rechtsvorgänge nötig: Gründungsvertrag und behördliche Mitwirkung.[359] Solange ein Verein einen nichtwirtschaftlichen Zweck verfolgt, kann er durch Eintragung Rechtsfähigkeit erlangen (§ 21 BGB). Demgegenüber werden ein wirtschaftlicher Verein (§ 22 BGB) und ein ausländischer Verein (§ 23 BGB) durch Verleihung seitens der zuständigen staatlichen Behörde rechtsfähig.

Der nichtrechtsfähige Verein wird mit dem Hauptunterscheidungsmerkmal »nicht rechtsfähig« als Verein bezeichnet, der weder durch Eintragung in das Vereinsregister (vgl. § 21 BGB) noch durch staatliche Verleihung (vgl. §§ 22, 23 BGB) »Rechtsfähigkeit« als juristische Person erlangt hat. Der nichtrechtsfähige Verein ist daher keine juristische Person, sondern nach herrschender Auffassung eine Gesamthandsgemeinschaft.[360] Er besitzt aber bis auf die Rechtsfähigkeit alle Merkmale des Vereins[361], und er ist wie der rechtsfähige Verein körperschaftlich verfaßt.[362] Durch seine körperschaftliche Struktur unterscheidet er sich von der Gesellschaft. Trotzdem unterstellt das BGB den nichtrechtsfähigen Verein dem Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 54 Satz 1 BGB). Der Gesetzgeber des BGB hat schon gewußt, daß die Verweisung auf das Gesellschaftsrecht für den nichtrechtsfähigen Verein ungeeignet ist.[363] Aber der Gesetzgeber wollte indirekt durch die nachteilige Unterwerfung unter das Gesellschaftsrecht[364] die nicht eingetragenen Vereine zur Eintragung in das Vereinsregister und zum Erwerb der Rechtsfähigkeit zwingen. Die wahre Absicht des Gesetzgebers lag darin, die auf religiöse, sozialpolitische oder auch rein politische Ziele gerichteten Vereine unter be-

---

359 Zur Entstehung einer körperschaftlichen juristischen Person: nachher eingehend § 3 I und II.

360 Vgl. RGZ 60, 94, 99; 95, 192; 143, 212, 213; 165, 140, 143; BGHZ 50, 325, 329; RGRK-STEFFEN, § 54 Rz. 1; STAUDINGER-WEICK, § 54 Rz. 1; FLUME, Personengesellschaft, S. 88; KÜBLER, Gesellschaftsrecht, S. 121.

361 Das Reichsgericht hat schon gesagt, der nichtrechtsfähige Verein sei »eine auf die Dauer berechnete Verbindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, die nach ihrer Satzung körperschaftlich organisiert ist, einen Gesamtnamen führt und auf einen wechselnden Mitgliederbestand angelegt ist«(RGZ 143, 213). Diese Definition wird von dem BGH weiter übernommen (v.a. BGHZ 90, 332).

362 Schon das Reichsgericht hat den nichtrechtsfähigen Verein als »geschlossene Einheit« und als »selbständiges körperschaftliches Gebilde« bezeichnet (RGZ 113, 169, 170).

363 Prot. II, 458 = MUGDAN I, 640 f.

364 Vor allem persönliche Haftung aller Mitglieder, Schwierigkeiten bei der Prozeßführung und bei der Bildung von Vereinsvermögen.

hördliche Kontrolle zu bringen.[365] Die Verweisung auf das Recht der BGB-Gesellschaft hat sich bislang nicht nur in der Praxis, sondern auch im wissenschaftlichen Schrifttum als unglücklich erwiesen: § 54 Satz 1 BGB konnte, wie vom Gesetzgeber angenommen, nicht das Entstehen und Bestehen nichtrechtsfähiger Vereine verhindern. Sehr bedeutsame Organisationen (Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Kartelle, politische Parteien) haben die Form des nichtrechtsfähigen Vereins gewählt. Sogar viele Vereine, wie schon *Otto v. Gierke*[366] voraussah, verzichten auf den Erwerb der Rechtsfähigkeit, wenn dem auch sachlich nichts im Wege steht und nur bestimmte äußere Formen zu erfüllen sind.

bb) Anwendung der Regelungen für den rechtsfähigen Verein auf den nichtrechtsfähigen Verein

Die Vorschriften für eine Gesellschaft passen im allgemeinen nicht für den nichtrechtsfähigen Verein, er gleicht vielmehr wegen seiner *körperschaftlichen Struktur* dem rechtsfähigen Verein, d.h. er handelt durch Organe (Vorstand, Mitgliederversammlung) und bleibt in seinem Bestand von der Zahl der Mitglieder unabhängig. Hierbei ist die Tendenz in der Rechtsprechung[367] und Literatur[368] deutlich erkennbar, den nichtrechtsfähigen Verein dem rechtsfähigen gleichzustellen, soweit die fehlende allgemeine Rechtsfähigkeit dem nichtrechtsfähigen Verein nicht entgegensteht.[369] In folgenden Punkten werden der nichtrechtsfähige und der rechtsfähige Verein bereits gleich behandelt:

Der nichtrechtsfähige Verein hat das Recht zur Namensführung.[370] Ungeachtet der Verweisung auf das Recht der BGB-Gesellschaft wird im allgemeinen anerkannt, die Mitgliederhaftung für die Verbindlichkeiten des nichtrechtsfähigen Idealvereins auf das Vereinsvermögen zu beschränken.[371] Nicht »Kündigung« wie bei der Gesellschaft (§ 723 ff. BGB), sondern Ein- und Austritt sind möglich. Nach überwiegender Meinung in der Literatur[372] ist der nichtrechtsfähige Verein grundbuchfähig. Aber in der Praxis der Grundbuchämter werden lediglich die Mitglieder des nichtrechtsfähigen Vereins im

---

365 Vgl. BGHZ 42, 210, 215; 50, 325, 328 ff.

366 GIERKE, Vereine ohne Rechtsfähigkeit. S. 4.

367 Vgl. z. B. BGHZ 42, 210, 216; 50, 325, 329.

368 Vgl. statt vieler REICHER/VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 2440.

369 In diesem Sinne kann man anstatt des nichtrechtsfähigen Vereins vom *nicht eingetragenen* Verein sprechen. Vgl. JOHN, Die organisierte Rechtsperson, S. 162; SOERGEL-HADDING, § 54 Rz. 1; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 743 ff.

370 Grundlegend RGZ, 78, 101, 102 f.; ausführlich dazu LARENZ, AT des BGB, S. 181 f.

371 Vgl. RGZ 63, 62, 65; 74, 371, 376; 85, 256, 260; 90, 173, 176 f.; 143, 212, 216; BGHZ 50, 325, 329; zur Entwicklung der Begründung des Gerichts: siehe Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 753 ff.

372 MünchKomm-REUTER, § 54 Rz. 16; ERMAN-WESTERMANN, § 54 Rz. 8; PALANDT-HEINRICHS, § 54 Rz 8; SOERGEL-HADDING, § 54 Rz. 18; STAUDINGER-WEICK, § 54 Rz. 80 ; RGRK-STEFFEN, § 54 Rz. 16; AlternativKomm-OTT, § 54 Rz. 8; HABSCHEID, AcP 155 (1956), S. 375, 401 ff.; STOLTENBERG, MDR 1989, S. 494, 497; REICHERT/VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 2503; ablehnend Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 53; ders., NJW 1984, S. 2249 ff.; FLUME, ZHR 148 (1984), S. 503, 509.

Grundbuch eingetragen.[373] Der BGH hat im Jahre 1966 die Eintragungsfähigkeit einer Vor-GmbH, die gegründet aber im Handelsregister noch nicht eingetragen und daher noch nicht rechtsfähig war, anerkannt.[374] Streitig ist auch, ob ein nichtrechtsfähiger Verein Wechsel- bzw. Scheckfähigkeit hat. Sie wird ihm im überwiegenden Schrifttum zugebilligt[375], doch die Rechtsprechung hat sie ihm bisher vorenthalten.[376] Jüngst hat der 11. Zivilsenat des BGH in einem Urteil vom 15. 7. 1997 die Scheckfähigkeit einer »BGB-Gesellschaft« – entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung[377] – bejaht. Aufgrund dieser neuen Entscheidung ist die Annahme der Scheckfähigkeit auch für den nichtrechtsfähigen Verein zu erwarten. Der nichtrechtsfähige Verein ist nach herrschender Meinung erbfähig.[378] Über das Vermögen des nichtrechtsfähigen Vereins kann ein Konkurs- und Vergleichsverfahren stattfinden (§ 213 KO, § 108 VerglO). Auch in der künftigen Insolvenzordnung ist der nichtrechtsfähige Verein insolvenzfähig (§ 11 Abs. 1 InsO). Der nichtrechtsfähige Verein ist »passiv« prozeßfähig, kann also unter seinem Namen vor Gericht verklagt werden (§ 50 Abs. 2 ZPO). Zudem hat der BGH im Fall der Gewerkschaften, die nichtrechtsfähige Vereine sind, neuerdings die »aktive« Parteifähigkeit anerkannt.[379] Es ist aber umstritten, ob die aktive Parteifähigkeit darüber hinaus allgemein allen nichtrechtsfähigen Vereinen zuzuerkennen ist.[380]

Die Anwendung des der Organhaftung zugrunde liegenden § 31 BGB auf den nichtrechtsfähigen Verein ist in der Rechtsprechung noch nicht endgültig anerkannt. Aber nach heute herrschender Meinung[381] haftet der nichtrechtsfähige Verein für einen vom Vorstand oder einem sonstigen Organ des Vereins im Rahmen seiner Amtsführung verursachten Schaden analog nach § 31 BGB. Insoweit ist die Haftung beim nichtrechtsfähigen Verein auf das Vereinsvermögen beschränkt.

---

373 Vgl. RGZ 127, 309, 311 f.; Das OLG Zweibrücken hat einen Antrag auf eine Auflassungsvormerkung eines Bezirksverband einer politischen Partei abgelehnt, der als ein nichtrechtsfähiger Verein organisiert worden war (OLGZ 1986, 145 = NJW-RR 1986, 181).

374 BGHZ 45, 338, 348 = NJW 1966, 1311.

375 AlternativKomm-OTT, § 54 Rz. 8; REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 2503; RGRK-STEFFEN, § 54, Rz. 18; SOERGEL-HADDING, § 54 Rz. 19; STAUDINGER-WEICK, § 54 Rz. 27; STOLTENBERG, MDR 1989, S. 494, 497 f.; MÜNCHKOMM-REUTER, § 54 Rz. 18.

376 RG JW 1908, 544, 545; RGZ 112, 124; RG JW 1926, 2907; OLG Koblenz MDR 1955, 424.

377 BGHZ 59, 179, 184 f.; BGHZ 61, 59, 62 ff.

378 HABSCHEID, AcP 155 (1956), S. 375, 400; HÜBNER, AT des BGB, S. 150; SOERGEL-HADDING, § 54 Rz. 17; STAUDINGER-WEICK, § 54 Rz. 77; REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 2503; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 744; dagegen FLUME, Personengesellschaft, S. 108.

379 BGHZ 42, 210, 216; 50, 325, 327.

380 Bejahend STAUDINGER-WEICK, § 54 Rz. 20; AlternativKomm-OTT, § 54 Rz. 8; MünchKomm-REUTER, § 54 Rz. 13, JUNG, NJW 1986, S. 157 ff.; einschränkend RGRK-STEFFEN, § 54 Rz. 19; ablehnend Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 54 ff.; ders., NJW 1984, S. 2249 ff.; FLUME, ZHR 148 (1984), S. 503, 512.

381 ERMAN-WESTERMANN, §54 Rz .13; MünchKomm-REUTER § 31 Rz. 8; SOERGEL-HADDING, § 54 Rz. 21; RGRK-STEFFEN, § 54 Rz. 20; LARENZ/ WOLF, AT, S. 242; BROX, AT des BGB, Rz. 726.

cc) Haftungsbesonderheiten des nichtrechtsfähigen Vereins im Vergleich zum rechtsfähigen Verein

aaa) Haftung der Handelnden

Ein gravierender Unterschied zum rechtsfähigen Verein besteht jedoch in der Haftung desjenigen, der für einen nichtrechtsfähigen Verein handelt. Nach § 54 Satz 2 BGB haftet hierfür neben dem Verein stets auch der Handelnde persönlich. Handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner. Diese persönliche Haftung gilt unabhängig davon, ob der Handelnde aufgrund gültiger Vollmacht tätig wurde, also sowohl für den satzungsmäßig tätigen Vorstand wie für den ohne Vertretungsbefugnis Handelnden; lediglich die Mithaftung des Vereins ist abhängig von einer Handlungsvollmacht. Die Vorschrift über Haftung aus § 54 Satz 2 BGB verdrängt insofern die aus § 179 BGB.

bbb) Haftung der Mitglieder

Wie für den rechtsfähigen Verein gilt der Unterschied zwischen nichtwirtschaftlichem und wirtschaftlichem Verein auch für den nichtrechtsfähigen Verein. Somit lassen sich die nichtrechtsfähigen Vereine in einen nichtrechtsfähigen Idealverein und einen nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Verein unterteilen. Die teleologisch-typologische Abgrenzungsmethode und die Anerkennung des Nebenzweckprivilegs sind deshalb auch für den nichtrechtsfähigen Verein gültig. Bei nichtrechtsfähigen Vereinen unterscheidet sich die Haftungssituation je nachdem, ob ein wirtschaftlicher Verein oder ein nichtwirtschaftlicher Verein vorliegt.[382] Für den nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Verein, der ein *vollkaufmännisches Handelsgewerbe* betreibt, gilt nach herrschender Meinung[383] das Recht der OHG (§§ 105 ff. HGB). Im Vergleich dazu sind das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff) und das gesetzliche Sonderrecht des nichtrechtsfähigen Vereins auf den nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Verein, der *ein minderkaufmännisches Handelsgewerbe* betreibt (vgl. § 4 Abs. 1 HGB), anzuwenden.[384] Beim nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Verein haften sämtliche Mitglieder für dessen Verbindlichkeiten neben dem Vereinsvermögen mit ihrem eigenen Vermögen.

In der Regel ist nur der nichtrechtsfähige Idealverein körperschaftlich verfaßt, so daß auf ihn die Vorschriften über den rechtsfähigen Verein anzuwenden sind, soweit der Mangel der Rechtsfähigkeit dem nicht entgegensteht.[385] Das führt dazu, daß die Mit-

382 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 670.

383 SOERGEL-HADDING, § 54 Rz 3; MünchKomm-REUTER, § 54 Rz. 28; NITSCHKE, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, S. 115 ff.; Karsten SCHMIDT, Gesellschaft bürgerlichen Rechts: in Gutachten III, S. 557.

384 KÜBLER, Gesellschaftsrecht, S. 123.

385 Karsten SCHMIDT hat in dem Gutachten III anstelle des gegenwärtigen § 54 Satz 1 BGB wie folgt ein Gesetzesvorschlag gemacht; »Auf Vereine gemäß § 21, die nicht rechtsfähig sind, finden die §§ 25–53 Anwendung, soweit nicht der Mangel der Rechtsfähigkeit entgegensteht; Vereine gemäß § 22, die nicht rechtsfähig sind, unterliegen den Bestimmung des § 732 und der §§ 105 ff., 161 ff. HGB« (S. 558). § 732 BGB regelt nach seinem Vorschlag »Mitunternehmer-Gesellschaft« (S. 565).

glieder für die Verbindlichkeit des nichtrechtsfähigen Idealvereins nicht persönlich haften.[386]

dd) Rechtsposition des Vor-Vereins

Die nichtrechtsfähigen Vereine können in verschiedenen Formen in Erscheinung treten. Ein Vorverein ist eine repräsentative Erscheinungsform der nichtrechtsfähigen Vereine, m.a.W. jeder später rechtsfähig werdende Verein ist zunächst als Vorverein *ein nicht eingetragener Verein*.[387] Der Vorverein unterscheidet sich vom nicht eingetragenen Verein im Sinne des § 54 BGB dadurch, daß dieser nur ein Durchgangsstadium bis zum Erlangen der Rechtsfähigkeit als juristische Person bildet, während jener von vornherein auf Dauer angelegt ist.[388] Im Zusammenhang damit, daß der Vorverein im Durchgangsstadium existiert, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis er zum später rechtsfähigen Verein steht. Nach heute herrschender Auffassung sind die beiden als identisch anzusehen (Identitätstheorie und Einheitstheorie).[389] Diese Theorie führt folgerichtig zu dem Ergebnis, daß die Rechte und Pflichten des Vorvereins dann ohne weiteres solche des rechtsfähigen Vereins werden, wenn ein Vorverein mit Eintragung oder Verleihung Rechtsfähigkeit erwirbt.[390] Infolgedessen gehen alle Verbindlichkeiten des Vorvereins, die durch rechtsgeschäftliches oder deliktisches (analog § 31 BGB) Verhalten der Organe im Rahmen ihres Handelns für den Vorverein entstanden sind, auf den später eingetragenen Verein auf dem Wege der Gesamtnachfolge über.[391]

b) Korea

aa) Begriffsbestimmung

Das koreanische BGB regelt zwar das Recht der rechtsfähigen Vereine (vgl. u.a. §§ 32, 39, 41 KBGB) bzw. der nichtrechtsfähigen Vereine (§ 275 KBGB), aber es befindet sich keine Legaldefinition des Vereins darin. Die koreanische Wissenschaft und Rechtsprechung definieren den (nichtrechtsfähigen) Verein jedoch nicht anders als die deutsche: Der Verein ist nach allgemeiner Auffassung[392] ein zu einer bestimmten

386 SCHUMANN, Zur Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine, S. 20 f.; FLUME, Personengesellschaft, S. 88; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 533 ff.; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 753; REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz 2509.

387 Vgl. BGH WM 1978, 115; vgl. SOERGEL-HADDING, vor § 21 Rz 64.

388 SOERGEL-HADDING, Vor § 21 Rz 64.

389 RGZ 85, 256; BGH WM 1978, 115. Das ist herrschende Meinung: vgl. LARENZ/ WOLF, AT, S. 54 f.; STAUDINGER-WEICK, § 21 Rz. 31 ff.; SOERGEL-HADDING, Vor §21 Rz 72; ERMAN-WESTERMANN, § 21 Rz. 10; PALANDT-HEINRICHS, § 21 Rz. 9; Dagegen vertraten V. TUHR (AT I, § 40) und ENNECCERUS/ NIPPERDEY (AT, § 107 VII) Trennungstheorie. Zu dieser Problematik: nachher eingehend § 3 I 2 b) bb).

390 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 682.

391 SOERGEL-HADDING, Vor § 21 Rz 74.

392 Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 172; Chung-Han KIM, AT des BGB, S. 120; Young-June LEE, AT des BGB, S. 840; Kyung-Hak CHANG, AT des BGB, S. 288; Eun-Young LEE, AT des BGB, S. 218; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 239; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB,

Zweckverfolgung auf Dauer angelegter, körperschaftlich organisierter menschlicher Zusammenschluß. Allgemeine Merkmale eines Vereins sind Verfassung der Vereinsorgane (Vorstand, Mitgliederversammlung), gewisse Dauerhaftigkeit des Vereins, Unabhängigkeit vom Mitgliederwechsel und ein bestimmter Vereinsname. Diese aus dieser Begriffsbestimmung eines Vereins abzuleitenden Merkmale hat auch der nichtrechtsfähige Verein. Nach einhelliger Auffassung[393] sind die Vorschriften über den rechtsfähigen Verein auf den nichtrechtsfähigen Verein anwendbar, soweit dem nicht dessen Mangel an Rechtsfähigkeit im Wege steht. Dies ist auch der konsequente Standpunkt des KOGH.[394] Die Rechtsfähigkeit ist das einzige Unterscheidungsmerkmal zwischen rechtsfähigem und nichtrechtsfähigem Verein. Aber die Unterscheidung zwischen Bestehen oder Nichtbestehen der Rechtsfähigkeit spielt in der koreanischen Rechtspraxis eine geringe Rolle, weil das koreanische Recht den nichtrechtsfähigen Verein mit einer umfangreichen Teilrechtsfähigkeit ausstattet.

bb) Anerkennung der aktiven Parteifähigkeit und der Grundbuchfähigkeit für den nichtrechtsfähigen Verein

Anders als im deutschen Recht hat ein nichtrechtsfähiger Verein im koreanischen Recht nicht nur passive, sondern auch aktive Parteifähigkeit. Besteht ein Vorstand oder ein Sachwalter, ist ein nichtrechtsfähiger Verein bzw. eine nichtrechtsfähige Stiftung parteifähig (§ 48 KZPG)[395]. Demnach kann ein nichtrechtsfähiger Verein im Prozeß als eine selbständige Partei klagen und beklagt werden. In Hinblick auf die Parteifähigkeit gibt es keinen Unterschied zwischen rechtsfähigem und nichtrechtsfähigem Verein.[396] Zumindest im Prozeß besitzt ein nichtrechtsfähiger Verein die gleiche Stellung wie ein rechtsfähiger Verein. Bemerkenswert ist, daß der KOGH in einem verwaltungsrechtlichen Urteil[397] hinsichtlich der Parteifähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins angedeutete, daß ein nichtrechtsfähiger Verein im Privatrecht ein selbständiges Rechtssubjekt ist. Der KOGH führte aus:

> »Falls ein nichtrechtsfähiger Verein nach diesem Gesetz (hier KZPG) volle Parteifähigkeit hat, kann ein nichtrechtsfähiger Verein als solcher als ein Rechtssubjekt mit Rechten bzw. Pflichten angesehen werden. Folglich ist die Anerkennung der Parteifähigkeit eines nichtrechtsfähigen Vereins sinnlos, wenn dieser trotz der Parteifähigkeit im privaten und öffentlichen Recht kein Rechtsubjekt werden kann.«[398]

S. 223; Seok-In HUANG, Modernes Zivilrecht I, S. 92; In bezug auf nichtrechtsfähigen Verein vor allem KOGH v. 10. 7. 1992, 92 da 2431.

393 Sang-Yong KO, AT des BGB, S.272–273; Chung-Han KIM, AT des BGB, S. 123; Young-June LEE, AT des BGB, S. 844; Kyung-Hak CHANG, AT des BGB, S. 295; Eun-Young LEE, AT des BGB, S. 247; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 301; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 229; aber abweichend, Joo-Soo KIM, AT des BGB, S. 173.

394 KOGH v. 4. 7. 1967, 67 da 549; KOGH v. 9. 10. 1992, 92 da 23087.

395 Gemäß § 60 KZPG finden die Vorschriften über den gesetzlichen Vertreter auf den Vorstand oder Verwalter des (od. der) nichtrechtsfähigen Verein (od. Stiftung) Anwendung.

396 Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 267.

397 KOGH v. 5. 10. 1962, 4294 haengsang 102.

398 Ebendort.

Dieser Standpunkt findet auch im Schrifttum breite Unterstützung.[399] Darüber hinaus brachte der KOGH in einigen Urteilen zum Ausdruck, daß ein nichtrechtsfähiger Verein in einem bestimmten Bereich Rechtssubjektivität besitzt: Ein nichtrechtsfähiger Verein kann durch den Ablauf der Ersitzungsfrist Eigentum erwerben.[400] Sogar ein buddhistisches Kloster besitzt als nichtrechtsfähiger Verein selbständige Rechtspersönlichkeit.[401] Im Zusammenhang mit der Parteifähigkeit kann der Gläubiger mit dem gegen den nichtrechtsfähigen Verein gerichteten Schuldtitel lediglich in das Vereinsvermögen vollstrecken, weil die Rechtskraft gerichtlicher Entscheidung nur den nichtrechtsfähigen Verein betrifft, aber nicht die Mitglieder des Vereins.[402]

Ein nichtrechtsfähiger Verein hat nach § 30 des koreanischen Grundbuchgesetzes Grundbuchfähigkeit. Somit kann ein nichtrechtsfähiger Verein unmittelbar seinen Namen in das Grundbuch eintragen lassen (vgl. § 56 Ausführungsverordnung zum Grundbuchgesetz). Außerdem ist es zwar wissenschaftlich umstritten, ob ein nichtrechtsfähiger Verein wechsel- und scheckfähig ist, aber der KOGH erkannte einem nichtrechtsfähigen Verein Scheckfähigkeit zu.[403]

cc) Angleichung der Haftung des nichtrechtsfähigen Vereins an die des rechtsfähigen Vereins

aaa) Grundsätzlich keine Mitgliederhaftung

In Anbetracht der Haftungsprobleme gibt es in der koreanischen Rechtspraxis keinen großen Unterschied zwischen nichtrechtsfähigem und rechtsfähigem Verein: Das KBGB schreibt für Erscheinungsformen gemeinsamen Eigentums »Miteigentum« (§ 262 ff. KBGB[404]), »Eigentum zu gesamter Hand« (§ 271 ff. KBGB[405]) und »Gesamteigentum« (§ 275 ff. KBGB[406]) vor. Die Form des »Gesamteigentums« findet

---

399 Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 268; Ju-Heung LEE, Der nichtrechtsfähige Verein, in: Sammlung von Abhandlung zur Justiz, Vol. 22 (1991), S. 150.

400 KOGH v. 10. 2. 1970, 69 da 2013.

401 KOGH v. 22. 3. 1988, 85 daka 1489; auch KOGH v. 10. 10. 1989, 89 daka 2902.

402 Seok-In HUANG, AT des BGB, S. 100; Young-June LEE, AT des BGB; S. 852; GWAKKomm-LEE, vor § 31KBGB S. 511.

403 KOGH v. 2. 6. 1964, 63 da 856.

404 § 262 KBGB [Miteigentum an einer Sache] lautet:
(1) Steht eine Sache mehreren Personen nach Bruchteilen gemeinschaftlich zu, so stellt die Sache Miteigentum dar.
(2) Vom Miteigentum wird vermutet, daß die Sache allen Miteigentümern zu gleichen Teilen zusteht.

405 § 271 KBGB [Eigentum zur gesamten Hand] lautet:
(1) Gehört eine Sache nach den gesetzlichen Vorschriften oder aus einem vertraglichen Grunde mehreren Personen, die zu einer Gesellschaft verbunden sind, so stellt die Sache Eigentum zur gesamten Hand dar, und das Recht eines jeden erstreckt sich auf die Sache im Ganzen.
(2) Für das Gesamthandeigentum gelten außer der Vorschrift des Absatzes 1 und dem entsprechenden Vertragsinhalt auch die Vorschriften der §§ 272–274.

406 § 275 KBGB [Gesamteigentum] lautet:
(1) Gehört eine Sache mehreren Personen als Mitgliedern eines nichtrechtsfähigen Vereins,

sich beim nichtrechtsfähigen Verein.[407] Beim Gesamteigentum verteilt sich der Inhalt des Eigentums auf die Verwaltungs- bzw. Verfügungsbefugnis und die Gebrauchs- bzw. Nutzungsbefugnis (§ 276 KBGB[408]). Diese Befugnis richtet sich nach dem Beschluß der Mitgliederversammlung. Jene Befugnis haben nach der Satzung alle Mitglieder. Da gemäß § 278 KBGB[409] die Vorschriften über das Gesamteigentum auf ein anderes Vermögensrecht entsprechend anwendbar sind, stehen die Schulden als »Quasimiteigentum« den Mitgliedern des nichtrechtsfähigen Vereins zu. Der Haftungsumfang beim nichtrechtsfähigen Verein ist also nach dem Prinzip des Gesamteigentums zu bestimmen. Demnach begrenzt sich die Haftung der Mitglieder ausschließlich auf das Vereinsvermögen, d.h. die Mitglieder haften nicht persönlich (beschränkte Haftung). Das ist herrschende Meinung in Korea.[410] Hiergegen wird geltend gemacht, daß zumindest beim nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Verein den Mitgliedern für den Gläubigerschutz eine unbeschränkte Haftung auferlegt werden sollte.[411] Diese Ansicht steht zwar nicht mit dem geltenden Recht in Einklang, aber man sollte sie in Hinblick auf Praktikabilität ernsthaft in Erwägung ziehen. Denn es gibt keinen Grund dafür, daß ein nichtrechtsfähiger wirtschaftlicher Verein besser geschützt werden muß als eine OHG, die im koreanischen Handelsgesetzbuch als juristische Person anerkannt wird, aber deren Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich haften (§ 212 KHGB).

---

so versteht sich die Sache als Gesamteigentum.
(2) Für das Gesamteigentum gelten außer der Vereinssatzung und sonstigen Bestimmungen auch die Vorschriften der §§ 276, 277.

407 Die Rechtsinstitution »Gesamteigentum« ist erst in dem am 1.1. 1960 in Kraft getretenen koreanischen BGB mit Hilfe des verstorbenen Professors Chung-Han KIM eingeführt worden, der in dem Gutachten des neuen KBGB (1957) durch Untersuchung der germanistischen Genossenschaftstheorie ein neues Modell »Gesamteigentum« für den nichtrechtsfähigen Verein vorgebracht hat (siehe, Chung-Han KIM, Gesammelte Schriften, Vorwort und S. 211 ff.). Sein Gutachten setzte sich im KBGB durch. Man kann somit sagen, daß der germanistische Begriff des Gesamteigentums nach einem Jahrhundert durch die Gesetzgebung in Korea wieder auferstanden ist. Eine kritische Besprechung dazu: siehe Yoon-Jik GWAK, Sachenrecht, S. 332 ff.

408 § 276 KBGB [Verwaltung, Verfügung und Gebrauch] lautet:
1) Die Verwaltung und Verfügung über das Gesamteigentum wird durch Beschluß der Mitgliederversammlung geregelt.
(2) Jedes Mitglied ist berechtigt, von der Sache nach Satzung und sonstigen Bestimmungen Gebrauch zu machen und Nutzung aus ihr zu ziehen.

409 § 278 KBGB lautet: [Quasimiteigentum]: Die Vorschriften dieses Kapitels finden auf ein anderes Vermögensrecht als Eigentum entsprechende Anwendung. Sind jedoch Sonderbestimmungen in anderen Gesetzen vorgeschrieben, so sind diese maßgebend.

410 Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 272–273; Chung-Han KIM, AT des BGB, S. 123; Young-June Lee, AT des BGB, S. 853; Kyung-Hak CHANG, AT des BGB, S. 299; Eun-Young LEE, AT des BGB, S. 249; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 303; Deok-Sung LEE, Festschrift für Hong-Kyu KIM, S. 31, 42 ff.

411 Joo-Soo KIM, AT des BGB, S. 173; Yong-Han KIM, AT des BGB, S. 212; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 231, schlägt *de lege ferenda* vor, daß man durch Verweisung auf die Vorschriften über das »Eigentum zur gesamten Hand« eine unbeschränkte Haftung der Mitglieder anerkennt.

In bezug auf die Haftung der Vereinsmitglieder stellt sich die Frage, wer für ein schuldhaftes Verhalten eines Vorstandsmitglieds einzustehen hat; der nichtrechtsfähige Verein oder die Vereinsmitglieder? Im Schrifttum wird einhellig die Anwendung des § 35 KBGB (entsprechend § 31 BGB) auf den nichtrechtsfähigen Verein befürwortet.[412] Dies bedeutet, daß die Mitglieder grundsätzlich nur mit ihrem Anteil am Vereinsvermögen haften. Neuerdings folgt der KOGH dieser Ansicht.[413]

bbb) Keine Haftung der Handelnden

Es ist umstritten, ob neben dem Verein ein im Namen des nichtrechtsfähigen Vereins Handelnder aus einem Rechtsgeschäft persönlich haftet (vgl. § 54 S. 2 deutsches BGB). Nach herrschender Meinung[414] haftet dieser Handelnde nicht persönlich, sondern es haftet nur der nichtrechtsfähige Verein mit der Begründung, daß die Haftungsstruktur eines nichtrechtsfähigen Vereins aus einem Rechtsgeschäft nicht anders sei als die eines rechtsfähigen Vereins. Demgegenüber kommt nach einer Minderheitsmeinung[415] eine persönliche Haftung des Handelnden in Betracht. Danach sei es sachgerecht, dem Handelnden eine persönliche Haftung aufzuerlegen, weil der Vertragsgläubiger vor einem Geschäftsrisiko bewahrt werden müsse, das sich im Mangel der Verlautbarung der Vertretungs- und Haftungsverhältnisse im Vereinsregister oder in der Unklarheit der inneren Verfassung finde. Der Handelnde hafte jedoch mit dem Verein nicht gesamtschuldnerisch, sondern akzessorisch.[416] Ein dementsprechendes Gerichtsurteil ist aber noch nicht ergangen. Betreffs dieser Problematik sollte man dem Willen des KBGB-Gesetzgebers Rechnung tragen, der angesichts der Einführung des »Gesamteigentums« angeblich die rechtliche Behandlung des nichtrechtsfähigen Vereins von der der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts unterscheiden will. Während das BGB den nichtrechtsfähigen Verein auf die Vorschriften über die Gesellschaft verweist (§ 54 S. 1 BGB) und weitergehend aus der Sicht des Verkehrsschutzes dem für den Verein Handelnden eine Eigenhaftung auferlegt, setzt das KBGB m.E. fest, daß die sich aus einem Rechtsgeschäft ergebende Verbindlichkeit des für einen Verein Handelnden durch Angleichung des nichtrechtsfähigen Vereins an den rechtsfähigen Verein gleich behandelt wird. Die Vorschriften über das Gesamteigentum verdeutlichen den Unterschied zwischen der Rechtsposition eines nichtrechtsfähigen Vereins und einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, aber auch sie weisen in der Rechtspraxis auf keinen Unterschied zur Rechtsstellung des rechtsfähigen Vereins hin. Aus diesem Grund wird

412 Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 273; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 230; Chung-Han KIM, AT des BGB, S. 123; Young-June LEE, AT des BGB, S. 852; Kyung-Hak CHANG, AT des BGB, S. 297; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 305; JU & KIM Komm-SEO, vor § 31 S. 351; Joo-Soo KIM, AT des BGB, S. 174; Deok-Sung LEE, Festschrift für Hong-Kyu KIM, S. 31, 51 f.

413 KOGH v. 12. 4. 1994 , 91 da 49300.

414 Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 273; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 303; Seok-In HUANG, Modernes Zivilrecht I, S. 106; Deok-Sung LEE, Festschrift für Hong-Kyu KIM, S. 31, 49 f.; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S 303, aber er schlägt *de lege ferenda* vor, die Haftung des Handelnden – wie § 54 S. 2 BGB – einzuführen (S. 304).

415 JU & KIMKomm-SEO, vor § 31 KBGB, S. 351.

416 JU & KimKomm-SEO, vor § 31 KBGB, S. 351.

behauptet, daß das Gesamteigentum eines nichtrechtsfähigen Vereins in Wirklichkeit ohne weiteres wie das Alleineigentum eines rechtsfähigen Vereins ist.[417]

dd) Abgrenzung des nichtrechtsfähigen Vereins zur BGB-Gesellschaft

Da, wie oben ausgeführt, ein nichtrechtsfähiger Verein sich in verschiedener Hinsicht sehr stark an einen rechtsfähigen Verein annähert und dadurch die Rechtsstellung eines nichtrechtsfähigen Vereins der eines rechtsfähigen Vereins gleicht, muß man eine Personenvereinigung in die Kategorie des nichtrechtsfähigen Vereins oder in die der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts einordnen. Da eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts im Gegensatz zum nichtrechtsfähigen Verein keine Parteifähigkeit, keine Grundbuchfähigkeit und keine Wechsel- bzw. Scheckfähigkeit besitzt und jeder Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden neben dem Gesellschaftsvermögen persönlich mit dem eigenen Vermögen haftet,[418] ist es in Korea von großer Bedeutung, einen nichtrechtsfähigen Verein von einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts abzugrenzen. Die »körperschaftliche Verfassung« ist nach allgemeiner Auffassung ein essentielles Unterscheidungsmerkmal dafür. Es ist jedoch nicht über alle Abgrenzungsschwierigkeiten erhaben. Somit muß man von Fall zu Fall über die Zuordnung entscheiden. Beispielsweise werden Familienverbände,[419] christliche Kirchengemeinden,[420] buddhistische Klöster,[421] Dorfgemeinschaften[422] und politische Parteien[423] in der konsolidierten Rechtsprechung als nichtrechtsfähige Vereine betrachtet.

ee) Nichtrechtsfähige Vereine und behördliche Genehmigung

Insgesamt kann man feststellen, daß der nichtrechtsfähige Verein im koreanischen Recht im Gegensatz zum deutschen Recht im wesentlichen nicht im Nachteil gegenüber dem rechtsfähigen Verein ist. Trotzdem sind zahlreiche nichtrechtsfähige Vereine in Korea vorhanden. Sie begnügen sich mit dem Rechtszustand ohne Rechtspersönlichkeit. Das weitere Entstehen oder Bestehen der nichtrechtsfähigen Vereine in Korea ist vornehmlich auf zwei Momente zurückzuführen:

– Erstens verlangt das KBGB angesichts der Entstehung eines Vereins in der Regel eine behördliche Genehmigung (vgl. § 32 KBGB). Wenn einer Personenvereinigung diese Genehmigung nicht zuerkannt wird, dann muß diese Vereinigung zwangsläufig im Zustand eines nichtrechtsfähigen Vereins bestehen bleiben.

---

417 Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 271.

418 KOGH v. 31. 10. 1957, 4290 minsang 459.

419 KOGH v. 10. 7. 1973, 72 da 1918; KOGH v. 12. 4. 1983, 83 do 195; KOGH v. 22. 9. 1992 da 15048; KOGH v. 27. 5. 1993, 92 da 34193; KOGH v. 10. 5. 1994, 93 da 53955. Als Familienverband bezeichne ich im Rahmen dieser Arbeit den Zusammenschluß aller Familienmitglieder gleichen Familiennamens, die Gedenkfeiern für ihre Vorfahren organisieren, und in dem sich die Mitglieder gegenseitig unterstützen und den Nachwuchs fördern.

420 KOGH v. 12. 7. 1962, 62 da 133; KOGH v. 18. 12. 1967, 67 da 2202; KOGH v. 28. 5. 1991, 90 da 8558.

421 KOGH v. 10. 10. 1989, 89 daka 1902; KOGH v. 22. 10. 1991, 91 da 30675.

422 KOGH v. 2. 6. 1958, 4289 minsang 617; KOGH v. 7. 12. 1990, 90 daka 25895; KOGH v. 28. 5. 1991, 91 da 7750; KOGH v. 9. 3. 993, 9 da 39532.

423 LG (Z) Seoul v. 8. 9. 1979, 79 ka 21709; KVerfG v. 29. 7. 1993, 92 heonma 262.

– Zweitens, wenn eine Vereinigung sich der behördlichen Genehmigung bzw. Kontrolle entziehen will, ist es unvermeidlich, daß diese Vereinigung nichtrechtsfähiger Verein bleibt. Dieses Mißbildungsphänomen der Entstehung zahlreicher nichtrechtsfähiger Vereine hängt mit dem System der Erlangung der Rechtsfähigkeit sehr eng zusammen. Rechtspolitisch ist es überholt, daß für Vereinsbildung Einholung der behördlichen Genehmigung verlangt wird. Rechtsdogmatisch kann dies auch die Vereinigungsfreiheit gefährden, welche im Verfassungsrecht gewährleistet wird (vgl. Art. 21 Abs. 1 KGG424).425

2. *Rechtsfähige und nichtrechtsfähige Stiftungen*

a) Deutschland

aa) Stiftungsbegriff

Der Mangel eines Rechtsbegriffs für Stiftungen im BGB hat zu vielfältigen Definitionsversuchen geführt. Die Stiftung im Rechtssinne ist heute nach wohl einhelliger Auffassung[426] eine rechtsfähige, nichtverbandsmäßige *Organisation* (Einrichtung, Institution), die einen bestimmten *Zweck* mit Hilfe eines *Vermögen*s verfolgt, das diesem Zweck dauernd gewidmet ist. Nach *Hübner* sollte man bei der Definition einer Stiftung von der Theorie der Zweckpersonifizierung[427] ausgehen, weil der Schwerpunkt der Einrichtung in der Bindung des Stiftungsvermögens für den vom Stifter festgelegten Zweck liege.[428] Aber in bezug auf den Zweck einer Stiftung hat bereits *v. Savigny* treffend erwähnt, daß eine Stiftung kein sichtbares Substrat hat, sondern »eine mehr ideale Existenz, die auf einem allgemeinen, durch sie zu erreichenden Zweck beruht«.[429] Da in einer Stiftung kein Mitglied existiert, unterscheidet *Savigny* sie von der Korporation. *Savignys* Beschreibung der Stiftung weicht m.E. nicht wesentlich von der oben dargestellten, heute verallgemeinerten Definition der Stiftung ab. Daher braucht man sich, um die Stiftung zu definieren, weder auf die Theorie der Zweckpersonifizierung noch auf die Theorie der realen Verbandspersönlichkeit zu berufen.[430] Jedenfalls lassen sich in der üblichen Stiftungsdefinition im Rechtssinne drei Tatbestandsmerkmale erkennen, nämlich der

---

424 Art. 21 Abs. 1 KGG lautet: Alle Staatsbürger genießen Rede- und Pressefreiheit sowie Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit.

425 Zu dieser Problematik: vgl. nachher § 3 II 2 c) aa).

426 Vgl. EBERSBACH, Handbuch des Stiftungsrechts, S. 15; ENNECCERUS/ NIPPERDEY, AT , § 117 I; LARENZ/ WOLF, AT, S. 246; HÜBNER, AT des BGB, S. 155; BROX, AT des BGB, Rz. 686; MünchKomm-REUTER, Vor § 80 Rz. 11; STAUDINGER-RAWERT, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rz. 3; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 181; Dagegen sieht PLEIMES die juristische Persönlichkeit der «selbständigen« Stiftung als eine Folge einer dogmatischen Fehlspekulation« an (PLEIMES, Irrwege der Dogmatik im Stiftungsrecht, S. 100).

427 Vgl. ENNECCERUS/ NIPPERDEY, AT , § 103; Siehe Fn. 149 vorliegender Arbeit.

428 HÜBNER, AT des BGB, S. 155.

429 SAVIGNY, System II, S. 243.

430 Karsten SCHMIDT hat darauf hingewiesen, daß es schwerlich haltbar sei, daß GIERKE die Stiftung als »Verbandsperson« kennzeichnet (Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 181 Fn. 17); Zu GIERKES Auffassung über Stiftung: vgl. GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 645 ff. und Fn. 121 vorliegender Arbeit.

»Stiftungszweck«, das »Stiftungsvermögen« und die »Stiftungsorganisation«.[431] Diese Stiftungsdefinition schließt von dem Begriff der Stiftung die nichtrechtsfähigen (unselbständigen) Stiftungen nicht aus, weil sie auch diese drei Merkmale haben. Fehlt aber einem Gebilde eines von diesen Merkmalen, spricht man nicht von Stiftung im Rechtssinne.

bb) Arten der Stiftung

aaa) Stiftungen des öffentlichen und privaten Rechts

Als Art der Stiftung[432] unterscheidet § 89 BGB die privatrechtliche und die öffentlich-rechtliche Stiftung, ohne ein Unterscheidungskriterium anzugeben. Diese Unterscheidung ist besonders deshalb bedeutsam, weil die beiden Stiftungsarten grundsätzlich verschiedenen Bestimmungen unterliegen: Die Vorschriften der §§ 80–88 BGB gelten nur für rechtsfähige Stiftungen des Privatrechts.[433] Sie sind also auf die Stiftungen des öffentlichen Rechts nicht entsprechend anzuwenden.

Entscheidendes Unterscheidungskriterium ist nicht der Aufgabenkreis, sondern die Art der Entstehung. Nach herrschender Ansicht liegt eine öffentlich-rechtliche Stiftung vor, wenn eine Stiftung durch staatlichen Hoheitsakt errichtet ist,[434] oder wenn sie organisatorisch in das staatliche Verwaltungssystem eingegliedert ist.[435] Soweit keine dieser Voraussetzungen vorliegt, handelt es sich um eine privatrechtliche Stiftung. Die Stiftungen des Privatrechts sind folglich nur solche, die auf einem Privatrechtsgeschäft (Stiftungsgeschäft) beruhen. Während im Privatrecht rechtsfähige Stiftung einzige juristische Person nichtverbandsmäßiger Struktur ist, kennt das öffentliche Recht zwei Arten solcher juristischen Personen: die rechtsfähige Stiftung und die rechtsfähige Anstalt (vgl. § 89 BGB).

bb) Öffentliche und private Stiftungen

Nach dem Stiftungszweck sind unter den Stiftungen des Privatrechts zu unterscheiden die »öffentlichen« und die »privaten« (od. »privatnützigen«) Stiftungen. Öffentliche Stiftungen sind Stiftungen, die überwiegend allgemeinen, öffentlichen Zwecken dienen, insbesondere solchen der Religion, der Wissenschaft, der Erziehung oder der Wohltä-

---

431 Vgl. SEIFART-SEIFART, Handbuch des Stiftungsrechts, § 1 Rz. 3; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 181; MünchKomm-REUTER, Vor § 80 Rz. 12 ff.; STAUDINGER-RAWERT, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rz. 5 ff.

432 Als Stiftungsarten bezeichnet EBERSBACH nur die Stiftungen des privaten und des öffentlichen Rechts, sowie die rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Stiftungen. Im übrigen spricht er von Stiftungstypen (vgl. EBERSBACH, Handbuch des Stiftungsrechts, S. 22 ff.).

433 EBERSBACH, Handbuch des Stiftungsrechts, S. 23; RGRK-STEFFEN, Vor § 80 Rz. 7; JAUERNIGBGB-JAUERNIG, Vor § 80 1.

434 EBERSBACH, Handbuch des Stiftungsrechts, S. 23; SEIFART-SEIFART, Handbuch des Stiftungsrechts, § 2 Rz. 1; RGRK-STEFFEN, Vor § 80 Rz. 7; STAUDINGER-RAWERT, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rz. 183; ERMAN-WESTERMANN, Vor § 80 Rz. 5; HÜBNER, AT des BGB, S. 155.

435 BVerfGE 15, 46, 66 = NJW 1963, 900; BGH WM 1975, 198; FLUME, Juristische Person, S. 132; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 182.

tigkeit etc.[436] Im Gegenteil dazu dienen die privaten Stiftungen ausschließlich privaten Zwecken.

Bezüglich des Stiftungszwecks ist es umstritten, ob unter den verschiedenen Erscheinungsformen der privatrechtlichen Stiftungen besonders die Familienstiftungen und die Unternehmensträgerstiftungen zulässig sind, d.h. ob sie genehmigungsfähig sind.

Unter Familienstiftungen versteht man Stiftungen, die dem Interesse einer bestimmten oder mehrerer bestimmter Familien dienen.[437] Nach herrschender Meinung[438] wird die rechtliche Existenz der Familienstiftungen bzw. deren Genehmigungsfähigkeit bejaht. Bei der Diskussion in der Reformkommission des 44. DJT blieb die Kritik an der Familienstiftung lediglich in der rechtspolitischen Dimension, ohne grundsätzliche Bedenken geltend zu machen.[439] Demgegenüber setzt *Reuter* sich grundsätzlich mit der Zulässigkeit einer solchen Stiftungsform auseinander. Er unterscheidet die rechtliche Existenz »bestehender« Familienstiftungen von der Frage der Genehmigungsfähigkeit »neuer« Familienstiftungen.[440] Ausgehend von dem Fideikommißverbot Nordrhein-Westfalens und der Anwendung des § 22 BGB auf die Familienstiftungen stellt *Reuter* fest, daß die Familienstiftung nicht mehr genehmigungsfähig ist, also neue Familienstiftungen nicht mehr entstehen können.[441] Er sagt dazu, daß wirtschaftliche Familienstiftungen ausnahmsweise dann genehmigungsfähig sind, wenn ein förderungswürdiger Zweck auf andere Weise nicht verwirklicht werden kann.[442] Seiner Ansicht ist zwar *de lege lata* schwer zuzustimmen, aber sie ist *de lege ferenda* ernsthaft zu berücksichtigen.[443]

Als Unternehmensstiftung oder Unternehmensträgerstiftung bezeichnet man solche Stiftungen, die mit einem wirtschaftlichen Unternehmen verbunden sind.[444] Sie sind terminologisch wiederum zu unterteilen in »unmittelbare« und »mittelbare« Unterneh-

---

436 BALLERSTEDT hat vorgeschlagen, den mißverständlichen Begriff der »öffentlichen« Stiftung, die auch als »gemeinnützige«, »gemeinwichtig«, »ideale« Stiftung bezeichnet wird, durch den Ausdruck »Stiftung des öffentlichen Wohles« zu ersetzen (vgl. BALLERSTEDT, DJT-Stiftungsrecht, S. 40).

437 Vgl. u.a. EBERSBACH, Handbuch des Stiftungsrechts, S. 29; STAUDINGER-RAWERT, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rz. 123.

438 LARENZ/ WOLF, AT, S. 247; EBERSBACH, Handbuch des Stiftungsrechts, S. 29; SEIFART-PÖLLATH, Handbuch des Stiftungsrechts, § 14 Rz. 7; SOERGEL-NEUHOFF, Vor § 80 Rz. 57 ff.; RGRK-STEFFEN, Vor § 80 Rz. 10; ERMAN-WESTERMANN, Vor § 80 Rz. 6; AlternativKomm-OTT, vor § 80 Rz. 8; PALANDT-HEINRICHS, Vorbem. 9 zu § 80.

439 Studienkommission des DJT, Vorschläge zur Reform des Stiftungsrechts, 1968, S. 46 ff.

440 MünchKomm-REUTER, Vor § 80 Rz. 18.

441 MünchKomm-REUTER, Vor § 80 Rz. 20 ff.

442 MünchKomm-REUTER, Vor § 80 Rz. 22.

443 Vgl. FLUME, Juristische Person, S. 133 Fn. 145; aber auch Karsten SCHMIDT hält die privatnützige Familienstiftung für unzulässig (Gesellschaftsrecht, S. 184).

444 U.a. SEIFART-SEIFART, Handbuch des Stiftungsrechts, § 2 Rz. 14; EBERSBACH, Handbuch des Stiftungsrechts, S. 33.

mensträgerstiftung:[445] Betreibt eine Stiftung selbst das Unternehmen wie ein Einzelkaufmann nach § 33 HGB oder ist eine Stiftung persönlich haftende Gesellschafterin einer Personengesellschaft, dann heißt sie unmittelbare Unterenehmensträgerstiftung. Hält eine Stiftung Anteile an einer ein Unternehmen betreibenden Personen- oder Kapitalgesellschaft, ist sie mittelbare Unternehmensträgerstiftung.[446] Die herrschende Meinung[447] hält die Unternehmensträgerstiftungen für zulässig, unter Berufung darauf, daß sie bis zur Grenze der Gemeinwohlgefährdung im Sinne des § 87 BGB zulässig sind, oder daß im bezug auf die Sicherheit und den Schutz des Rechtsverkehrs Regelungsdefizite im Genehmigungsverfahren ausgeglichen werden sollen. Dagegen lehnt *Reuter* unter Hinweis auf die anloge Anwendung des § 22 BGB auf die Stiftung die Genehmigungsfähigkeit der Unternehmensträgerstiftung grundsätzlich ab.[448] Die Studienkommission des 44. Deutschen Juristentages[449] und die Unternehmensrechtskommission 1980[450] hielten die Unternehmensträgerstiftung zwar für zulässig, aber sie schlugen dabei vor, mindestens für die unmittelbaren Unternehmensträgerstiftungen besondere gesetzliche Regelungen für Organisation, Publizität und Gläubigerschutz einzuführen.

ccc) Rechtsfähige und nichtrechtsfähige Stiftungen

Ebenso wie bei den Vereinen ist zwischen rechtsfähigen (selbständigen) und nichtrechtsfähigen Stiftungen (unselbständigen od. fiduziarischen) Stiftungen zu unterscheiden. Der Unterschied zwischen rechtsfähiger und nichtrechtsfähiger Stiftung liegt ausschließlich in dem Vorhandensein bzw. Fehlen einer eigenen Rechtspersönlichkeit. Da eine nichtrechtsfähige Stiftung keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, bedarf sie stets eines bereits bestehenden Stiftungsträgers, sei es eine natürliche oder eine juristische Person, um rechtswirksam handeln zu können. Man bezeichnet sie daher als unselbständige Stiftung. Unter der unselbständigen Stiftung versteht man die Übertragung bestimmter Vermögenswerte an eine bestehende natürliche oder juristische Person mit der Maßgabe, diese Werte als ein von dem übrigen Vermögen des Empfängers wirtschaftlich getrenntes Sondervermögen zu verwalten und für einen bestimmten Zweck zu

---

445 Diese Unterscheidung kam besonders bei der Unternehmensrechtskommission vor. Siehe Unternehmensrechtskommission der Bundesregierung, Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, 1980, Rz. 933 ff.; dazu MünchKomm-REUTER, Vor § 80 Rz. 24.

446 RAWERT nennt als Oberbegriff beider Stiftungsarten »unternehmensverbundene Stiftungen«. Unter ihnen nennt er weitgehend die »unmittelbare« Stiftung als »eigentliche Unternehmensträgerstiftung« und die »mittelbare« Stiftung als »Beteiligungsträgerstiftung« (vgl. STAUDINGER-RAWERT, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rz. 84).

447 SOERGEL-NEUHOFF, Vorbem. zu § 80 Rz. 65 ff.; ERMAN-WESTERMANN, Vor § 80 Rz. 8; RGRK-STEFFEN, Vor § 80 Rz. 11; AlternativKomm-OTT, Vor § 80 Rz. 8.

448 MünchKomm-REUTER, Vor § 80 Rz. 24 ff.; ders., DWiR 1991, S. 192, 196 ff.; Ihm folgend neuerdings STAUDINGER-RAWERT, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rz. 94.

449 Studienkommission des DJT, Vorschläge zur Reform des Stiftungsrechts, 1968, S. 42 ff.

450 Unternehmensrechtskommission der Bundesregierung, Bericht über die Verhandlung der Unternehmensrechtskommission, 1980, TZ. 933a-944.

verwenden.[451] Bei der unselbständigen Stiftung sieht man das Stiftungsgeschäft unter Lebenden als Treuhandgeschäft[452] oder Auflagenschenkung[453]. Das Stiftungsgeschäft von Todes wegen wird als Erbeinsetzung bzw. Vermächtnisanordnung qualifiziert.

Festzuhalten ist, daß auch die unselbständige Stiftung eine Stiftung im Rechtssinne ist.[454] Von der unselbständigen Stiftung zu unterscheiden ist das Sammelvermögen, welches zur Erfüllung eines vorübergehenden Zwecks aus Beiträgen einer Vielzahl von Personen gebildet wird. Der wesentliche Unterschied zur unselbständigen Stiftung wird darin gesehen, daß es sich dort um eine dauerhafte, beim Sammelvermögen hingegen nur um eine vorübergehende Zwecksetzung handelt. Dem Sammelvermögen fehlt es damit das für den Stiftungsbegriff konstitutive Merkmal der Dauerhaftigkeit der Stiftungszweck.[455] Das Sammelvermögen ist also nicht als Stiftung im Rechtssinne qualifiziert. Es ist lediglich ein stiftungsähnliches Gebilde.[456]

Der Unterschied zwischen rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen (unselbständigen) Stiftungen ist, abgesehen von ihren unterschiedlichen Stellungen im Rechtsverkehr, nach herrschender Meinung deshalb bedeutsam, weil die in §§ 80 ff. BGB für die rechtsfähigen Stiftungen gegebenen Vorschriften auf nichtrechtsfähige Stiftungen nicht anwendbar sind.[457] Auch das RG lehnte eine Anwendung von § 87 BGB auf die unselbständige Stiftung ab, wobei es davon ausging, daß die unselbständige Stiftung ihrem rechtlichen Wesen nach grundverschieden von der selbständigen Stiftung sei.[458] Die Rechtsbeziehungen der Beteiligten bei der nichtrechtsfähigen Stiftung unterstehen nicht dem Personenrecht, sondern dem Schuldrecht oder dem Erbrecht. Der Frage, ob §§ 80 ff. BGB auf nichtrechtsfähige Stiftungen anwendbar ist, kommt besonders im Zusammenhang mit der Frage eine große Bedeutung zu, ob § 31 BGB auf nichtrechtsfähige Stiftungen anzuwenden ist. Die Anwendung des § 31 BGB auf nichtrechtsfähige Stiftungen wird sowohl in der Rechtsprechung[459] als auch in der Literatur[460] abgelehnt.

---

451 Vgl. LARENZ/ WOLF, AT, S. 247.

452 PALANDT-HEINRICHS, Vorbem. v. § 80 Rz. 6; RGRK-STEFFEN, Vor § 80 Rz. 5; AlternativKomm-OTT, Vor § 80 Rz. 16; SOERGEL-NEUHOFF, Vorbem. § 80 Rz. 23.

453 MünchKomm-REUTER, Vor § 80 Rz. 41 ff.

454 SEIFART-HOF, Handbuch des Stiftungsrechts, § 36 Rz. 3.

455 PALANDT-HEINRICHS, Vorbem. v. § 80 Rz. 7; STAUDINGER-RAWERT, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rz. 175; SEIFART-SEIFART, § 10 Rz. 13; ERMAN-WESTERMANN, § 80 Vorbem. Rz. 4; MEDICUS, AT des BGB, Rz. 1161.

456 RGRK-STEFFEN, Vor § 80 Rz. 6.; Aber NEUHOFF sieht das Sammelvermögen als eine Sonderform fiduziarischer Stiftung an (SOERGEL-NEUHOFF , Vor § 80 Rz 35).

457 PALANDT-HEINRICHS, Vorbem. v. § 80 Rz. 6; RGRK-STEFFEN, Vor § 80 Rz 5; EBERSBACH, Handbuch des Stiftungsrechts, S. 175; aber dagegen SOERGEL-NEUHOFF, Vor § 80 Rz. 23.

458 RGZ 105, 305, 307.

459 LG Berlin WM 1969, 106.

460 EBERSBACH, Handbuch des Stiftungsrechts, S. 175; STAUDINGER-RAWERT, Vorbem. zu §§ 80 ff. Rz. 167; MünchKomm-REUTER, Vor § 80 Rz. 44; SEIFART-HOF, Handbuch des Stiftungsrechts, § 36 Rz. 114.

b) Korea

aa) Allgemeines

Da das koreanische BGB den Begriff der Stiftung auch nicht definiert, muß man für die Definition der Stiftung auf die Wissenschaft zurückgreifen. Die von der koreanischen Wissenschaft erstellte Definition über die Stiftung ist nicht anders als die der deutschen. Unter der Stiftung versteht man eine Vermögensmasse, die zur Verwirklichung eines Zwecks, der von dem Stifter bestimmt wird, mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist. Dabei beschränkt sich der Stiftungszweck auf den nichtwirtschaftlichen Zweck: Das koreanische BGB läßt lediglich solche Stiftungen zu, deren Zwecke auf eine wissenschaftliche, religiöse, wohltätige, künstlerische, gesellschaftliche oder sonstige nichtwirtschaftliche Aufgabe gerichtet sind (§ 32 KBGB). Besonders die gemeinnützige Stiftung unterliegt dem »Gesetz über die Entstehung und Verwaltung für gemeinnützige juristische Person« als *lex specialis*.

Da das KBGB eine sog. wirtschaftliche Stiftung nicht in Betracht zieht, ist beispielsweise eine Familienstiftung oder Unternehmensträgerstiftung in Korea genehmigungsunfähig.

bb) Rechtsstellung der nichtrechtsfähigen Stiftung

Zur Entstehung einer Stiftung sind in formeller Hinsicht die Genehmigung der zuständigen Behörde und die Eintragung ins Stiftungsregister erforderlich. Somit liegt eine nichtrechtsfähige Stiftung dann vor, wenn sie von der Behörde nicht genehmigt wurde oder wenn sie noch in Eintragung begriffen ist. Die Stellung einer nichtrechtsfähigen Stiftung steht im koreanischen Recht nicht um vieles einer rechtsfähigen Stiftung nach.

Wie bei dem nichtrechtsfähigen Verein gesehen, hat eine nichtrechtsfähige Stiftung volle Parteifähigkeit, wenn sie über einen Sachwalter verfügt (§ 48 KZPG). Somit zeigt sich kein Unterschied zwischen der rechtsfähigen und der nichtrechtsfähigen Stiftung im Zivilprozeß bzw. Zwangvollstreckungsverfahren. Eine nichtrechtsfähige Stiftung hat auch Grundbuchfähigkeit (§ 30 KGBG). Demgemäß kann eine nichtrechtsfähige Stiftung im Liegenschaftsrecht selbständigen Alleinbesitz begründen. Sie kann auch nach herrschender Meinung selbst ein Besitzer im Fahrnisrechts werden.[461] Aus Rechtsgeschäft, das der Sachwalter im Namen der Stiftung abschließt, haftet nach herrschender Meinung die nichtrechtsfähige Stiftung selbst.[462] Dabei ist die Haftung in der Regel auf das Stiftungsvermögen beschränkt. Die akzessorische Haftung des Sachwalters ist jedoch nach herrschender Meinung nicht ausgeschlossen.[463]

Im Gegensatz zum deutschen Recht sind die für die rechtsfähige Stiftung geregelten Vorschriften nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich auf die nichtrechtsfähige Stiftung

---

461 Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 275; Young-June LEE, AT des BGB, S. 855; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 311; Kyung-Hak CHANG, AT des BGB, S. 301; Aber eine abweichende Meinung vertritt Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 221. Nach ihm geht das Fahrnisrecht auf den Verwalter der Stiftung fiduziarisch über.

462 Young-June LEE, AT des BGB, S. 855; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 311; Kyung-Hak CHANG, AT des BGB, S. 301; JU & KIM Komm-SEO, Vor § 31 KBGB S. 356.

463 Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 311; Kyung-Hak CHANG, AT des BGB, S. 301; JU & KIMKomm-SEO, vor § 31 KBGB S. 356.

anwendbar, soweit der Mangel der Rechtsfähigkeit dem nicht entgegensteht.[464] Ferner sei eine vom Sachwalter begangene unerlaubte Handlung der nichtrechtsfähigen Stiftung zuzurechnen (vgl. § 35 KBGB).[465]

IV. Zusammenfassung der wichtigen Unterschiede

Folgende wichtige Unterschiede ergeben sich aus dem Vergleich des deutschen mit dem koreanischen Recht:

(1) § 89 BGB schreibt ausdrücklich vor, § 31 BGB auf die juristischen Personen des öffentlichen Rechts anzuwenden. Da das KBGB im Vergleich dazu eine solche Verweisungsvorschrift wie § 89 BGB nicht enthält, stellt sich in Korea die Frage, ob § 35 KBGB auch auf die juristischen Personen des öffentlichen Rechts anwendbar ist. Nach herrschender Meinung unterliegen diese juristischen Personen dem koreanischen Staatshaftungsgesetz. Aber unter Berücksichtigung der Vorschriftenzusammenhänge zwischen § 2 und § 8 KStHG komme ich zu dem Ergebnis, daß die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, ausgenommen Staat und öffentlicher Gebietskörperschaft, haftungsrechtlich auch dem § 35 KBGB unterliegen.

(2) Das deutsche und koreanische BGB enthalten als Arten der juristischen Personen nur Verein und Stiftung, sie kennen keine Mischform von beiden. Wissenschaftlich eignet sich das koreanische Schrifttum die Unterscheidung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften an, die eigentlich auf deutsche gesellschaftsrechtliche Systematik zurückzuführen ist. Aber anders als das deutsche Recht billigt das koreanische HGB den Personengesellschaften (OHG und KG) eine eigene Rechtspersönlichkeit zu (§§ 170, 171 KHGB); die Personengesellschaften sind juristische Personen im koreanischen Recht. In Hinblick auf die Rechtspersönlichkeit der Personengesellschaften hat das koreanische HGB gesetzgeberisch eine ähnliche Stellung wie das französische und das japanische Handelsgesetzbuch bezogen, wonach die Personengesellschaften als juristische Person angesehen werden. Was die Umwandlung einer Gesellschaft angeht, hält das koreanische Recht jedoch noch an der Idee einer strikten Unterscheidung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften fest: Formwechsel ist nur wechselseitig zwischen OHG und KG (§ 242, § 286 KHGB) bzw. zwischen AG und GmbH (§ 604, § 607 KHGB) erlaubt. Demgegenüber wird nach dem neuen Umwandlungsgesetz von 1994 in Deutschland ein umfangreicher Formwechsel zwischen Kapitalgesellschaften (juristischen Personen) und Personengesellschaften zugelassen (§§ 191, 214, 226 UmwG).

(3) Das deutsche und koreanische BGB unterscheiden zwischen nichtwirtschaftlichem Verein und wirtschaftlichem Verein. Diese Unterscheidung hängt

464 Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 275; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 311; Kyung-Hak CHANG, AT des BGB, S. 301; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 233; JU & KIM Komm-SEO., Vor § 31 KBGB, S. 356; GWAKKomm-LEE, vor § 31 KBGB, S. 543.

465 Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 312; JU & KIMKomm-SEO, vor § 31 KBGB, S. 356; Kyung-Hak CHANG, AT des BGB, S. 301.

unmittelbar mit der Erlangung der Rechtsfähigkeit zusammen. Bei den Arten der Stiftung im koreanischen Recht handelt es sich nur um nichtwirtschaftliche Stiftungen, anders als in Deutschland, wo zur Zeit noch besonders über die Zulassung der Familienstiftung und der Unternehmensträgerstiftung diskutiert wird.

(4) Während das deutsche BGB bei dem nichtrechtsfähigen Verein auf das Recht der Gesellschaft verweist, erwähnt das koreanische BGB nur im Buch des Sachenrechts die Rechtsstellung des nichtrechtsfähigen Vereins als Eigentümer. Jedoch zeigt sich sowohl in der deutschen als auch in der koreanischen Wissenschaft bzw. Rechtsprechung ein starker Hang dazu, zu versuchen, die Rechtsstellung eines nichtrechtsfähigen Verein an die eines rechtsfähigen Vereins anzugleichen. Dennoch wird der nichtrechtsfähige Verein nach deutschem und koreanischem positiven Recht unterschiedlich mit Teilrechtsfähigkeit ausgestattet. Dafür sollen hier die aktive Parteifähigkeit und die Grundbuchfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins angeführt werden.[466] Diese beiden Fähigkeiten erkennt das koreanische Recht dem nichtrechtsfähigen Vereins ausdrücklich zu. Dahingegen ist es wegen fehlender Vorschriften in Deutschland noch umstritten, ob diese Fähigkeiten einem nichtrechtsfähigen Verein zuerkannt werden.
Im Rahmen der Haftungsprobleme eines nichtrechtsfähigen Vereins fällt die Unterschiedlichkeit der Haftung des im Namen eines nichtrechtsfähigen Vereins Handelnden im deutschen und koreanischen Recht ins Auge. Während dieser Handelnde in Deutschland unter dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes persönlich haftet (§ 54. S. 2 BGB), haftet er nach herrschender Auffassung in Korea, wo sich keine solche Vorschrift findet, nicht persönlich. In bezug auf Teilrechtsfähigkeit und Haftungsstatus scheint es auf den ersten Blick, daß sich die Rechtsstellung eines nichtrechtsfähigen Vereins nach koreanischem Recht mehr der eines rechtsfähigen Vereins angleicht, als es nach deutschem Recht der Fall ist. Aber diese Folgerung ist voreilig, wenn man an die Entstehung eines Vereins mittels staatlicher Mitwirkung denkt: Während das deutsche BGB in der Regel bei der Entstehung eines Vereins nur Eintragung ins Vereinsregister erwartet, verlangt das koreanische BGB darüber hinaus eine behördliche Genehmigung. Insofern ist die Erlangung der Rechtsfähigkeit für einen Verein in Deutschland viel einfacher als in Korea, d.h. die Publizitätsmöglichkeit für einen Verein ist in Deutschland viel größer als in Korea. In dieser Hinsicht ist die in Deutschland der h.M. entgegenstehende Auffassung[467] nachvollziehbar, daß der »nicht« »eingetragene« Verein, der also freiwillig auf die Publizität verzichtet, mehr Nachteile – z.B. Verneinung der

466 Karsten SCHMIDT bezeichnet die aktive Parteifähigkeit und die Grundbuchfähigkeit des nichtrechtsfähigen Verein als den Prüfstein der Rechtssubjektivität des nichtrechtsfähigen Vereins. Siehe Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 52.

467 FLUME, ZHR 148 (1984) S. 503, 510, 512; Karsten SCHMIDT, u.a. NJW 1984, S. 2249, 2250 ff. In bezug auf die Publizität ruft diese Auffassung noch einmal SAVIGNYS Konzept in Erinnerung: Da es den Verbänden und Stiftungen an die »natürliche Beglaubigung« bei dem Menschen fehlt, ist die Evidenz ihrer Rechtssubjektivität durch die Registrierung oder Verleihung zu ersetzen (vgl. SAVIGNY, System II, S. 278). Aus dieser Sichtweise stellt Karsten SCHMIDT fest, erst die Publizität des *Subjekts* gewährleiste somit eine sichere Zuordnung von Rechtsverhältnissen und die notwendige Publizität der Rechts*objekte* (Karsten SCHMIDT, NJW 1984, S. 2249).

Grundbuchfähigkeit und der aktiven Parteifähigkeit – als der eingetragenen Vereine in Kauf nehmen muß. Im Vergleich dazu liegt in Korea die Publizitätsmöglichkeit eines Vereins nicht in seiner Macht sondern in der Hand der Behörde. Deshalb könnte es aus der Sicht der gesamten Rechtsordnungen gerechter sein, daß die Sondergesetze (wie z.B. § 48 KZPG, § 30 KGBG) dem nach KBGB »nicht rechtsfähigen« Verein ergänzend umfangreiche Teilrechtsfähigkeit verleihen.

Zweiter Teil

Die Verselbständigung der juristischen Person

§ 3 Entstehung, Existenz und Beendigung der juristischen Person

I. Gründungsvorgang der juristischen Person

1. Überblick über Entstehung der juristischen Person

Die Entstehung der juristischen Person im Privatrecht vollzieht sich in zwei Schritten:[468] Der erste Schritt ist die Gründung, der zweite ist die Erlangung der Rechtsfähigkeit.

Unter den körperschaftlichen juristischen Personen entstehen im deutschen Recht der nichtwirtschaftliche Verein und die juristischen Personen des Handelsrechts kraft des privatautonomen Gründungsgeschäfts und der Eintragung ins Vereins- bzw. Handelsregister (§ 21 BGB; § 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 GmbHG; § 41 Abs. 1, § 1 Abs. 1 Satz 1 AktG; §§ 13, 17 Abs. 1 GenG); der wirtschaftliche Verein entsteht durch Gründungsgeschäft und staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit (§ 22 BGB). Während im koreanischen Recht die juristischen Personen des Handelsrechts wie im deutschen Recht zur Entstehung Gründungsakt und Eintragung ins Handelsregister benötigen (§ 172 KHGB), entsteht ein nichtwirtschaftlicher Verein durch Gründungsgeschäft und eine behördliche Genehmigung (§ 32 KBGB). Bezüglich der Entstehung des wirtschaftlichen Vereins wird im KBGB auf die Regeln der Handelsgesellschaft verwiesen (§ 39 KBGB). Demnach entsteht auch er kraft Gründungsakt und Eintragung ins Handelsregister.

Zur Entstehung einer privatrechtlichen Stiftung sind das Stiftungsgeschäft und die staatliche Genehmigung erforderlich (§ 80 BGB). Nach dem koreanischen Recht ist zudem die Eintragung ins Stiftungsregister nötig (§ 32, 47 KBGB).

2. Körperschaftliche juristische Person

Über die Gründung eines Vereins enthält das BGB keine Vorschriften. Sie ist jedoch aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Verfassung eines Vereins abzuleiten.[469] Demgegenüber sind die Vorschriften über die Gründung im KBGB in den §§ 40 ff. KBGB verankert. Allerdings regeln diese Vorschriften nicht den Inhalt des Gründungsvorgangs, sondern überwiegend den Inhalt der Satzung und Gegenstand der Eintragung. Aus §§ 40 ff. KBGB ergeben sich jedoch die Voraussetzungen zur Gründung eines Vereins. Die deutschen Spezialgesetze und das koreanisches HGB enthalten für die

---

468 RITTNER ging in seinem Werk, »Die werdende juristische Person«, S. 17 ff., auf die Entstehung der juristischen Person ein und stellte die Entstehungsweise *uno actu* und die Entstehungsweise durch Prozeß nebeneinander. Da sich keine Rechtsprobleme des Werdens der juristischen Person im Fall der Entstehung *uno actu* erheben, wird in vorliegender Arbeit zum größten Teil dem typischen Werdegang einer juristischen Person (mit RITTNER die Entstehungsweise durch Prozeß) nachgegangen.

469 LARENZ/ WOLF, AT, S. 189.

körperschaftlichen Handelsgesellschaften Vorschriften über die Gründung, wobei sich ein Teil dieser Vorschriften allerdings auf die Erlangung der Rechtsfähigkeit bezieht.[470]

Abgesehen von dem Fall der Einmanngründung, zerfällt der Entstehungsprozeß einer körperschaftlichen juristischen Person nach heutigem Verständnis in drei Abschnitte: das Vorgründungsstadium, das Gründungsstadium und das Stadium zur Vollendung der juristischen Person durch Erlangung der Rechtsfähigkeit.

a) Vorgründungsgesellschaft

Im Regelfall vereinbaren die an der Gründung einer juristischen Person Interessierten (Gründer) zunächst die Errichtung eines Verbandes, nämlich eines e.V., einer AG, GmbH oder Genossenschaft, gemeinsam vorzubereiten und zu fördern. Diese Absprache unter den Gründern ist ein rein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft.[471] Dieses Gründungskonsortium, an dem die Gründer teilnehmen, ist die Vorgründungsgesellschaft. Die durch Verpflichtungsgeschäft entstandene Vorgründungsgesellschaft wird als eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts betrachtet.[472] Im Einzelfall kann die Vorgründungsgesellschaft auch eine OHG sein, wenn sie bereits ein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB betreibt.[473] Aber dieser Fall kann in Korea nicht auftreten, weil auch die OHG nach § 171 KHGB eine juristische Person des Handelsrechts ist, die zur Vollendung ihrer Entstehung der Eintragung ins Handelsregister bedarf (§ 172 KHGB). Damit stellt die Vorgründungsgesellschaft in Korea in jedem Fall eine BGB-Gesellschaft dar. Der Unterscheidung zwischen OHG und BGB-Gesellschaft betreffs der Vorgründungsgesellschaft im koreanischen Recht kommt entscheidende Bedeutung zu. Bei der OHG steht nicht die persönliche Haftung der Gesellschafter, sondern die Haftung der Gesellschaft im Vordergrund und dadurch besteht die unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter nur subsidiär (vgl. § 212 As. 1 KHGB[474]), weil die OHG im KHGB als juristische Person anerkannt ist und sie deshalb gegenüber ihren Gesellschaftern eine verselbständigte Rechtspositon hat.

Bei dem Verpflichtungsgeschäft zur Errichtung eines Verbandes in diesem Vorgründungsstadium handelt es sich auf der einen Seite um einen schuldrechtlichen Gesellschaftsvertrag (§§ 705 ff. BGB; §§ 703 ff. KBGB) und auf der anderen Seite lediglich

---

470 Im deutschen Recht für die AG: §§ 23–53 AktG; für die GmbH: §§ 1–11 GmbHG; für die eG: §§ 1-16 GenG.
Im koreanischen Recht für die AG: §§ 288–328 KHGB; für die GmbH: §§ 543–552 KHGB; für die OHG: §§ 178–194 KHGB; für die KG: § 269 KHGB.

471 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 298.

472 [Deutschland] BGH NJW 1984, 2164; 1985, 1828. Statt vieler, REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 51.; KölnKomm-KRAFT, § 41 AktG Rz. 14.
[Korea] Statt vieler, Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 240; Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 98.

473 Vgl. BGH NJW 1983, 2822.

474 § 212 Abs. 1 KHGB lautet: [Haftung der Gesellschafter] (1) Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner persönlich, soweit das Vermögen der Gesellschaft nicht ausreicht, um die Verbindlichkeiten der Gesellschaft voll zu erfüllen.

um einen Gründungsvorvertrag[475], durch welchen sich die Vertragsschließenden nur erst wechselseitig dazu verpflichten, zur Gründung eines Vereins zusammenzuwirken. Für die Haftungsprobleme der Vorgründungsgesellschaft gelten regelmäßig die allgemeinen Grundsätze der BGB-Gesellschaft, ggf. der Personengesellschaften: Für die Geschäfte der Vorgründungsgesellschaft haften die Gründer unbeschränkt persönlich (§§ 714 ff. BGB; §§ 712 ff. KBGB); wenn eine OHG vorliegt, haften die Gesellschafter nach § 128 HGB für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner unbeschränkt persönlich. Die der Organhaftung zugrundeliegenden Vorschriften (§ 31 BGB; § 35 KBGB) und die dem für den Verein Handelnden eine verschärfte Haftung auferlegende Vorschrift (nur im BGB § 54 Satz 2) finden auf die Vorgründungsgesellschaft keine Anwendung.[476] In der koreanischen Literatur wird gelegentlich die Ansicht vertreten, die Vorgründungsgesellschaft sei als Gesellschaft bürgerlichen Rechts einzuordnen, sie hafte aber als BGB-Gesellschaft für die Geschäfte nur mit dem Gesellschaftsvermögen.[477] Aber diese Auffassung ist weder gesetzlich fundiert, noch ist sie logisch konsequent. Die einzelnen Beteiligten der Vorgründungsgesellschaft müssen, ebenso wie im Falle der BGB-Gesellschaft, mit ihrem privaten Vermögen haften.

Die Vorgründungsgesellschaft wird aufgelöst, wenn der vereinbarte Zweck der Errichtung einer körperschaftlichen juristischen Person durch Feststellung der Satzung bzw. Abschluß des Gesellschaftsvertrages erfüllt ist oder wenn diese Zweckerfüllung unmöglich wird (§ 726 BGB; keine einschlägige Vorschrift im KBGB). Durch Feststellung der Satzung (bzw. Abschluß des Gesellschaftsvertrages) entsteht ein Gründungsverband, der von der Vorgründungsgesellschaft scharf zu unterscheiden ist, nämlich ein Vorverein, eine Vorgesellschaft oder eine Vorgenossenschaft. Da zwischen der Vorgründungsgesellschaft und der Vorgesellschaft (dem Vorverein) keine Kontinuität besteht,[478] gehen die Rechte und Verbindlichkeiten nicht automatisch von der Vorgründungsgesellschaft mit der Errichtung des Gesellschaftsvertrages (bzw. Satzungsfeststellung) auf die Vorgesellschaft (den Vorverein) über. Jedoch ist das Vermögen der Vorgründungsgesellschaft in der Regel auf diesen Gründungsverband zu übertragen; andernfalls findet eine Auseinandersetzung statt (§§ 730 ff. BGB; §§ 721 ff. KBGB).

b) Der Verband im Gründungsstadium

aa) Gründungsgeschäft

aaa) Satzungsaufstellung und Körperschaftsverfassung

Die Gründung einer körperschaftlichen juristischen Person beginnt mit gegenseitigen Erklärungen der gründungswilligen Mitglieder. *Otto v. Gierke* hat diesen Gründungsakt als einen sozialrechtlichen Konstitutivakt oder einen Gesamtakt bezeichnet, der nicht

---

475 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 299; Zu dem Gründungsvorvertrag: siehe FLUME, Festschrift für Ernst GESSLER, S. 3, 17 ff.

476 Vgl. BGH NJW 1966, 1807, 1808; 1984, 2164.

477 Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 240.

478 BGHZ 91, 148, 151, dabei geht es um das Verhältnis zwischen Vorgründungsgesellschaft und Vor-GmbH.

unter den Begriff des Rechtsgeschäfts fällt.[479] Seiner Lehre schließt sich heute noch die herrschende Meinung in Korea an.[480] Aber seine sozialrechtliche Betrachtungsweise gegenüber dem Vereinsrecht ist im Hinblick darauf abzulehnen, daß auch das Vereinsrecht heutzutage dem allgemeinen Grundsatz der Privatautonomie unterliegt.[481] Die Einigung der Gründer läßt sich ohne weiters unter den Vertragsbegriff subsumieren, wenn man nicht ausschließlich an der Konstruktion vom Synallagma festhält. Hierbei handelt es sich um ein mehrseitiges Rechtsgeschäft, bei dem die Willenserklärungen nicht auf Leistungsaustausch, sondern auf das Erreichen eines gemeinsamen Zieles gerichtet sind.[482] In diesem Sinne verliert die Einigung der Gründer nicht den Charakter eines Vertrages. Somit kann man diese Einigung als Gründungsvertrag bezeichnen, der als ein schuldrechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist. Das deutsche Recht deutet diesen Punkt an, indem vom »Gesellschaftsvertrag« gesprochen wird (vgl. § 2 GmbHG, § 2 AktG und § 109 HGB). Es ist jedoch nicht ganz auszuschließen, daß dieser Gründungsvertrag auch zum gewissen Grad einen korporationsrechtlichen Charakter, also nach *Gierke* den Charakter eines Konstitutivakts hat. Als Beispiel dafür sei anzuführen, daß die in der Person eines Gründers liegenden Mängel – z.B. Geschäftsunfähigkeit oder Willensmängel – die Wirksamkeit des Gründungsvertrages nicht berühren, weil die Organisation gerade unabhängig von den jeweiligen Mitgliedern bestehen soll. Insgesamt kann der Gründungsvertrag somit nach richtiger Auffassung als ein körperschaftlicher Vertrag[483] oder ein verbandskonstituierender Organisationsvertrag[484] bezeichnet werden.

Die Rechtsnatur der Gesellschaftsverträge bzw. Satzungen ist ebenso wie die Rechtsnatur des Gründungsgeschäfts sowohl in Deutschland als auch in Korea umstritten. Im wesentlichen gibt es drei Auffassungen: Nach der Normentheorie schaffen die Gründer kraft staatlicher Delegation mit der Feststellung der Satzung objektives Recht.[485] Dagegen betrachtet die Vertragstheorie die Satzung nur als eine Variante des Vertrags.[486] Die sog. modifizierte Normentheorie geht einen Mittelweg: Sie sieht in der

---

479 GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 484 ff.; ders., Genossenschaftstheorie, S. 133. Heute auch beispielsweise LARENZ, AT, S. 149.

480 Yoon-Jik GWAK, AT des BGB S. 239 ff.; Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 179 ff.; Yong-Han KIM, AT des BGB, S. 163 f.; Kiuon TSCHE, Gesellschaftsrecht, S. 99; Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 91.

481 Vgl. STAUDINGER-WEICK, Vor §§ 21 ff. Rz. 23 ff. besonders Rz. 35 ff.

482 Vgl. HÜBNER, AT des BGB, S. 122.

483 KölnKomm-KRAFT, § 23 AktG Rz. 16.

484 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 81. Manfred WOLF spricht diesbezüglich von einem sozialrechtlichen Organisationsvertrag (LARENZ/ WOLF, AT, S. 190). Seinem Ausdruck ist aber nicht ganz zuzustimmen, weil jedenfalls betreffs des Gründungsvertrag nicht das Sozialrecht sondern das Schuldrecht im Mittelpunkt steht.

485 [Deutschland] vgl. grundlegend OTTO V. GIERKE, Deutsches Privatrecht I, S. 142 ff.; MünchKomm-REUTER, § 25 Rz. 10.
[Korea] LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 83. KIUON TSCHE, Gesellschaftsrecht, S. 222.

486 [Deutschland] FLUME, Juristische Person, S. 315 ff.; SOERGEL-HADDING, § 25 Rz. 17; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 159 ff.; NITSCHKE, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, S. 163 ff.; bei der Aktiengesellschaft KölnKomm-KRAFT,

Aufstellung der Satzung unter Anwendung der Vertragstheorie einen Vertrag der Gründer. Die hierdurch aufgestellte Satzung dagegen behandelt sie mit der Normentheorie wie objektives Recht. Die modifizierte Normentheorie entnimmt demzufolge dem Vertragsrecht die Grenzen der Gestaltungsfreiheit, im übrigen behandelt sie die Satzung, was die Auslegung, die Teilnichtigkeit und die Revisibilität angeht, wie Gesetzesrecht.[487] Während in Deutschland die Normentheorie heute nur gelegentlich vertreten wird, vielmehr in der Literatur die Vertragstheorie eindeutig überwiegt und die Praxis deutlich zu der sog. modifizierten Normentheorie tendiert[488], dominiert in Korea noch die Normentheorie. Diese wird im Zusammenhang mit der Rechtsnatur obigen Gründungsgeschäfts oder -akts damit gerechtfertigt, daß den Satzungen sowohl die Gründer und die Organe als auch diejenige unterliegen, die in Zukunft dem Verband beitreten.[489] Aber diese Begründung scheint mir nicht überzeugend. In der Satzung geht es bei der Aufnahme der unbestimmten künftigen Mitglieder (Gesellschafter) nicht um die Rechtsnorm, die wie ein Gesetz kraft staatlicher Autorität gilt, sonder nur um den freiwilligen Beitritt künftiger Mitglieder, die damit einverstanden sind, auf die Bindung der bereits vorhandenen Satzung einzugehen. Die Gründer haben, wie *Flume*[490] zu Recht angemerkt hat, für die Konstituierung der Satzung ebensowenig wie die Mitglieder des Vereins für die Änderung der Satzung Rechtsetzungshoheit wie der Gesetzgeber. Der BGH[491] hat die Satzung richtigerweise als »einen von den Gründern geschlossenen Vertrag« bezeichnet. Aber er ist zu weit gegangen, indem er in derselben Entscheidung folgendes gesagt hat: »Mit der Entstehung des Vereins löst sie (hier die Satzung) sich aber völlig von deren Person. Sie erlangt ein unabhängiges rechtliches Eigenleben.« *Karsten Schmidt*[492] hat zur Stützung der modifizierten Normentheorie dieses Zitat herangezogen. Angenommen, daß dieser Ausdruck nicht die Satzungserrichtung sondern einen Rechtszustand der aufgestellten Satzung betont, wie *Karsten Schmidt* meint,[493] verbirgt sich doch dahinter m. E. eine irreführende Vermischung: Soweit es sich um die Rechtsnatur der Satzung handelt, ist sie ein rechtsgeschäftlicher Vertrag. Auf einer ganz anderen Ebene muß die Frage gestellt werden, worauf diese Satzung abzielt und welche Rechtsfolge sich aus dieser Satzung ergibt. Die Antwort auf die erste Frage ist: auf die Verfassung eines körperschaftlichen Gebildes, das die Gründer erstreben (vgl. § 25 BGB). Dieses Gebilde bleibt bis zur Erlangung der Rechtsfähigkeit je nach Willen der Gründer als ein Vorverein, eine Vorgesellschaft oder auf Dauer ein nichtrechtsfähiger Verein. Die Antwort auf die zweite Frage ist: die Entstehung eines Rechtsträgers. »Mit der Entstehung des Vereins« hat bereits das RG[494] zu Recht nicht nur einen rechtsfähi-

---

§ 2 AktG Rz. 6; bei der GmbH SCHOLZ-EMMERICH, § 2 GmbHG Rz. 5.
[Korea] Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 100.

487 [Deutschland] RGZ 165, 140, 143; BGHZ 21, 370, 373 ff.; 47, 172, 179 f.; 96, 245 ff.; RGRK-STEFFEN, § 25 Rz. 5; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 82 f.
[Korea] Ki-Su LEE, Gesellschaftsrecht, S. 58.

488 Vgl. RGZ 165, 140, 143; BGHZ 21, 370, 373 ff.; 47, 172, 179 f.; 96, 245 ff.

489 Beispielsweise LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 83.

490 FLUME, Juristische Person, S. 318.

491 BGHZ 47, 172, 179.

492 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 80.

493 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 80.

494 RGZ 165, 140, 143.

gen Verein sondern auch einen nichtrechtsfähigen Verein gemeint. Durch Erstellung einer auf die Verfassung einer körperschaftlichen juristischen Person gerichteten Satzung entsteht also ein Rechtsträger, der bis zur Erlangung der Rechtsfähigkeit keine juristische Person ist, aber schon ein von seinen Gründern unabhängiges Rechtsgebilde ist, d.h. Vorverein, Vorgesellschaft oder Vorgenossenschaft. Dieses Phänomen der Entwicklung eines Vorvereins (Vorgesellschaft) ist in der modifizierten Normentheorie mit der Nachwirkung der aufgestellten Satzung vertauscht worden. Nicht die Satzung löst sich von der Person der Gründer, sondern ein mit der Satzung durch Verfassung entstandener Rechtsträger, nämlich Vorverein, Vorgesellschaft und Vorgenossenschaft. Die Satzung ist nur noch der Gegenstand des Gründungsgeschäfts, für den der Grundsatz der Privatautonomie gilt.[495] Aber die Satzung muß zugleich auf der Basis des Systems der Normativbestimmungen[496] aufgestellt werden.

Die Satzungsaufstellung und die Verfassung eines Vereins (i.w. Sinne) sind nicht einfach inhaltsgleich. Die Verfassung eines Vereins bedeutet mit der Formulierung des BGH die »das Vereinsleben bestimmenden Grundentscheidungen«[497]. Sie ist der Inbegriff der Regeln, welche Name, Zweck, Tätigkeit, Mittel und Sitz des Verbandes, die Voraussetzungen und Folgen der Mitgliedschaft, die Zusammensetzung, Bestellung und Wirkungskreis der Organe bestimmen. Die Satzung bildet zusammen mit teils zwingenden, teils ergänzenden gesetzlichen Normen die Grundlage der Vereinsverfassung (§ 25 BGB; keine entsprechende Vorschrift im KBGB). Die Vereinsverfassung ist daher der Teil der Vereinssatzung, der von den Gründern des Vereins oder – nach der Entstehung des Vereins – durch Willensbildung der zuständigen Vereinsorgane auf dem Wege der Satzungsänderung geschaffen wird.[498] Zum Inhalt der Vereinssatzung erfordern § 57 und § 58 BGB Muß- und Soll-Bestimmungen: Zweck, Name und Sitz des Vereins und der Hinweis, daß der Verein einzutragen ist, müssen in der Satzung enthalten sein. Wenn nicht, ist die Eintragung zu verweigern. Bestimmungen über den Ein- und Austritt der Mitglieder, die Beiträge, die Bildung des Vorstandes und die Voraussetzungen der Berufung der Mitgliederversammlung gehören zu den Soll-Bestimmungen. Falls eine von diesen Bestimmungen fehlt, wird die Anmeldung zurückgewiesen (§ 60 BGB). Wird dennoch eingetragen, bleibt bei Fehlen einer Soll-Bestimmung die Eintragung bestehen. Die Eintragung mit dem Fehlen einer Muß-Bestimmung ist grundsätzlich unzulässig und sie kann vom Registergericht von Amts wegen *ex nunc* gelöscht werden (§§ 159, 142, 143 FGG). Bis zum Zeitpunkt der Löschung von Amts wegen ist die Existenz des fraglichen Vereins eine Selbstverständlichkeit.

Im Vergleich dazu muß eine Vereinssatzung gemäß § 40 KBGB folgendes zum Inhalt haben: Zweck, Namen, Sitz, Bestimmungen über das Vereinsvermögen, über Berufung und Abberufung des Vorstandes, über Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft und, falls festgelegt, über Zeitdauer des Bestehens und Auflösungsgründe. Fehlt eine dieser Bestimmungen, ist die Satzung nichtig und die Konzessionierung dieser fehlenden Sat-

495 Vgl. FLUME, Juristische Person, S. 317 f.

496 Zum Sinngehalt des Systems der Normativbestimmungen: alsbald unter II 2. in diesem Kapitel.

497 BGHZ 47, 172, 177.

498 SAUTER/ SCHWEYER, Der eingetragene Verein, Rz. 33.

zung ist demnach unzulässig. Diese Bestimmungen werden daher als »notwendige Bestimmungen« bezeichnet. Außerdem kann die Satzung sog. »freiwillige Bestimmungen«[499] enthalten. Wenn diese freiwilligen Bestimmungen in der Satzung niedergelegt werden, dann haben sie die gleiche Geltung wie notwendige Bestimmungen. Darum kann eine Änderung der freiwilligen Bestimmungen auch wie im Falle der notwendigen Bestimmungen auf dem Wege der Satzungsänderung erfolgen (vgl. § 42 KBGB)[500].

Der Fall, daß ein Verein trotz des Fehlens einer notwendigen Bestimmungen in der Satzung versehentlich von der Behörde konzessioniert wurde, bleibt in der koreanischen Literatur und Rechtspraxis noch unbehandelt. Darauf mag man vorstehende deutsche Lösung anwendbar machen. Demnach hätte das zur Folge, daß ein solcher fehlerhafter Verein von der zuständigen Behörde aufgelöst – nicht gelöscht ! – werden kann (auch analog § 38 KBGB)[501]. Der Verein wäre trotz der nichtigen Satzung nicht bis zum amtlichen Entschluß zur Auflösung, sondern bis zur Vollbeendigung seiner Rechtsträgerschaft existent und seine Auflösung würde nicht rückwirkend gelten, sondern *ex nunc*, und zwar ab der Entziehung der Gründungsgenehmigung. Bei der juristischen Person im Handelsrecht taucht ein ähnliches Problem auf, nämlich das der faktischen oder fehlerhaften Gesellschaft. Nach der heute herrschenden Auffassung[502] ist die durch den mangelhaften Gesellschaftsvertrag entstandene aber ins Handelsregister eingetragene GmbH oder AG nicht als rückwirkend nichtig anzusehen, sondern für die Vergangenheit als grundsätzlich wirksam zu behandeln.

---

499 Z.B. Bestimmungen über die Beschränkung der Stellvertretungsmacht (§ 41 KBGB), über die Satzungsänderung (§ 42 Abs. 1 KBGB), über die Geschäftsführung (§ 58 Abs. 2 KBGB), über die Bestellung eines Vertreters (§ 62 Abs. 2 KBGB), über die Verfassung des Aufsichtsrats (§ 66 KBGB), über die außerordentliche Mitgliederversammlung (§ 70 Abs. 2 KBGB), über der Beschlußgegenstand (§ 72 KBGB), über das Stimmrecht der Mitglieder (§ 73 Abs. 3), über die Beschlußfähigkeit (§ 75 Abs. 1 KBGB), über den Auflösungsbeschluß (§ 78 KBGB), über den Anfall des Überschusses (§ 80 KBGB), über die Liquidatoren (§ 82 KBGB).

500 § 42 KBGB lautet: [Satzungsänderung]
(1) Die Satzung eines Vereins kann durch Beschluß von mehr als zweidritteln aller Mitglieder geändert werden. Ist jedoch eine abweichende Beschlußfähigkeit in der Satzung vorgeschrieben, so ist dieses maßgebend.
(2) Zur Gültigkeit der Satzungsänderung ist die Genehmigung der zuständigen Behörde erforderlich.

501 § 38 KBGB lautet: [Entziehung der Gründungsgenehmigung] Der juristischen Person kann die Genehmigung durch die zuständige Behörde entzogen werden, wenn sie ein von ihrem Zweck abweichendes Geschäft geführt oder den für die Genehmigung bestimmten Bedingungen zuwider gehandelt oder durch ihr Verhalten die Belange des Gemeinwohls beeinträchtigt hat.

502 Vgl. statt vieler [Deutschland] Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 143 ff.; HOPT/ HEHL/ VOLLRATH, Gesellschaftsrecht, Rz. 290 ff.; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 148 ff.; KRAFT/ KREUTZ, Gesellschaftsrecht, S. 151 ff.; EISENHARD, Gesellschaftsrecht, Rz. 121 ff.
[Korea] Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 149; LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 88.

Nach dem System der Normativbestimmungen[503] müssen über den Mindestinhalt der Satzung hinaus weitere Erfordernisse erfüllt werden: Das deutsche und koreanische Recht schreibt eine Mindestzahl der Gründer je nach der Verbandsform unterschiedlich vor: Im deutschen Recht muß sie beim einzutragenden Verein (§§ 56, 59 Abs. 3 BGB) und bei der Genossenschaft (§ 4 GenG) sieben, bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 280 AktG) fünf Personen betragen. Während bis 1994 eine Aktiengesellschaft zur Gründung 5 Personen benötigt hat, kann sie nun, ebenso wie die GmbH, von einer oder mehreren Personen gegründet werden (§ 2 AktG; § 1 GmbHG). Das bedeutet, daß das Gesetz auch für die AG die schon seit 1980 aus dem GmbH-Recht bekannte Einmanngründung zuläßt. Im koreanischen Recht hingegen genügen bei einem Verein mangels einer entsprechenden Vorschrift zwei Gründer. Zur Gründung einer AG waren früher mindestens 7 Gründer erforderlich. Nach der Reform des KHGB vom 1. 10. 1996 ist der Mindestbestand der Gründer, also der Aktionäre, aber bis auf 3 reduziert worden (§ 288 KHGB). Bei der GmbH, OHG und KG sind mindestens 2 Gesellschafter erforderlich (§ 543, § 178, § 269 KHGB). Trotz neuer Gesetzesänderungen sieht das KHGB eine Einmanngründung noch nicht vor.

Die Satzung ist meist formbedürftig (vgl. § 125 BGB). Bei der AG und GmbH ist eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§ 23 Abs. 1 AktG; § 2 GmbHG), bei der Genossenschaft die Schriftform erforderlich (§ 5 GenG). Die schriftliche Abfassung der Vereinssatzung wird nicht im Sinne einer gesetzlichen Formschrift mit den Wirkungen des § 125 BGB, sondern nur im Hinblick auf die Anmeldung zur Eintragung vorausgesetzt (§ 59 Abs. 2 und 3 BGB). Nach koreanischem Recht benötigt die Vereinssatzung die Unterschriften »und« Besiegelungen der Gründer (§ 40 KBGB). Bei Handelsgesellschaften können die Gründer bzw. die Gesellschafter dank neuer Gesetzänderungen die Satzung unterschreiben »oder« siegeln (für AG § 289 Abs. 1, für GmbH § 543 Abs. 1 und 2, für OHG § 179; für KG § 269 KHGB). Die Satzungen der AG und der GmbH werden erst mit der notariellen Beurkundung wirksam (§§ 292, 543 Abs. 3 KHGB).

bbb) Kapitalaufbringung bei den Kapitalgesellschaften

Zur Gründung[504] einer Kapitalgesellschaft ist neben dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrages bzw. einer Satzung die Kapitalaufbringung erforderlich. Für die Kapitalgesellschaften geht es bei der Gründung zugleich um die Aufbringung des Haftungskapitals.

Das Stadium der Entstehung einer AG läßt sich besonders aus §§ 23, 29 und 41 AktG ersehen: Der Mindestinhalt der Satzung besteht nach § 23 Abs. 3 AktG aus Firma, Sitz der Gesellschaft, Unternehmensgegenstand, Höhe des Grundkapitals, Nennbeträge der Aktien, etwaigen Sacheinlagen, Sondervorteilen für einzelne Aktionäre, Zahl der Mitglieder des Vorstands und Form der Bekanntmachungen. Mit Feststellung der Satzung und mit der damit verbundenen Übernahme aller Aktien durch die Gründer ist eine

503 Zum Sinngehalt des Systems der Normativbestimmungen: alsbald unter II 2. in diesem Kapitel.

504 Zum Unterschied zwischen Gründung und Errichtung: siehe MÜNCHHDB. GesR III-HEINRICH § 4 Rz. 11. In der vorliegenden Arbeit werden die beide Begriffe aber nicht streng unterschieden.

(Vor-) AG »errichtet« (§ 29 AktG). Sie erlangt die Rechtsfähigkeit aber erst mit der Eintragung in das Handelsregister. Von der Errichtung bis zur Eintragung handelt es sich um eine Vorgesellschaft. Da das geltende AktG auf die im alten AktG von 1937 enthaltene Stufengründung verzichtet und daher nur die Einheitsgründung kennt, müssen alle Aktien bei der Errichtung von den Gründern übernommen werden (vgl. § 29 AktG). Im Gegensatz dazu kann die Gründung einer AG in Korea sowohl durch Einheitsgründung als auch durch Stufengründung erfolgen (vgl. § 295 Abs. 1, § 301 KHGB)[505]: In der Satzung der AG müssen als Mindestinhalt der Gegenstand des Unternehmens, die Firma, die Gesamtzahl der bei Gründung auszugebenden Aktien, die Nennbeträge der einzelnen Aktien, der Sitz der Hauptniederlassung, die Form der Bekanntmachungen der Gesellschaft und die Namen und die Wohnsitze der Gründer angegeben werden (§ 289 Abs. 1 KHGB). Die bei der Gründung auszugebende Aktienzahl muß mindestens ein Viertel der Gesamtzahl der Aktien (sog. authorized capital) betragen (§ 289 Abs. 2 KHGB). Bei der Einheitsgründung (Simultangründung) müssen alle Aktien, die bei der Gründung der AG ausgegeben werden sollen, von den Gründern übernommen werden. Die Gründer haben also unverzüglich den gesamten Betrag dieser Aktien einzuzahlen bzw. Sacheinlagen zu leisten (§ 295 KHGB). Bei der Stufengründung (Sukzessivgründung) übernehmen die Gründer zunächst nur einen Teil der Aktien und legen den verbleibenden Teil zur Zeichnung auf (§ 301 KHGB). Eine Mindestzahl der von den Gründern zu übernehmenden Aktien ist nicht vorgeschrieben, aber die Gründer müssen jeweils mindestens eine Aktie übernehmen (vgl. § 302 Abs. 2 Nr. 4 KHGB). Da das KHGB anders als das deutsche AktG keinen Zeitpunkt der Errichtung einer AG angibt und für die Gründung einer AG zwei Möglichkeiten erlaubt, besteht in der koreanischen Praxis und Literatur keine Einigkeit über das Problem, wann die Vor-AG entsteht. Damit zusammenhängend ist streitig, welche Rechtsnatur die Übernahme der Aktien hat. Darauf gilt es im folgenden Problemkreis der Vorgesellschaft einzugehen.

Bei der GmbH muß der Gesellschaftsvertrag nach § 3 Abs. 1 GmbHG den Betrag des Stammkapitals und den Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage (Stammeinlage) enthalten. Somit kann man entsprechend der AG die GmbH mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages, der unter anderen die Übernahme der Stammeinlagen enthält, als errichtet betrachten.[506] Sie besteht nunmehr als Vor-GmbH (vgl. § 11 GmbHG). Die Gründung einer GmbH in Korea ähnelt zum großen Teil der Einheitsgründung der AG, aber im Einzelfall bestehen noch kleine Unterschiede: Bei der Gründung einer GmbH müssen sich mindestens 2 Personen an der Satzungsaufstellung beteiligen. Da in der Satzung die Anzahl der von den einzelnen Gesellschaftern zu übernehmenden Stammeinlagen festgelegt werden muß (§ 543 KHGB[507]),

---

505 Zum Überblick über das koreanische Aktiengesellschaftsrecht wird verwiesen auf Ju-Chan SONN, Das koreanische Aktienrecht, Frankfurt 1983; Kiuon TSCHE, Die Gründung einer Tochtergesellschaft in Korea, ZGR-Sonderheft 3, 3. Aufl., S. 399–432, Berlin/New York, 1995.

506 BAUMBACH/ HUECK, § 1 GmbHG Rz. 2.

507 § 543 KHGB lautet: [Satzungsaufstellung und Mindestinhalt]
(1) Zur Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung müssen sich mindestens

ist zur Entstehung der Vor-GmbH die Übernahme der den Gesellschaftern vorgeschriebenen Stammeinlage nicht nötig. Die Vor-GmbH entsteht sodann allein mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrags.

bb) Rechtslage des Gründungsverbandes

aaa) Überblick

Die Grundlage des Gründungsverbands wird mit der Festlegung der Satzung durch die Gründer bzw. die Gesellschafter und bei den Kapitalgesellschaften mit der Kapitalaufbringung geschaffen. Dieser Gründungsverband, der je nach der von den Gründern erstrebten Rechtsform der körperschaftlichen juristischen Person mit der üblichen Terminologie als ein Vorverein, eine Vorgesellschaft oder eine Vorgenossenschaft bezeichnet wird, existiert in dem Zeitraum zwischen dem Gründungsgeschäft und der Vollendung der juristischen Person mit Erwerb der Rechtsfähigkeit. Für die juristische Person, die *uno actu* entsteht, ist ein Gründungsverband für die später entstandene juristische Person kaum vorstellbar. Dahingegen ist das Entstehen und Vorhandensein eines Gründungsverbandes eine Selbstverständlichkeit für alle Vereinigungen, welche ihre Entstehung sowie Bildung stufenweise durchlaufen und schließlich zum Erwerb der Rechtsfähigkeit der staatlichen Registrierung oder Konzession bedürfen.[508] Aber der Gründungsverband ist im deutschen Gesetz nicht umfassend sondern nur ansatzweise geregelt:

Das BGB sieht betreffs des BGB-Vereins neben dem rechtsfähigen Verein einen nichtrechtsfähigen Verein vor (§§ 21, 54 BGB). Hieraus kann man folgern, daß, wenn ein Verein nach § 21 BGB durch Eintragung die Rechtsfähigkeit erlangt, das Gesetz offenbar bereits die Existenz des Vorvereins voraussetzt, der die Rechtsform eines nichtrechtsfähigen Vereins im Sinne des § 54 BGB hat.[509] Ähnlich läßt sich aus dem Wortlaut des § 13 GenG (»Vor der Eintragung in das Genossenschaftsregister ... hat *die Genossenschaft*[510] die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft nicht«) folgern, daß das Gesetz die Existenz der Vorgenossenschaft (laut Gesetzestext *die Genossenschaft*) akzeptiert, welche noch in Eintragung begriffen ist und deswegen noch nicht als eine juristische Person (d.h. eine eingetragene Genossenschaft) vollendet ist.[511] Nach dem

---

2 Personen an der Feststellung der Satzung beteiligen.

(2) Die Satzung muß die folgenden Angaben enthalten und von allen Gesellschaftern unterzeichnet werden:

1. Die in § 179 Nummer 1 bis 3 genannten Angaben (d. h. Gegenstand des Unternehmens, Firma der Gesellschaft und Namen und Wohnsitz der Gesellschafter;
2. Betrag des Stammkapitals;
3. Betrag einer auf das Stammkapital zu leistenden Einlage (Stammeinlage);
4. Anzahl der von den einzelnen Gesellschaftern zu übernehmenden Stammeinlagen;
5. Sitz der Hauptniederlassung

(3) § 292 (Beurkundung der Satzung) findet auf die GmbH Anwendung.

508 RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 281.

509 BayObLGZ 1972, 29, 32 = Rpfleger 1972, 132. Aber der Vorverein muß trotzdem begrifflich als Sonderform vom nichtrechtsfähigen Dauerverein unterschieden werden.

510 Kursiv von Verfasser.

511 Vgl. Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 306.

durch ein Urteil vom 23. April 1956 erreichten Standpunkt des BGH[512] stellt sich die Rechtslage der Genossenschaft im Zwischenstadium, also der Vorgenossenschaft, so dar, daß sie weder ein nichtrechtsfähiger Verein noch eine BGB-Gesellschaft, sondern eine werdende juristische Person ist, für die schon das Recht der eingetragenen Genossenschaft gilt, soweit sich nicht Abweichendes aus dem Fehlen der Rechtsfähigkeit ergibt. Daran ist m. E. nichts auszusetzen. Viel schwierigere Probleme hat das Gesetz bei der Vor-GmbH und Vor-AG ausgelöst, indem es zur rechtlichen Ausgestaltung der Vorgesellschaft und ihrer Rechtsverhältnisse nahezu schweigt. § 41 Abs. 1 Satz 1 AktG sagt nur: »Vor der Eintragung in das Handelsregister besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht.« In gleicher Weise lautet § 11 Abs. 1 GmbHG: »Vor der Eintragung in das Handelsregister ... besteht die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche nicht.« Es findet sich lediglich eine konkrete Anordnung in § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG und dementsprechend § 11 Abs. 2 GmbHG; danach begründet das Handeln namens der Gesellschaft vor ihrer Eintragung die persönliche Haftung der Handelnden. Die negative Fassung des Gesetzgebers gegenüber der Vorgesellschaft, etwa »besteht die Gesellschaft als solche nicht,« pflegte früher zu dem Mißverständnis zu führen, daß vor der Handelsregistereintragung das einzutragende Rechtssubjekt inexistent ist (sog. Trennungstheorie).[513] Diese Auffassung wird heutzutage dank der ständigen Rechtsprechung sowohl des Reichsgerichts[514] wie des BGH[515] derart überwunden, daß die Vorgesellschaft schon vor der Eintragung existiert, sie vor und nach ihrer Eintragung ein und dieselbe Gesellschaft ist und aus diesem Grund alle Rechte und Pflichten der Vorgesellschaft zum Zeitpunkt der Eintragung ohne Rechtsübergang zu Rechten und Pflichten der fertigen Gesellschaft werden (sog. Identitäts- oder Einheitstheorie).[516] Nach dieser Auffassung ist die Vorgesellschaft auch bereits als ein Unternehmensträger handlungs- und haftungsfähig. Das bedeutet wiederum, daß die Vorgesellschaft Verbindlichkeiten eingehen kann, welche später die eingetragene Gesellschaft belasten können. Das Konzept zur Kontinuität des Rechtsverhältnisses zwischen Vorgesellschaft und eingetragener Gesellschaft ist in Anbetracht der Haftungsverhältnisse immer auf das Vorbelastungsverbot gestoßen, das »die juristische Person von der Haftung für vor der Eintragung begründete Verbindlichkeiten nach Möglichkeit freizuhalten sucht.«[517] Es ist Gegenstand langjähriger wissenschaftlicher Diskussion gewesen, die aus der Spannung zwischen wirtschaftlichen Bedürfnissen und rechtlichen Prämissen resultierenden Schwierigkeiten zu lösen. Dazu hat das Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 9. 3. 1981[518] einen wichtigen Leitfaden zur Problemlösung angeboten, in dem er mit der Aufhebung des Vorbelastungsverbots die unbeschränkte Differenzhaftung der Gründungsgesellschafter für den Bestand des Stammkapitals zum Zeitpunkt der Eintragung verbindet. Diese Lösungsmethode hat in der Literatur überwiegend Zustimmung gefunden. Dieses Urteil hat sicherlich dem Gründungsrecht sowohl eine

512 Vgl. BGHZ 20, 281.
513 Beispielsweise Erich BRODMANN, Aktienrecht, Berlin/ Leipzig 1928, § 200 A I a.
514 Vgl. nur RGZ 82, 288, 290; 105, 228, 229; 143, 368, 372; 151, 86, 91.
515 Vgl. nur BGHZ 21, 242, 246; besonders 80, 129, 132.
516 Vgl. Karsten SCHMIDT, GmbHR 1987, S. 77, 78 f.
517 BGHZ 17, 385, 391. Einen ähnlichen Ausdruck benutzt auch BGHZ 53, 210, 212.
518 BGHZ, 80, 129.

rechtspraktische als auch eine rechtsdogmatische Bedeutung verliehen. Folgende Ausführungen bezüglich der Problemkomplexe der Vorgesellschaft sollen hauptsächlich zweierlei dienen, einmal die Auswirkung dieses Urteils auf die Diskussion um die Vorgesellschaft seitens des deutschen Rechts zu erklären, zum andern die Anwendung der von diesem Urteil herausgebildeten Rechtsprinzipien auf die koreanische Rechtspraxis zu versuchen, in der die Problematik der Vorgesellschaft noch wenig ausdifferenziert ist.

bbb) Der Status des Gründungsverbands

(1) Begriff

Der Gründungsverband wird manchmal als »werdende juristische Person« bezeichnet.[519] Diese Bezeichnung sei nach *Flume* nur ein »bildhafter Ausdruck«[520], indem der Gründungsverband mit dem *nasciturus* gleichgesetzt wird.[521] Er meint, es gebe kein »Werden« der juristischen Person und der Begriff »werdende juristische Person« sei nur Abbreviatur für die Umschreibung des Rechtszustandes des Gründungsstadiums.[522] Allerdings darf die Bezeichnung »werdende juristische Person« nicht darüber hinwegtäuschen, daß der Gründungsverband eben vor der Eintragung noch nicht eine »juristische Person« ist, weil die Rechtsfähigkeit das Essentiale der juristischen Person ist.[523] Der Gründungsverband ist jedoch, wie BGHZ 80, 129 zutreffend auffaßt, »bereits körperschaftlich strukturiert«. Das »Werden« der juristischen Person entspricht den »Strukturierungen« einer körperschaftlichen juristischen Person, die im Gründungsstadium stattfinden. Diese Strukturierungen einer juristischen Person sind zum einen auf das Gründungsgeschäft zum anderen auf die Normativbestimmungen ausgerichtet.

Unter einem Gründungsverband (od. Gründerverband) versteht man häufig einen Personenzusammenschluß, der eigene Rechtsfähigkeit erlangen will, dessen Zweck also darauf gerichtet ist, eine juristische Person entstehen zu lassen.[524] Aber diese Definition ist nicht ganz ausreichend, um den Gründungsverband von der Vorgründungsgesellschaft abzugrenzen. Man sollte deswegen zur Verdeutlichung den Abschluß eines Gründungsvertrags einfügen, welcher den Beginn des Gründungsverbands andeutet.

Wenn auch das deutsche Recht den Gründungsverband nicht definiert, läßt sich dessen Begriff und damit dessen Beginn aus einigen Vorschriften ableiten: Nach § 23 und § 29 AktG ist eine Aktiengesellschaft mit der Feststellung der Satzung und Übernahme aller Aktien durch die Gründer errichtet. Diese »errichtete Gesellschaft« ist nicht nur von der Vorgründungsgesellschaft, sondern auch in Verbindung mit § 41 Abs. 1 Satz 1 AktG von der durch Eintragung in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaft zu

519 RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 319 ff.; MünchKomm-REUTER, §§ 21, 22 Rz. 64 ff.
520 FLUME, Juristische Person, S. 146.
521 FLUME, Juristische Person, S. 155.
522 FLUME, Juristische Person, S. 146.
523 FLUME, Juristische Person, S. 153.
524 Zum Beispiel NITSCHKE, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, S. 143.

unterscheiden. Es wird von einer Vor-AG gesprochen, welche in dem Zeitraum zwischen Abschluß der Gründungsvereinbarung und der Entstehung der AG als juristischer Person durch Eintragung besteht. Folglich kann man eine errichtete, aber noch nicht eingetragene AG , also die AG im Gründungsstadium als Vor-AG bezeichnen. Ebenso wie bei der Vor-AG beginnt der Status der GmbH als Vorgesellschaft gemäß § 2 GmbHG mit dem Abschluß des notariellen Gesellschaftsvertrages und sie besteht bis zur Eintragung zur Vollendung der juristischen Person (§ 11 Abs. 1 GmbHG). Insofern ist man sich in Deutschland darüber einig, daß die Vorgesellschaft sowohl für die AG als auch für die GmbH mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages beginnt, der gleichzeitig die Kapitalaufbringung beinhaltet. Somit fällt der Zeitpunkt der Satzungsfeststellung mit dem der Kapitalaufbringung – für die AG Übernahme aller Aktien, für die GmbH Festsetzung der Stammeinlage – zusammen (§§ 23, 29 AktG; § 2 GmbHG).

Demgegenüber ist der Zeitpunkt des Beginns einer Vorgesellschaft in Korea umstritten. Dieser Streit folgt zum einen aus dem Mangel an entsprechenden Vorschriften, zum anderen daraus, daß das KHGB für die Gründung einer Aktiengesellschaft zwei Möglichkeiten (Einheitsgründung und Stufengründung) erlaubt. Zunächst ist man sich bei der GmbH wie in Deutschland darüber einig, daß ab Abschluß des Gesellschaftsvertrages eine Vor-GmbH entsteht, weil der GmbH-Vertrag schon die von den Gesellschaftern zu übernehmenden Stammeinlagen zum Inhalt hat (§ 543 KHGB). Das Problem sieht man deswegen vielmehr in der Vor-AG. Bezüglich des Entstehungszeitpunkts der Vor-AG werden im wesentlichen drei Auffassungen vertreten: Die Vor-AG entsteht ab dem Zeitpunkt (α) der Satzungsfeststellung,[525] (β) der Übernahme »aller« Aktien[526] oder (χ) der Übernahme mindestens »einer« Aktie von Gründern. Der KOGH[527] und die h.M.[528] vertreten die dritte Ansicht, welche zwischen der ersten und zweiten Auffassung vermittelt. Bei der Einheitsgründung bedeutet die Übernahme einer Aktie in der Tat die Übernahme aller Aktien. Diese vermittelnde Ansicht ist deswegen auf Stufengründung ausgerichtet. Die Meinungsspaltung ist sicherlich auf den Mangel einer Hinweisvorschrift, die dem § 29 des deutschen AktG entspricht, zurückzuführen. Die erste Ansicht ist in Hinblick darauf abzulehnen, daß mit der Gründung einer Kapitalgesellschaft zugleich die Kapitalaufbringung stattfinden muß.[529] In dieser Hinsicht ist die dritte Ansicht auch nicht angemessen, denn, wenn drei Gründer jeweils nur eine Aktie[530] übernehmen, beläuft sich die Kapitalaufbringung nur auf 15.000 Won (etwa 19 DM). Diese Summe ist zu gering im Vergleich zu dem Grundkapital einer AG, das mindesten 50 Mio. Won (etwa 62.500 DM) betragen muß (vgl. § 329 Abs. 1 KHGB[531]).

---

525 LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 208.

526 Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 132 ff.

527 KOGH v. 23. 7. 1985, 84 nu 678.

528 Ju-Chan SONN, Handelsrecht I, 1984, S. 396; Kiuon TSCHE, Gesellschaftsrecht, S. 275; GwakKomm-LEE, vor § 31 KBGB S. 539.

529 FLUME, Juristische Person, S. 143.

530 Der Nennbetrag einer Aktie muß mindestens 5.000 Won (c.a. 6.30 DM) sein (§ 329 Abs. 4 KHGB).

531 § 329 Abs. 1 KHGB lautet: Das Grundkapital einer Aktiengesellschaft muß mindestens 50. Mio. Won betragen.

Ohne durch ausreichendes Haftungskapital abgesichert zu sein, könnte es ins Leere gehen, eine AG – wenn auch eine Vor-AG – anzuerkennen. Insoweit ist der zweiten Ansicht zuzustimmen.

Im Unterschied zum Fall der Kapitalgesellschaften beginnt der Vor-Verein ausschließlich mit Erfassung der Vereinssatzung, weil das Gesetz für den BGB-Verein kein Haftungskapital vorsieht, welches für die Gläubigersicherheiten zur Verfügung steht.

(2) Rechtsnatur

Über die Rechtsnatur des Gründungsverbands wird seit eh und je lebhaft gestritten.[532] Der deutsche Gesetzgeber hat sich aus diesem Streit herausgehalten und sich damit begnügt, die Handelndenhaftung zu regeln (§ 54 Satz 2 BGB; § 11 Abs. 2 GmbHG; § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG). Demnach ist es Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen, die Rechtsnatur des Gründungsverbands zu bestimmen. In früherer Zeit hat man den Gründungsverband als BGB-Gesellschaft,[533] als OHG[534] oder als nichtrechtsfähigen Verein[535] eingeordnet. Nach heute h.M. ist der Gründungsverband seit dem Urteil des BGH vom 12. Juli 1956[536] ein Gebilde *sui generis*, auf das die Vorschriften der angestrebten Rechtsform zur Anwendung kommen, soweit diese nicht die Rechtsfähigkeit voraussetzen. Dieser Ansatz kann mit gutem Grund als ein entscheidender Fortschritt bewertet werden,[537] indem er eine richterliche Rechtsfortbildung für die Vorgesellschaft vorbereitet hat. Demzufolge war es kein überraschender Sprung, als der BGH im Urteil vom 9. 3. 1981 eine klare Beschreibung der Vorgesellschaft wie folgt gegeben hat[538]:

> » ... die Vorgesellschaft ist als ein auf die künftige juristische Person hin angelegtes Rechtsgebilde bereits körperschaftlich strukturiert und daher imstande, durch ihre Geschäftsführer als Vertretungsorgan nach außen geschlossen aufzutreten.«

Interessant ist, daß neuerdings *Flume* den Gründungsverband – mit seinem Wort Gründergemeinschaft – als einen nichtrechtsfähigen Verein ansieht.[539] Demzufolge treffe die Verweisung § 54 BGB auf das BGB-Gesellschaftsrecht für die Vorgesellschaften der juristischen Personen des Handelsrechts »ins Schwarze«[540]. *Flume* meint aber auch, daß die Vorgesellschaft auf die Gründung einer GmbH bzw. AG abzielt. Insofern billigt er auch die Tendenz des BGH.

In Korea sieht die h.M.[541] den Gründungsverband als einen nichtrechtsfähigen Verein an. Dagegen wird die durch deutsche Rechtsprechung bzw. h.M. begründete Ansicht[542]

---

532 Übersicht über den Theorienstreit bei HACHENBURG-ULMER, § 11 GmbHG Rz. 7.
533 RGZ 58, 55, 56; RGZ 83, 370, 373; RGZ 105, 228, 229; RGZ 151, 86, 91.
534 OLG Hamburg JZ 1952, 436; BayObLG BB 1978, 1685 = WM 1979, 317.
535 DILCHER, JuS 1966, S. 89, 90.
536 BGHZ 21, 242.
537 Vgl. RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 282.
538 BGHZ 80, 129, 132.
539 FLUME, Juristische Person, S. 148 ff.
540 FLUME, Juristische Person, S. 157; ders ., Personengesellschaft, S. 88.
541 Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 248; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 241; LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 182 ff; Ju-Chan SONN, Gesellschaftsrecht, S. 452.

vertreten, daß der Gründerverband weder eine BGB-Gesellschaft noch ein nichtrechtsfähiger Verein, sondern vielmehr eine eigenständige Organisationsform ist, auf welche die Vorschriften für die Handelsgesellschaft Anwendung finden können, soweit das Fehlen der Rechtsfähigkeit dem nicht entgegensteht. Der KOGH bezieht dazu keine klare Stellung.[543] Aber die Auseinandersetzung um die Rechtsnatur des Gründungsverbands hat m.E. im koreanischen Recht keine praktische Bedeutung, es sei denn, daß man den Gründungsverband als eine BGB-Gesellschaft betrachtet. Die Klärung der Rechtsnatur des Gründungsverbands ist in Deutschland als ein Präjudiz für die Lösung der Rechtskomplexe sinnvoll, die sich auf die Innen- und Außenverhältnisse, Übergang der Rechte und Pflichten des Gründungsverbands auf die fertigen körperschaftlichen juristischen Personen und die Handelndenhaftung des Gründungsverbands beziehen.[544] Denn, wenn der Gründungsverband ein nichtrechtsfähiger Verein wäre, müßte er nach § 54 Satz 1 BGB im Grunde dem Prinzip der BGB-Gesellschaft unterliegen. Im Vergleich dazu sieht das koreanische Recht die dem § 54 BGB entsprechende Regelung nicht vor. Die Vorschriften über die verschärfte Handelndenhaftung der Vorgesellschaft, wie § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG und § 11 Abs. 2 GmbHG, kennt das KHGB nicht. Nach der Ansicht, die in Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung und die h.M. den Gründungsverband als ein Gebilde eigener Art betrachtet,[545] soll die strenge Handelndenhaftung wie im deutschen Recht auch im koreanischen Recht anerkannt werden. Dafür stützt man sich auf § 326 KHGB[546] und § 135 Abs. 1 KBGB[547]. Aber dieser Vorschlag ist bedenklich. Die zur Begründung berufenen Vorschriften haben mit der Handelndenhaftung des Vorvereins (wie § 54 Satz 2 BGB) oder der Vorgesellschaft (wie § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG; § 11 Abs. 2 GmbHG) nicht direkt zu tun. § 326 KHGB ist nur mit § 46 AktG und § 135 Abs. 1 KBGB ist nur mit § 179 BGB vergleichbar. In der Tat sieht man in Deutschland § 11 Abs. 2 GmbHG als *lex specilias* zu §§ 177, 179

---

542 Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 134 ff.

543 Der KOHG hielt in der Entscheidung vom 31. 8. 1970, 70 da 13571 die Gründer einer AG für ihre »Organe«. Daraus kann man folgern, daß der KOHG den Gründungsverband zumindest nicht als eine BGB-Gesellschaft ansieht.

544 Vgl. RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 282.

545 So etwa DONG-YUN CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 141.

546 § 326 KHGB lautet: [Haftung der Gründer bei Nichtzustandekommen der Gesellschaft]
(1) Kommt die Gesellschaft nicht zur Entstehung, so haften die Gründer gesamtschuldnerisch für ihre im Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft vorgenommenen Handlungen.
(2) In diesem Fall haben die Gründer alle im Zusammenhang mit der Gründung entstandenen Kosten zu übernehmen.

547 § 135 KBGB lautet: [Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht]
(1) Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er seine Vertretungsmacht nicht nachweist, dem anderen Teil nach dessen Wahl zur Erfüllung des Vertrages oder zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert.
(2) Die Vorschrift des Abs. 1 findet keine Anwendung, wenn der andere Teil das Fehlen der Vertretungsmacht bei Vertragsabschluß kannte oder kennen mußte oder der als Vertreter Handelnde geschäftsunfähig war.

BGB an.[548] Darin spiegelt sich wieder, daß es einer speziellen Vorschrift bedarf, um dem Handelnden die verschärfte Haftung aufzuerlegen. Noch zu berücksichtigen ist der Funktionswandel des § 11 Abs. 2 GmbHG, nämlich von der Straffunktion zur Druckfunktion.[549] Dadurch ist der Handelndenbegriff des § 11 Abs. 2 GmbHG inzwischen wesentlich enger gefaßt. Jetzt sieht man die Handelndenhaftung in Deutschland als eine Organhaftung an.[550] Ist dem so, dann braucht man die strikte Handelndenhaftung wie im deutschen Recht nicht im koreanischen Recht einzuführen, sondern man sollte auf den Gründungsverband auch die allgemeine Haftungsregelung, also die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht (gem. § 135 KBGB) und die Organhaftung (gem. § 35 KBGB), anwenden. Daran läßt sich zeigen, daß die Auseinandersetzung um die Rechtsnatur des Gründungsverbands in Korea nicht als Präjudiz entschieden werden muß. Hervorzuheben ist auch die Tatsache, daß auf den nichtrechtsfähigen Verein nicht die Vorschriften über die BGB-Gesellschaft, sondern die Vorschriften über den rechtsfähigen Verein entsprechend Anwendung finden, soweit dem nicht der Mangel an Rechtsfähigkeit im Wege steht.[551] Darüber besteht Einigkeit in Korea. Es ist insofern für die Rechtsnatur des Gründungsverbands im koreanischen Recht gleichgültig, ob sich um einen nichtrechtsfähigen Verein oder eine Vereinigung *sui generis* handelt. Der Sinn des Zusatzes »*sui generis*« für den Gründungsverband im koreanischen Recht liegt nur darin, daß der Gründungsverband nicht ein auf Dauer, sondern ein vorübergehend bestehender nichtrechtsfähiger Verein ist, der die Vollendung der juristischen Person zum Ziel hat.

(3) Identität zwischen Gründungsverband und körperschaftlicher juristischer Person und Kontinuität der Rechtsverhältnisse zueinander

Das Verständnis des Gründungsverbands als Rechtsform eigener Art (*sui generis)* ging mit der Durchsetzung der Einheitstheorie einher, die den Gründungsverband und die spätere juristische Person als identisch ansieht und aufgrund dieser Identität mit der Entstehung der juristischen Person grundsätzlich den automatischen Übergang der zuvor begründeten Rechte und Pflichten annimmt.[552] Derselbe Gedankengang lag auch dem Grundsatzurteil des BGH vom 9. 3. 1981 zugrunde, als er die haftungsrechtliche Kontinuität zwischen Gründungsverband (hier Vor-GmbH) und juristischer Person (hier eingetragener GmbH) mit folgender Formulierung definitiv sicherstellte:

> » ... sämtliche Aktiva und Passiva der Vorgesellschaft, auch soweit sie aus nicht durch die Satzung gedeckten Geschäften stammen, nahtlos auf die GmbH übergehen zu lassen«[553].

548 RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 288; HUECK, Gesellschaftsrecht, § 35 II 4.

549 SCHOLZ-Karsten SCHMIDT, § 11 GmbHG Rz. 92, 93.

550 Vgl. BGHZ 91, 148, 151 = ZIP 1984, 950, 951.

551 Siehe vorher § 2 III 1 b).

552 RG und BGH in ständiger Rechtsprechung, besonders deutlich RGZ 82, 288, 290; 105, 228, 229; 143, 368, 372; 151, 86, 91; BGHZ 21, 242, 246; 80, 129, 132. Zur Analyse der Rechtsprechung des RG und BGH wird auf FLUME, Festschrift für Ernst GESSLER, S. 8 ff. verwiesen.

553 BGHZ 80, 129, 140.

Besondere Aufmerksamkeit verdient diese Entscheidung, weil sie das Vorbelastungsverbot aufgibt und durch eine Differenzhaftung ersetzt. Dazu heißt es:

> »a) Eine Vorgesellschaft wird durch Geschäfte, die ihr Geschäftsführer mit Ermächtigung aller Gesellschafter im Namen der Gesellschaft abschließt, auch dann verpflichtet, wenn nach der Satzung nur Bareinlagen vereinbart sind. b) Die Rechte und Pflichten aus solchen Geschäften gehen mit der Eintragung der GmbH voll auf diese über (kein sogenanntes Vorbelastungsverbot). c) Für die Differenz, die sich durch solche Vorbelastungen zwischen dem Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt der Eintragung ergibt, haften die Gesellscafter anteilig.«[554]

In Anbetracht dessen, inwieweit vor und nach der Eintragung eine Kontinuität der Rechtsverhältnisse anzuerkennen ist, konnte sich die herkömmliche Identitätstheorie in der Tat wegen der Schranke des Vorbelastungsverbots, wonach die Vorgesellschaft nur die zur Entstehung der späteren juristischen Person »notwendigen« sowie »satzungsgemäßen« Geschäfte eingehen kann, noch nicht vollständig durchsetzen.[555] Insofern kann man die bisherige Identitätstheorie genau genommen als eingeschränkte Identitätstheorie[556] oder Teilidentitätstheorie[557] bezeichnen. Alle sonstigen vor der Eintragung vorgenommene Rechtsgeschäfte, die für die eingetragene GmbH oder AG nicht wirksam sind, weil sie nicht »notwendig« sind, können erst dann als Geschäfte der eingetragenen GmbH oder AG angenommen werden, wenn sie nach §§ 177 ff. BGB für diese genehmigt werden.[558] Das Grundlagenurteil des BGH vom 9. 3. 1981 (BGHZ 80, 129) hat diesen herkömmlichen Haftungsumweg vermieden, an dieser Stelle Differenzhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft eingeführt und dadurch ein Prinzip »vollständiger Kontinuität«[559] durchgesetzt. Nach dem neu vom BGH begründeten Prinzip der Differenzhaftung (terminologisch auch Unterbilanz-[560] oder Vorbelastungshaftung[561]) haften die Gründer bzw. die Gesellschafter anteilig für die Differenz, die sich durch Vorbelastungen zwischen dem Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens zum Zeitpunkt der Eintragung ergibt. Zur Begründung dieser Haftung zog der BGH in dem Urteil § 9 GmbHG heran. Inzwischen hat der BGH zwar noch nicht entschieden, ob die im Urteil des BGH vom 9. 3. 1981 (BGHZ 80, 129) herausgestellte Differenzhaftung weitergehend auf die AG auszudehnen ist,[562] es wird jedoch in der Literatur befürwortet[563]

---

554 BGHZ 80, 129, 130.

555 RGZ 58, 55, 56; 83, 370, 373; 105, 228, 229; 134, 121, 122; 141, 204, 209; 151, 86, 91; BGHZ 45, 338, 342; 53, 210, 212; 65, 378, 383.

556 HUECK, Vorgesellschaft, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 127, 150.

557 Vgl. FLUME, Juristische Person, S. 150 ff.

558 RGZ 105, 228, 230; 134, 121, 122; BGHZ 17, 385; 20, 281, 286; 53, 210, 212.

559 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 311; ders., GmbHR 1987, S. 77, 78.

560 So jetzt BGHZ 105, 300, 303.

561 Vgl. HACHENBURG-ULMER, § 11 GmbHG Rz. 81; SCHOLZ-Karsten SCHMIDT, § 11 GmbHG Rz. 124.

562 BGHZ 119, 177, 186 = NJW 1992, 3300, 3302.

563 KölnKomm-KRAFT, § 41 AktG Rz. 118 ff.; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 797.

Die h.M. in Korea erkennt an, daß Gründungsverband und fertige juristischen Person identisch sind.[564] Demnach geht das Vermögen des Gründungsverbands ohne zusätzliche Kundbarmachung automatisch auf die fertige juristische Person über. Nach Ansicht des KOGH[565] haftet jedoch eine eingetragene Genossenschaft nur für diejenigen Geschäfte der Vor-Genossenschaft, welche sich ausschließlich auf Entstehung der Genossenschaft beziehen. Daraus kann man ersehen, daß der KOGH den automatischen Übergang des Vermögen vom Gründungsverband auf die juristische Person auf das aus den gründungsnotwendigen Geschäften resultierende Vermögen beschränkt. Dies erinnert uns unmittelbar an die deutsche Teilidentitätstheorie. Die Stellungnahme des KOGH stößt teilweise auf Zustimmung,[566] teilweise auf Ablehnung,[567] die den Umfang der übertragbaren Geschäfte erweitern will. Bemerkenswert ist der Versuch, zur Interpretation des koreanischen Rechts bezüglich der Vorgesellschaft die aus der Grundsatzentscheidung des BGH vom 9. 3. 1981 (BGHZ 80, 129) resultierenden Prinzipien einzuführen. *Dong-Yun Chung*[568] geht mit dieser Entscheidung (BGHZ 80, 129) von voller Identität zwischen der Vorgesellschaft und der juristischen Person aus und beruft sich zur Einführung der Differenzhaftung im koreanischen Gesellschaftsrecht auf § 551 Abs. 1 KHGB, der folgenden Wortlaut hat:

> »Falls die Einzahlungen oder Leistungen nach der Vollendung der GmbH nicht erfolgt sind, haften die zum Zeitpunkt der Gründung der GmbH vorhandenen Gesellschafter, Gesellschaftsführer und gesellschaftsinterne Prüfer gesamtschuldnerisch für die Leistung der Einzahlungen auf die Stammeinlagen oder die Leistung von Einlagen in Geld in Höhe des Wertes der Sacheinlagen.«

Diese Vorschrift gilt nicht nur für die Sachgründung, sondern auch für die Bargründung und sie umfaßt als Haftungssubjekt sowohl Gesellschafter als auch Gesellschaftsführer und gesellschaftsinterne Prüfer. Somit sei der Grundsatz der Unversehrtheit im Vergleich zum § 9 des deutschen GmbHG viel stärker gesichert. Für die AG gibt es im KHGB keine entsprechende Vorschrift. *Chung* wendet jedoch dieses Prinzip entsprechend auf die AG an. Demnach haften bei der AG die Gründer, die Aktionäre, die Vorstandsmitglieder und die gesellschaftsinternen Prüfer für den Kapitalausfall gesamtschuldnerisch.[569] Sein Vorschlag hat in der koreanischen Literatur und Rechtsprechung noch keine Resonanz erfahren. Aber ihm ist deshalb zuzustimmen, weil durch Einführung des Konzepts zur Differenzhaftung die bisher vom KOGH festgehaltene unvollkommene Identitätstheorie überwunden und die volle Kontinuität

564 Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 248; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 241; Yong-Han KIM, AT des BGB, S. 160; Ju-Heung LEE, Vorgesellschaft und Vorgründungsgesellschaft, in: Zeitschrift für Justiz und Verwaltung 1990/11, S. 18, 23f.; Dong-Yun CHUNG, Vorgesellschaft, Zeitschrift für Rechtswissenschaft von Universität Korea, 1984 (vol. 22), S. 31, 55 f.

565 KOGH v. 13. 4. 1965, 64 da 1940.

566 Young-June LEE, AT des BGB, S. 858 ff.; Deok-Sung LEE, Die Haftung der juristischen Person für die Geschäfte ihrer Vorgesellschaft, Anmerkung zum Urteil des KOGH v. 13. 4. 1965, 64 da 1940, in: Zivilrechtliche Rechtsprechung I, S. 51, 55 .

567 Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 248.

568 Dong-Yun CHUNG, Vorgesellschaft, Zeitschrift für Rechtswissenschaft von Universität Korea, 1984 (vol. 22), S. 31, 55 f.

569 Dong-Yun CHUNG, a.a.O., S. 58 f.

zwischen der Vorgesellschaft und der juristischen Person eingeleitet werden kann. Sein Haftungsschema wird jedoch noch im Detail in der koreanischen Wissenschaft zu prüfen sein.

ccc) Rechtsträgerschaft des Gründungsverbands

Entgegen der Intention des historischen Gesetzgeber, der den Gründungsverband nicht als Rechtsträger ausgestalten wollte,[570] hat sich mittlerweile auf dem Wege der richterlichen Rechtsfortbildung die Ansicht durchgesetzt, wonach der Gründungsverband ein selbständiger Rechtsträger ist; er ist ein Träger von Rechten und Pflichten. Es herrscht jedoch noch keine Einigkeit darüber, ob der Gründungsverband teilrechtsfähig[571] oder vollrechtsfähig[572] ist. Diese Kontroverse hängt damit zusammen, was man unter dem Begriff »Rechtsfähigkeit« versteht.[573] Es steht jedenfalls fest, daß trotz der Identität bzw. Kontinuität zwischen dem Gründungsverband und der juristischen Person nur die juristische Person durch staatliche Mitwirkung (Eintragung oder Verleihung) volle Rechtsfähigkeit besitzt. Insoweit ist der Gründungsverband teilrechtsfähig. Zu beachten ist, daß der Umfang der Rechtsfähigkeit der Vorgesellschaft mit dem des Vorvereins nicht immer übereinstimmt. Demnach ist im Einzelfall zu prüfen, in welchem Ausmaß ein Gründungsverband als Rechtsträger Rechtsfähigkeit genießen kann.[574] Unbestritten ist zunächst, daß die Vorgesellschaft zur Entgegennahme der Bareinlagen kontofähig ist (vgl. § 54 AktG; § 7 GmbHG). Seit der BGH in einem Urteil vom 2. Mai 1966[575] die Grundbuchfähigkeit der Vor-GmbH ausdrücklich anerkannte,[576] besteht kein Zweifel mehr, daß die Vorgesellschaft grundbuchfähig ist. Demgegenüber kann ein dem Verein zugedachtes Grundstück nicht als dem in Gründung befindlichen Verein zustehend eingetragen werden.[577] Entgegen der Auffassung des RG[578] und des BGH[579] ist der Gründungsverband nach heute verbreiteter Ansicht[580] wechsel- und scheckfähig. Es steht heute außer Frage, im Zivilprozeß die passive Parteifähigkeit des Gründungsverbands anzuerkennen. Noch streitig ist, ob der Gründungsverband aktive Parteifähigkeit

570 Vgl. SCHOLZ-Karsten SCHMIDT, § 11 GmbHG Rz. 27.
571 HACHENBURG-ULMER, § 11 GmbHG Rz. 45; RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 72.
572 MünchHdb. GesR III-Gummert, § 16 GmbHG Rz. 44.
573 Zur Auseinanders etzung um die Teilrechtsfähigkeit: nachher § 4 II.
574 Im einzelnen hierzu HACHENBURG-ULMER, § 11 GmbHG Rz. 45 ff.; SCHOLZ-Karsten SCHMIDT, § 11 GmbHG Rz. 27 ff.; KölnKomm-KRAFT, § 41 AktG Rz. 35 ff.; REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 79 ff.
575 BGHZ 45, 338.
576 Nach BGHZ 45, 338, 348 ist eine gegründete, aber noch nicht im Handelsregister eingetragene und daher noch nicht rechtsfähige GmbH als Gründerorganisation eintragbar. Vgl. auch BayObLG DB 1986, 106 f.
577 REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 81 sowie SCHOLZ-Karsten SCHMIDT, § 11 GmbHG Rz. 33.
578 RGZ 112, 124 für den Fall des Vorvereins.
579 BGH NJW 1962, 1008 für den Fall der Vor-GmbH.
580 Vgl. nur HACHENBURG-ULMER, § 11 GmbHG Rz. 49; BAUMBACH/ HUECK, § 11 GmbHG Rz. 14.

hat.[581] Vor kurzem hat aber der V. Zivilsenat des BGH in einem Urteil vom 28. 11. 1997[582] die aktive Parteifähigkeit der Vor-GmbH im Zivilprozeß anerkannt. Die Konkurs- und Vergleichsfähigkeit der Vorgesellschaft wird einhellig bejaht.[583] Schließlich wird seit dem Urteil des BGH vom 9. 3. 1981 (BGHZ 80, 129), in dem die Teilhabe einer Vor-GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin an der Gründung einer GmbH & Co. KG anerkannt wird, nicht mehr bestritten, daß die Vorgesellschaft eine Trägerin eines Unternehmens sein kann.

Da der Gründungsverband ein Rechtsträger sein kann, gilt für ihn der allgemeine Grundsatz der organschaftlichen Zurechnung hinsichtlich der Teilnahme am Rechtsverkehr. Die verpflichtenden Ereignisse im Gründungsstadium können nicht nur Rechtsgeschäfte sein, sondern auch Handlungen, die zur Schadensersatzpflicht führen. Insofern gelten die §§ 31, 278 und 831 BGB auch für den Gründungsverband.

Was die Rechtsfähigkeit des Gründungsverbands betrifft, kann die in der deutschen Wissenschaft anerkannte Teilrechtsfähigkeit im Prinzip auch für den Gründungsverband im koreanischen Recht gelten. Somit kann man im koreanischen Recht auch anerkennen, daß der Gründungsverband erwerbsfähig, kontofähig, grundbuchfähig, wechsel- und scheckfähig, konkurs- und vergleichsfähig und nicht nur passiv sondern auch aktiv parteifähig ist.[584] Sogar die Schenkungsfähigkeit der Vorgesellschaft hat der KOGH[585] anerkannt (vgl. § 554 KBGB[586]). Abgesehen von der theoretischen Anerkennung ist die Rechtsfähigkeit des Gründungsverbands m.E. im koreanischen Recht teilweise gesetzlich fundiert. Die in Deutschland am heftigsten umstrittenen Probleme, nämlich ob ein Vor-Verein grundbuchfähig ist und ob ein Gründungsverband aktiv parteifähig ist, sind im koreanischen Recht gesetzgeberisch geklärt[587]: ein nichtrechtsfähiger Verein kann selbst ins Grundbuch eingetragen werden (§ 30 KGBG; § 56 Ausführungsverordnung zum KGBG). Ein nichtrechtsfähiger Verein hat als solcher volle Parteifähigkeit (§ 48 KZPG). Wenn man betreffs der Rechtsnatur des Gründungsverbandes von dem nichtrechtsfähigen Verein ausgeht, ist es unproblematisch, die gesetzlich dem nichtrechtsfähigen Verein zuerkannte Grundbuchfähigkeit und volle Parteifähigkeit auch für den Gründungsverband gelten zu lassen. Auch wenn man den Gründungsverband als eine Vereinigung *sui generis* ansieht, kann man daraus, daß der Gründungsverband auch wie ein nichtrechtsfähiger Verein bereits körperschaftlich strukturiert ist, denselben Schluß ableiten. Von daher ist es nicht übertrieben, dem Gründungsverband im koreanischen

581 Bejahend BÜTTNER, Identität und Kontinuität, S. 1245 ff., für Vorgesellschaft SCHOLZ-Karsten SCHMIDT, § 11 GmbHG Rz. 34; HACHENBURG-ULMER, § 11 GmbHG Rz. 50 m.w.N.; für nichtrechtsfähigen Verein, MünchKomm-REUTER, § 54 Rz. 12. Dagegen verneinend FLUME, Juristische Person, S. 162; für nichtrechtsfähigen Verein Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 54 ff. und für Vor-AG KölnKomm-KRAFT, § 41 AktG Rz. 36.

582 Vgl. BGH ZIP 1998, 109 f.

583 Für Vor-AG, KölnKomm-KRAFT, § 41 AktG Rz. 38. Für Vor-GmbH, SCHOLZ-Karsten SCHMIDT, § 11 GmbHG Rz. 35; HACHENBURG-ULMER, § 11 GmbHG Rz. 50 m.w.N.

584 Im Ergebnis auch Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 137.

585 KOGH v. 25. 2. 1992, 91 nu 6108.

586 § 554 BGB lautet: [Begriff der Schenkung] Eine Schenkung liegt vor, wenn der eine Teil dem anderen Teil eine unentgeltliche Zuwendung aus seinem Vermögen verspricht und der andere Teil ihm gegenüber die Annahme der Zuwendung erklärt.

587 Siehe vorher § 2 III 1 b).

Recht umfangreiche partielle Rechtsfähigkeit zuzuerkennen. Anders als im Deutschland ist es in Korea aber dem Gründungsverband (v.a. der Vor-GmbH) nicht erlaubt, als persönlich haftender Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft an einer Gesellschaftsgründung teilzuhaben, weil das KHGB den Handelsgesellschaften nicht gestattet, Gesellschafter einer OHG oder Komplementäre einer KG zu werden (§ 173 KHGB).

3. Stiftung

a) Allgemeine Anforderungen

Zur Entstehung einer selbständigen Stiftung sind im deutschen Recht ein rechtsgeschäftlicher Gründungsakt des Stifters, das sog. Stiftungsgeschäft und eine staatliche Genehmigung erforderlich (§ 80 BGB). Im Vergleich dazu fordert das KBGB außerdem die Eintragung der Stiftungsgründung (§ 33 KBGB)[588]. Das Stiftungsgeschäft kann als Rechtsgeschäft unter Lebenden (§ 81 BGB; § 47 Abs. 1 KBGB) oder als Verfügung von Todes wegen (§ 83 BGB; § 47 Abs. 2 KBGB) vorgenommen werden.[589] Auf den Fall der Stiftungserrichtung unter Lebenden sind im KBGB die Vorschriften über die Schenkung und auf den Fall einer Verfügung von Todes wegen die Vorschriften über Vermächtnis anzuwenden. Rechtsnatur des Stiftungsgeschäfts ist auf jeden Fall eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung.[590] Das Stiftungsgeschäft ist die Erklärung des Stifters, welchem Zweck die Stiftung dienen soll (vgl. § 87 BGB; § 46 KBGB), wo sie ihren Sitz hat (vgl. § 80 BGB; § 33 KBGB), welche Vermögensmittel ihr zur Erfüllung ihrer Aufgabe zugewendet werden (vgl. § 82 BGB; § 43 mit § 40 KBGB) und welche Organe zu ihrer Geschäftsführung und Vertretung bestimmt sind (vgl. § 86 BGB; § 43 KBGB).

Neben dem Stiftungsgeschäft ist die staatliche Genehmigung eine unerläßliche Komponente der Entstehung einer selbständigen Stiftung (vgl. § 80 BGB; § 32 KBGB). Die Genehmigung des Stiftungsgeschäfts und damit der Stiftung durch den Staat soll sicherstellen, daß der Stiftungszweck im Einklang mit der Verfassung und den Zielen des Staates steht. Diese Stiftungsgenehmigung wird in Deutschland als Konstitutivakt bezeichnet.[591]

---

588 § 33 KBGB lautet: [Eintragung der Gründung] Die juristische Person entsteht durch Eintragung der Gründung an dem Ort, an dem sie ihren Hauptsitz hat.

589 § 47 KBGB lautet : [Anzuwendende Vorschriften]
(1) Beruht die Entstehung der Stiftung auf einer Verfügung unter Lebenden, so sind die Vorschriften über die Schenkung entsprechend anzuwenden.
(2) Stützt sich die Entstehung der Stiftung auf eine Verfügung von Todes wegen, so sind die für das Vermächtnis geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden.

590 [Deutschland] STAUDINGER-RAWERT, § 80 Rz. 2; SOERGEL-NEUHOFF, § 80 Rz. 1; SEIFART-HOF, Handbuch des Stiftungsrechts, § 7 Rz. 9; EBERSBACH, Handbuch des Stiftungsrechts, S. 48, HÜBNER, AT des BGB, S. 157.
[Korea] Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 185; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 247; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 249. Aber Eun-Young LEE, AT des BGB, S. 264, sieht das Stiftungsgeschäft als ein Abtretungsvertrag an.

591 BVerwGE 29, 314, 316 = NJW 1969, 339, 340; BGHZ 70, 313, 321. Karsten SCHMIDT, Stiftungswesen – Stiftungsrecht – Stiftungspolitik, S. 13.

Außer dem Stiftungsgeschäft und der staatlichen Genehmigung ist im koreanischen Recht auch die Eintragung eine notwendige Komponente zur Entstehung einer Stiftung (§ 33 KBGB). Ab dem Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung muß eine (werdende) Stiftung innerhalb von drei Wochen eingetragen werden (§ 49 KBGB)[592].

b) Vor-Stiftung

aa) Kontroverse um die Vor-Stiftung in Deutschland

aaa) Ansicht der Befürworter der Vorstiftung

Zwischen der Vornahme des Stiftungsgeschäfts und der Erteilung der zur Erlangung der Rechtsfähigkeit erforderlichen staatlichen Genehmigung kann ein längerer Zeitraum liegen. Ferner mag sich unter Umständen bereits in diesem Zeitraum die Notwendigkeit ergeben, daß der Stifter oder die schon vorgesehenen Organpersonen der künftigen Stiftung zur Durchführung von Vorbereitungs- und Aufbaugeschäften für die spätere Stiftung am Rechtsverkehr teilnehmen. Davon ausgehend, wird in der Literatur analog zur Vorgesellschaft bzw. zum Vorverein die Existenz einer »Vor-Stiftung« im Errichtungsstadium angenommen.[593] Nach dieser Ansicht seien die zur Vorgesellschaft entwickelten Grundsätze unter Hinweis auf die angeblich gleiche Rechts- und Interessenlage auch auf die werdende Stiftung entsprechend anzuwenden.[594] Dabei beruft sich *Schwinge*,[595] der ein Befürworter der Vor-Stiftung ist, zum einen auf ein Urteil des Kammergerichts[596], in dem dieses bejahte, daß für die Stiftung als zukünftige juristische Person im Interesse eines Vermächtnisses in Analogie zu §§ 1912, 1913 BGB eine Pflegeschaft angeordnet werden könne, zum anderen darauf, daß die Organe der werdenden Stiftung in einer Weise am Rechtsverkehr teilnehmen können müssen, »die ihre Handlung gegen rechtliche Anzweiflung sicherstellt«[597].

Der gedankliche Vorteil der Vor-Stiftung besteht in der Tat darin, daß die namens der Stiftung vor der Genehmigung erworbene Rechtspositionen zum Zeitpunkt ihrer Verselbständigung als juristische Person *eo ipso* auf die Stiftung übergehen und dafür kein erneutes Rechtsgeschäft erforderlich ist. Diese Feststellung gilt es jedoch zu erläutern.

---

592 § 49 KBGB lautet: [Inhalt der Eintragung]
(1)Wird die Genehmigung für die Gründung einer juristischen Person verliehen, so muß sie ihre Gründung innerhalb von drei Wochen an dem Ort eintragen, an dem sie ihren Hauptsitz hat.
(2) Bei der Eintragung gemäß Absatz 1 sind die folgenden Einzelheiten einzutragen: 1. Zweck; 2. Name; 3. Sitz; 4. Datum der Gründungsgenehmigung; 5. Zeitdauer des Bestehens und Auflösungsgründe, falls sie bestimmt sind; 6. Gesamtbetrag des Vermögens; 7. Art und Höhe der Beiträge, falls bestimmt; 8. Name und Wohnsitz des Vorstandes; 9. Beschränkung der Stellvertretungsmacht des Vorstandes, falls sie bestimmt ist.

593 SCHWINGE, BB 1978, S. 527 ff.; PALANDT-HEINRICH, § 80 Rz. 2; im Ergebnis auch EBERSBACH, Handbuch des Stiftungsrechts, S. 66 f.

594 Vor allen SCHWINGE, BB 1978, S. 527, 528.

595 SCHWINGE, BB 1978, S. 527, 528.

596 KG OLGE 24, 246.

597 SCHWINGE, BB 1978, S. 527, 528.

bbb) Kritik an der Anerkennung der Vor-Stiftung

Die Idee einer Vor-Stiftung wird im überwiegenden Teil der Literatur abgelehnt.[598] Dabei wird vom Vergleich mit dem Verein bzw. der Gesellschaft in Gründungsstadium ausgegangen. Während die Vorgesellschaft bereits vor Eintragung gegenüber ihren Gesellschaftern eine Verselbständigung erfahren hat, hat die Stiftung keine Vorstufe, in der sie als »eine werdende Stiftung« existent ist, weil sie sich erst mit Erlangung der Rechtsfähigkeit gegenüber dem Stifter und seiner Vermögenssphäre verselbständigt.[599] Die Verneinung der Existenz einer Vor-Stiftung spiegelt sich in § 81 Abs. 2 und § 82 BGB wieder: Das von dem Stifter zugesicherte Vermögen ist von dem eigenen Vermögen des Stifters vor dem Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung nicht zu unterscheiden. Somit kann der Stifter bis zur Erteilung der Genehmigung sein Stiftungsgeschäft widerrufen (§ 81 Abs. 2 BGB). Während der Vor-Gesellschafter bei der Vor-GmbH im Hinblick auf die zugesagte Einlage den Bindungen des Gesellschaftsvertrages unterliegt,[600] ist der Stifter bis zum Zeitpunkt der Genehmigung weder schuld- noch sachenrechtlich an seine Vermögenszusage gebunden. Der Stifter ist erst mit der Genehmigung verpflichtet, das in dem Stiftungsgeschäft zugesicherte Vermögen auf die Stiftung zu übertragen (§ 82 Satz 1 BGB).

Man muß sich auch darüber im klaren sein, daß die zuständige Behörde die Gültigkeit des Stiftungsgeschäfts genau genommen nicht »genehmigt«, sondern »feststellt«.[601] Durch die Genehmigung, die in diesem Sinne rechtsbegründend, also konstitutiv ist, entsteht erst die rechtsfähige Stiftung. Demnach ist es kaum vorstellbar, daß zwischen Einreichung des Stiftungsgeschäfts und Genehmigung eine Stiftung besteht, auch keine nichtrechtsfähige Stiftung. Während ein nichtrechtsfähiger Verein vor dem Zeitpunkt der Eintragung oder der Verleihung entstehen kann, ist die Entstehung einer nichtrechtsfähigen oder einer unselbständigen Stiftung erst entschieden, wenn die Stiftungsgenehmigung verweigert wird. Die Koinzidenz der Entstehung eines der Rechtsfähigkeit fähigen Gebildes und der Erlangung der Rechtsfähigkeit ist, wie *Karsten Schmidt* durch historische Forschung einleuchtend festgestellt hat, ein vom BGB-Gesetzgeber herausgearbeitetes Spezifikum des Stiftungsrechts.[602]

Auch die andere Begründung für die Anerkennung der Vor-Stiftung mit dem Hinweis auf die Ansicht des Kammergerichts, daß schon vor der Genehmigung für die zukünftige Stiftung ein Pfleger bestellt werden kann, ist nicht überzeugend. Die h.M. schließt sich dieser Ansicht des Kammergerichts an, indem sie im Fall des § 84 BGB zur Wahrung der Rechte der werdenden Stiftung die Bestellung eines Pflegers zuläßt und die Stiftung im Gründungsstadium als einen *nasciturus* betrachtet.[603] Aber die ge-

598 MünchKomm-REUTER, § 80 Rz. 11; STAUDINGER-RAWERT, § 80 Rz. 42; SEIFART-HOF, Handbuch des Stiftungsrechts, § 7 Rz. 197; KRONKE, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, S. 47, 48; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 185, 186.

599 So KRONKE, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, S. 48.

600 HACHENBURG-ULMER, § 11 GmbHG Rz. 29.

601 Vgl. SOERGEL-NEUHOFF, § 80 Rz. 16.

602 Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 17.

603 FLUME, Juristische Person, S. 147 f.; SOERGEL-NEUHOFF, § 84 Rz. 1; MünchKomm-REUTER, § 80 Rz. 11; SEIFART-HOF, Handbuch des Stiftungsrechts, § 7 Rz. 200; RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 41.

setzliche Fiktion des § 84 BGB betrifft einen Sonderfall, in dem die Stiftung erst nach dem Tode des Stifters genehmigt wird.[604] § 84 BGB gilt nur für die Zuwendungen des Stifters, aber bezieht sich niemals auf Zuwendungen anderer Personen oder Geschäfte, die nicht den für die Stiftung vorgesehenen Nachlaß betreffen.[605] Der von § 84 erfaßte Fall stellt also keine allgemeingültige Begründung für die werdende Stiftung im Schwebezustand zwischen Vornahme des Stiftungsgeschäfts und Erteilung der Stiftungsgenehmigung dar.

Es ist auch zweifelhaft, ob die Organe der werdenden Stiftung so am Rechtsverkehr teilnehmen können müssen, daß ihre Handlungen vor rechtlicher Anzweiflung sicher sind. Die Handlungen der zukünftigen Organe sind, wie *Hof* zutreffend erkannt hat, nicht schwebend unwirksam, sondern vielmehr wirksam, für und gegen den Stifter. Dabei geht es nur um die Frage, ob sie als dessen Bevollmächtigte oder im Schutz einer ihm zuzurechnenden Anscheins- oder Duldungsvollmacht handeln.

bb) Rechtslage der Vor-Stiftung im koreanischen Recht

Im Gegensatz zur Situation in Deutschland ist die Existenz der Vor-Stiftung in der koreanischen Literatur als eine Erscheinungsform der nichtrechtsfähigen Stiftungen unstreitig anerkannt.[606] Dieser Unterschied hängt mit den gesetzlichen Voraussetzungen für die Entstehung einer Stiftung zusammen. Man spricht in Korea von einer nichtrechtsfähigen Stiftung, die das von dem Stifter zugewendete Zweckvermögen und die Stiftungsverfassung hat, ohne daß sie von Behörde genehmigt wurde oder eingetragen wurde. Der Charakter einer nichtrechtsfähigen Stiftung kam in einem Urteil des KOGH vom 5. 12. 1957 deutlich zum Ausdruck:

> »Sie ist eine faktische selbständige Einheit im Rechtsleben, die aus einem zu einem bestimmten Zweck zugewendeten Vermögen besteht. Ihr Wesen ist zwar einer rechtsfähigen Stiftung gleich, aber sie besitzt keine Rechtsfähigkeit.«[607]

Der im § 48 Abs. 1 KBGB[608] vorgesehene »Zeitpunkt der Entstehung« bedeutet nach § 33 KBGB der Zeitpunkt der Vollendung der Eintragung. Die Erteilung der Genehmigung ist keine Endstation sondern eine Zwischenstation. Die Endstation ist ja die Eintragung ins Stiftungsregister, die eine konstitutive Wirkung hat. Daß im koreanischen Recht nicht durch die staatliche Genehmigung sondern erst durch die Eintragung ins Stiftungsregister eine Stiftung als juristische Person entsteht, hat die Entstehung einer

---

604 Zu dem Fall der Städel´sche Stiftung in Frankfurt, der zur Legislation des § 84 BGB führte, siehe Karsten SCHMIDT, Stiftungswesen – Stiftungsrecht – Stiftungspolitik, S. 13, 14.

605 FLUME, Juristische Person, S. 148; STAUDINGER-RAWERT, § 80 Rz. 43; MünchKomm-REUTER, § 84 Rz. 3.

606 Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 273 ff.; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 231 ff.; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 309 ff.; Chung-Han KIM, AT des BGB, S. 124 ff.; Young-June LEE, AT des BGB, S. 853 ff.; GWAKKomm-HONG, § 43 KBGB S. 627 ff.

607 KOHG v. 5. 12. 1957, 4390 minsang 244; ähnlich auch KOHG v. 2. 6. 1964, 63 da 856.

608 § 48 KBGB lautet: [Übergang des Zugewendeten auf die Stiftung]
(1) Bei Gründung einer Stiftung durch Verfügung unter Lebenden steht das zugewendete Vermögen von dem Zeitpunkt der Entstehung an der Stiftung zu.
(2) Im Fall der Entstehung der Stiftung durch eine letztwillige Verfügung gilt das zugewendete Vermögen an dem Zeitpunkt des Inkrafttretens als der Stiftung zugefallen.

Vielzahl von nichtrechtsfähigen Stiftungen, besonders Vor-Stiftungen zur Folge. Diejenige (werdende) Stiftung, die bereits von der Behörde genehmigt wurde aber noch eine nicht eingetragene Stiftung ist, kann als ein von ihrem Stifter völlig verselbständigtes Rechtsgebilde am Rechtsverkehr teilnehmen. Im Innenverhältnis sind die Vorschriften über die rechtsfähige Stiftung auf diese werdende Stiftung entsprechend anwendbar. Im Einzelfall des Außenverhältnisses hat die werdende Stiftung als solche, wie ein nichtrechtsfähiger Verein, die Eintragungsfähigkeit ins Grundbuch (§ 30 KGBG; § 56 Ausführungsordnung zum Grundbuchgesetz), die Parteifähigkeit (§ 48 KZPG) und das Namenrecht[609]. Da gleichermaßen das Vermögen der werdenden Stiftung von dem Vermögen des Stifters getrennt ist, haftet diese Stiftung selbst für die Verbindlichkeiten, die sich aus Vorbereitungs- und Aufbaugeschäften für diese Stiftung ergeben.[610]

Aus vorstehendem Vergleich läßt sich schließen: Während im deutschen Recht die Anerkennung der Vor-Stiftung zurückgewiesen wird, weil das Gesetz keinen Zeitraum vorsieht, in dem sich eine Stiftung stufenweise bilden kann, ist das koreanische Recht auf die Existenz der Vor-Stiftung angelegt, indem es auf der einen Seite nach dem Zeitpunkt der Genehmigung noch eine definitive Eintragung verlangt und auf der anderen Seite im Einzelfall der nichtrechtsfähigen Stiftung eine Teilrechtsfähigkeit zubilligt.

II. Erlangung der Rechtsfähigkeit mittels staatlicher Mitwirkung

1. Existenz und Rechtsfähigkeit der Verbände

Abgesehen von den Stiftungen sowie Personenvereinigungen, die *uno actu*, also nicht durch Prozeß entstehen, durchlaufen die juristischen Personen des Privatrechts angesichts ihrer Entstehung zwei zu trennende Phasen, nämlich die Gründungsphase und die Vollendungsphase. In der Gründungsphase, in der das privatautonome Gründungsgeschäft im Vordergrund steht, tritt ein Verband als nichtrechtsfähiger Verein, als Vorverein, Vor-AG, Vor-GmbH oder Vor-Genossenschaft ohne staatliche Mitwirkung ins Leben. In der Vollendungsphase findet die Erlangung der Rechtsfähigkeit anhand staatlicher Mitwirkung statt. Den Verband an sich bringt nicht der staatliche Einfluß, sondern das private Gründungsgeschäft zustande. Erst an der Erlangung der Rechtsfähigkeit ist der Staat beteiligt.[611] Die Bildung eines Verbandes ist also nicht davon abhängig, ob er die Rechtsfähigkeit seitens des Staates erlangt hat oder nicht.[612] Daher kann man mit *Karsten Schmidt* »Existenz und Rechtsfähigkeit als unterscheidbare Merkmale von Personenverbänden«[613] bezeichnen.

Geht man von der dogmatischen Trennung von Existenz und Rechtsfähigkeit der Verbände aus, kann man die Tatsache erkennen, daß die seit dem 19. Jahrhundert bis heute geführte Theoriedebatte um die juristische Person und die damit verbundene Entstehung der juristischen Person einseitig behandelt wurde. Wie *Flume*[614] richtig erkannt

609 KOGH v. 2. 6. 1964, 63 da 856.
610 Young-June LEE, AT des BGB, S. 855.
611 Vgl. Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 15.
612 Im Ergebnis STAUDINGER-WEICK, Einl. zu §§ 21 ff. Rz. 58.
613 Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 14.
614 FLUME, Juristische Person, S. 8 ff.

hat, hat *Savigny* die Existenz der Korporation und der Stiftung nicht verneint.[615] *Savigny* hat nur das Erfordernis der Erlangung einer Rechtsfähigkeit darin gesehen, die der juristischen Person fehlende »natürliche Beglaubigung« durch Staatsgenehmigung zu ersetzen. Im Hinblick auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs wollte er die juristische Person nur durch staatliche Konzession sichtbar machen. Für ihn steht also die Publizität des Subjekts im Mittelpunkt. Man muß auch darauf achten, daß *Gierke* im Zusammenhang mit dem Verhältnis der Körperschaft zur staatlichen Mitwirkung nicht nur die Existenz der Verbände und damit das System der freien Körperschaftsbildung hervorgehoben, sondern auch hinsichtlich der Erlangung der Rechtsfähigkeit das Registrierungssystem und das Konzessionssystem anerkannt hat.[616] Somit kann die Trennung von Existenz und Rechtsfähigkeit in jeder historischen Theorie festgestellt werden. Der Gedanke der Trennung von Existenz und Rechtsfähigkeit ist nicht bloße Erfindung eines Theoretikers sondern in der Tat scharfe Absicht des BGB-Gesetzgebers. Dies läßt sich besonders beim Vergleich mit der Stiftungsentstehung verdeutlichen, wie wir oben bereits gesehen haben.

Diese Trennung dient einmal dazu, korrekt zu verstehen, daß der Gründungsverband[617] in Hinblick auf seine Existenz bereits ein selbständiger Rechtsträger ist, aber sich angesichts seiner fehlenden Rechtsfähigkeit von der juristischen Person unterscheidet. Damit kann man unschwer die Formel *John*s, die Vorgesellschaft sei eine »juristische Person minus Rechtsfähigkeit«[618] zurückweisen, weil, wie *Flume*[619] zutreffend bemerkt, die Rechtsfähigkeit das Essentiale der juristischen Person ist. Die Trennung von Existenz und Rechtsfähigkeit bietet zum anderen einen neuen Denkansatz an, sowohl das Problem der Erlangung der Rechtsfähigkeit als auch der Beendigung der juristischen Person besser zu erklären, womit sich folgende Ausführungen beschäftigen werden.

2. Rechtsregeln zur Erlangung der Rechtsfähigkeit

a) Geläufige Systematik

Für die Erlangung der Rechtsfähigkeit unterscheidet man üblicherweise drei Systeme: Das System der freien Körperschaftsbildung, das System der Normativbestimmungen und das Konzessionssystem.[620] Sie unterscheiden sich in der Intensität der Einflußnahme des Staates auf die Entstehung der juristischen Person.

---

615 Siehe vorher § 1 II 2 a).

616 Dazu Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 17 ff.; Robert SCHEYHING/ Matthias WILHELM, Festschrift für Horst LOCHER, S. 495, 496 ff. Siehe auch vorher § 1 II 3 b) cc).

617 Die heute allgemein anerkannte Identität der Vorgesellschaft ist Otto v. GIERKE zu verdanken, der zwischen der Verbandsbildung als notwendigem Faktum und der Erlangung der Rechtsfähigkeit unterschieden hat. Karsten SCHMIDT, Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht, S. 22 ff.; Robert SCHEYHING/ Matthias WILHELM, Festschrift für Horst LOCHER, S. 495, 497.

618 JOHN, Die organisierte Rechtsperson, S. 309.

619 FLUME hält diese Formel für *contradictio in adiecto* (Juristische Person, S. 153).

620 Zum Beleg des alten Schrifttums wird verwiesen auf Helmut VOIGT, Rechtsregeln für entstehende juristische Personen des Privatrechts, S. 123 Fn. 14. Heute vgl. statt vieler STAUDINGER-WEICK, Einl zu §§ 21 ff. Rz 60; SOERGEL-HADDING, Vor § 21 Rz. 18 ff.;

(α) Das System der freien Körperschaftsbildung liegt vor, wenn die Rechtsordnung die Körperschaft mit ihrer Entstehung ohne weiteres – wie den Menschen mit seiner Geburt – als Rechtssubjekt anerkennt. Der Staat legt jedoch fest, welche Mindestvoraussetzungen diese Körperschaft erfüllen muß, um in der Rechtsordnung als juristische Person anerkannt zu werden. Hier fehlt nur die behördliche Kontrolle, ob diese Voraussetzungen zum Entstehungszeitpunkt erfüllt sind. Nach diesem System sind Erlaubtsein und Zuerkennung der Rechtsfähigkeit identisch.[621] Als Beispiel dafür zitiert man meistens Idealvereine in der Schweiz (Art 52 Abs. 2, 60 Abs. 1 ZGB). Außerdem ist nach Betrachtung *Küblers*[622] den Gewerkschaften faktisch das System der freien Körperschaftsbildung durch die Entscheidungen des BGH[623] gewährt worden, in denen es um die Zuerkennung der aktiven Parteifähigkeit für die ÖTV geht.

(β) Das System der Normativbestimmungen[624] besteht darin, daß der Staat unter Selbstbindung denjenigen privaten Körperschaften Rechtsfähigkeit zuerkennt, welche die im Gesetz aufgestellten Organisationserfordernisse erfüllen und durch konstitutive Eintragung in ein amtliches Register verlautbaren. Unter dieses System fallen der nichtwirtschaftliche Verein (§ 21 BGB)[625], die Aktiengesellschaft (§ 41 AktG), die GmbH (§ 11 GmbHG) und die Genossenschaft (§ 3 GenG).

(χ) Das Konzessionssystem liegt vor, wenn die Körperschaft die Rechtsfähigkeit ausschließlich durch einen hoheitlichen Verleihungsakt erhält. Nach geltendem Recht fallen unter das Konzessionssystem die Verleihung der Rechtsfähigkeit an wirtschaftliche und ausländische Vereine (§§ 22, 23 BGB), die Genehmigung von Stiftungen (§ 80 BGB) und die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (§ 15 VAG).

b) Neuer Ansatz von *Karsten Schmidt*

aa) Unbrauchbarkeit der Terminologie »Gründungssysteme«

Die Methodik der Dreiteilung in das System der freien Körperschaftsbildung, das System der Normativbestimmungen und das Konzessionssystem findet sich auch in der in den späten 70ern von *Mummenhoff* vorgelegten Schrift[626]. *Mummenhoff* bezeichnet

---

WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 205 ff.; KÜBLER, Gesellschaftsrecht, S. 28; HÜBNER, AT des BGB, S. 119.

621 STAUDINGER-WEICK, Einl zu §§ 21 ff. Rz 60.

622 KÜBLER, Rechtsfähigkeit und Verbandsverfassung, S. 21.

623 BGHZ 42, 210 ff.; Urteil des VI. Zivilsenat v. 6. Okt. 1964 und vier Jahre später BGHZ 50, 325 ff.; Urteil des VII. Zivilsenat vom 11. Juli 1968.

624 WIEDEMANN nennt dieses System Registrierungssystem (Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 207).

625 Mit der Aussage, daß alle rechtsfähigen Verbände dem Registrierungsgebot unterlägen, führt WIEDEMANN ebenda nicht § 21 BGB sondern § 22 BGB an. Hier dürfte sich ein Druckfehler eingeschlichen haben.

626 MUMMENHOFF, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit, S. 15.

dort diese Einordnung terminologisch als »Gründungssysteme«[627]. Diese neue Terminologie »Gründungssysteme« stößt auf scharfe Kritik, die besonders Anfang der 80er von *Karsten Schmidt*[628] vertieft wird. Seine Kritik geht von der Trennung von Existenz und Rechtsfähigkeit der Verbände aus. Wenn die Rechtsfähigkeit im System des heutigen Verbandsrechts nur eine den Verband auszeichnende Qualität ist, deren Erwerb und Verlust von der Entstehung und dem Ende des Verbandes wohl unterschieden werden muß, ist die Terminologie »Gründungssysteme« mit *Karsten Schmidt*[629] unzweckmäßig, denn es geht hier nicht um »Gründungs-« Systeme, sondern nur um Systeme der Erlangung der Rechtsfähigkeit. Wenn ein Verein beispielsweise mit genossenschaftlichem Zweck als e.V. gegründet und zur Eintragung angemeldet wird aber diesem wirtschaftlichen Verein die Eintragung in das Vereinsregister versagt wird, so scheitert nicht die »Gründung«, sondern nur die Erlangung der Rechtsfähigkeit gemäß § 21 BGB. Hier steht die Existenz des Vereins außer Frage. Hier bleibt nur die Frage offen, ob diesem gegründeten Verein durch Verleihung nach § 22 BGB möglich ist, Rechtsfähigkeit zu erlangen[630] oder ob dieser Verein nur als e.G. oder GmbH die Rechtsfähigkeit erlangen kann.[631]

bb) Formelle und materielle Systematisierung

Die gegenwärtig herrschende Doktrin stellt das System der freien Körperschaftsbildung, das System der Normativbestimmungen und das Konzessionssystem nebeneinander. Man schließt im geltenden Recht das System der Normativbestimmungen an die Entstehung der Idealvereine sowie der Kapitalgesellschaften, das Konzessionssystem an die der Wirtschaftsvereine sowie der Stiftungen an.[632] *Karsten Schmidt* wendet sich gegen diese herkömmliche Gegenüberstellung. Nach ihm[633] gibt es keinen Gegensatz zwischen dem System der freien Körperschaftsbildung, dem Konzessionssystem und dem System der Normativbestimmungen, denn diese Begriffe enthalten jeweils formelle und materielle Elemente und setzen nicht an einheitlichen Begriffsebenen an. Er meint, das formelle Element betreffe nur die für die Erlangung der Rechtsfähigkeit zu durchlaufende Prozedur. Das materielle Element betreffe dagegen das Problem der Privatautonomie bei der Bildung juristischer Personen: Es geht darum, welche Anforderungen der Verband erfüllen muß, damit er juristische Person werden kann. Die beide Elementen müßten miteinander sinnvoll verknüpft, dürften aber nicht miteinander

627 MUMMENHOFF, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit, passim.; davor ist die Verwendung des Fachausdrucks »Gründungssysteme« bei GEORGAKOPOULOS, Die Gründung der Aktiengesellschaft, Hamburg 1959, S. 62, zu finden.

628 Karsten SCHMIDT, ZHR 147 (1983), S. 43, 49 ff.; ders., Verbandszweck, S. 23 ff.; anschließend auch ders., Gesellschaftsrecht, S. 199 ff.

629 Karsten SCHMIDT, ZHR 147 (1983), S. 43, 50; ders., Verbandszweck, S. 24.

630 In diesem Fall würde die Verleihung der Rechtsfähigkeit nach § 22 BGB unter Berufung auf das Genossenschaftsgesetz abgelehnt. Vgl. BVerwGE 58, 26; dazu V. BAR/ V. CAROLSFELD, ZGen 13 (1981), S. 57.

631 Karsten SCHMIDT, ZHR 147 (1983), S. 43, 50; ders., Verbandszweck, S. 24.

632 Vgl. Statt vieler KÜBLER, Gesellschaftsrecht, S. 28; HÜFFER, Gesellschaftsrecht, S. 12 ff.

633 Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 58 ff.; DERS ., Gesellschaftsrecht, S. 200 ff.

verwechselt werden.[634] Auf der materiellen Ebene findet sich nur ein System der Normativbestimmungen. Im rechtsstaatlichen Verbandsrecht herrscht materiell die Universalität des Prinzips der Normativbestimmungen,[635] gleichgültig, ob ein Verband die Rechtsfähigkeit durch Eintragung oder durch behördliche Verleihung erwirbt. Auf welche Weise ein Verband die Rechtsfähigkeit erhält, ist nur eine formelle Frage. Hier bedarf es grundsätzlich einer staatlichen Mitwirkung, und zwar nicht aus Gründen obrigkeitlicher Reglementierung, sondern im öffentlichen Interesse.[636] Die staatliche Mitwirkung steht im Dienst der Rechtssicherheit und damit des Rechtsverkehrs. Hier stellt sich das Postulat der Publizität des Subjekts heraus: »Der Staat hat dafür zu sorgen, daß ohne Publizität des Subjekts keine juristische Person entsteht.«[637] Diese Formulierung erinnert uns an *Savignys* Konzept, das nämlich die Beglaubigung der juristischen Person durch den Staat vorsieht.[638] Schließlich stellt *Karsten Schmidt* fest, daß es in der formellen Frage um einen Publizitätsakt – entweder eine Registrierung oder eine Verleihung – geht.[639] Welches Verfahren der Gesetzgeber wählt ist eine Frage der Zweckmäßigkeit.[640]

cc) Registrierungs- und Konzessionssystem

Wenn man akzeptiert, daß die materiellen und formellen Elemente zur Erlangung der Rechtsfähigkeit voneinander trennbar sind und sich deshalb das System der Normativbestimmungen nicht auf das Verfahren zur Erlangung der Rechtsfähigkeit, sondern auf die normqualitativen Voraussetzungen der Erlangung der Rechtsfähigkeit bezieht, kann man im geltenden Recht betreffs der Erlangung der Rechtsfähigkeit auf die Verfahrensebene kategorial zwei Systeme stellen: das Registrierungssystem und das Konzessionssystem.[641]

Auf den Verband, für den die Normativbestimmungen ausgereift sind, paßt das Registrierungssystem am besten. Nach dem Registrierungssystem erlangen der nichtwirtschaftliche Verein, die Genossenschaft, die AG, die KGaA und die GmbH die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereins-, Genossenschafts-, bzw. Handelsregister (§§ 21 BGB, 13 GenG, 41 AktG, 11 GmbHG).

Demgegenüber verdient das Konzessionssystem nur unter zwei Voraussetzungen den Vorzug: Erstens in dem Fall, in dem mit der Rechtsformkontrolle eine präventive Betätigungsaufsicht zwingend verbunden ist. Hierzu gehören die Stiftung (§ 80 BGB) und der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (§ 15 VAG). Zweitens gilt das Konzessionssystem, wo gesetzliche Normativbestimmungen noch nicht herausgebildet sind und

634 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 200.
635 Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 61.
636 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 201.
637 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 201.
638 Siehe vorher § 1 II 2 a) cc).
639 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 202.
640 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 202.
641 Vgl. zum folgenden Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 65 ff.; ders., Gesellschaftsrecht, S. 202.

durch Normativbestimmungen unter Gesetzesrang (Verwaltungsvorschriften, Ermessensbegrenzungen) ersetzt werden müssen. Das ist der Fall beim wirtschaftlichen Verein i.S. des § 22 BGB.

c) Anwendung der neuen Systematik auf das koreanische Verbandsrecht

*Karsten Schmidt*s Systematik trifft in der deutschen Literatur noch auf keine Reaktion. Aber die Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Komponenten zur Erlangung der Rechtsfähigkeit und die Differenzierung zur funktionellen Rolle des Registrierungs- bzw. Konzessionssystems erscheinen mir, einen vorbildlichen Denkansatz zur Erklärung des Spannungsverhältnisses zwischen der auf dem autonomen Gründungsgeschäft basierenden Freiheit der Verbandsbildung (vgl. Art. 9 GG) und dem Publizitätserforderniss des Rechtssubjekts unter staatlicher Mitwirkung gegeben zu haben. In Korea begnügt sich die Systematik zur Erlangung der Rechtsfähigkeit noch mit den in Deutschland üblicherweise verwendeten Einteilungen. Diese beinahe versteinerten Einteilungen begegnen bisher keinem Einwand. Deshalb wird im folgenden zunächst die in Korea ganz verallgemeinerte Systematik dargestellt und anschließend unter Zuhilfenahme von *Karsten Schmidt*s Systematik der Versuch einer neuen Systembildung im koreanischen Verbandsrecht unternommen.

aa) Das überkommene Einteilungsschema

In der koreanischen Literatur werden folgende Systeme üblicherweise parallel dargestellt:[642] das System der freien Körperschaftsbildung, das System der Normativbestimmungen, das System der Genehmigung, das Konzessionssystem und das Oktroisystem.

(α) Das System der freien Körperschaftsbildung liegt vor, wenn der Staat auf die Entstehung der juristischen Person keinen verwaltungsrechtlichen Einfluß ausübt. Im geltenden koreanischen Recht wird dieses System nicht berücksichtigt. Man stellt fest, daß das KBGB das System der freien Körperschaftsbildung ausdrücklich ausschließt,[643] weil § 31 KBGB folgenden Wortlaut hat: »Die juristische Person kann nur unter gesetzlichen Bestimmungen entstehen.«

(β) Vom System der Normativbestimmungen wird gesprochen, wenn eine Vereinigung die im Gesetz aufgestellten Mindestanforderungen erfüllen muß, um die Rechtsfähigkeit zu erlangen. Das Gesetz mißt in diesem System der Eintragung in der Regel konstitutive Wirkung bei, weil damit für jedermann offenkundig wird, daß diese Vereinigung die Mindestanforderungen erfüllt. Dieses System gilt für den wirtschaftlichen BGB-Verein (§ 39 KBGB), die Handelsgesellschaften (§ 172 KHGB) und die Gewerkschaften (§ 9 KGwG[644]).

---

642 Vgl. Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 174 ff.; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 240 ff.; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 233 ff.; Yong-Han KIM, AT des BGB, S. 154 ff.

643 Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 241; Yoon-Jik Gwak, AT des BGB, S. 233

644 § 9 des koreanischen Gewerkschaftsgesetzes lautet:
(1) Die Gewerkschaft kann nach Vereinbarung zur juristischen Person werden.
(2) In diesem Fall muß sich die Gewerkschaft nach dem in der Präsidialverordnung vorgesehenen Verfahren eintragen.

(χ) Im System der Genehmigung ist zur Körperschaftsbildung die behördliche Genehmigung erforderlich. Wird ein Antrag auf Erlaubnis zur Körperschaftsbildung gestellt, hat die zuständige Behörde unbedingt die Genehmigung zu erteilen, es sei denn, daß der Antrag die im Gesetz erforderlichen Voraussetzungen nicht vollständig erfüllt. Im Hinblick darauf, daß in diesem System kein Raum für Ermessen der Behörde vorhanden ist, sieht man de facto keinen Unterschied zwischen dem System der Normativbestimmungen und dem System der Genehmigung.[645] Als Beispiel für dieses System nennt man die Anwaltskammer, die Industrie- und Handelskammer, die Genossenschaft für Landwirtschaft, die Genossenschaft für Fischerei, die Genossenschaft für die Mittel- und Kleinindustrie, den Verband für Speditionsunternehmen, den Verband für Seetransportunternehmen, den Ärzteverband u.s.w.

(δ) Nach dem Konzessionssystem erwirbt eine Vereinigung die Rechtsfähigkeit durch Verleihung, die dem freien Ermessen der zuständigen Behörde unterliegt. Das KBGB nimmt für die nichtwirtschaftlichen juristischen Personen dieses System auf (vgl. § 32 KBGB). Außerdem unterliegen auch die Privatschulen und die Börse dem Konzessionssystem. Einigen Autoren kritisieren die Haltung des KBGB-Gesetzgebers, der mit diesem System die Entstehung der juristischen Person vom freien Ermessen der Behörde abhängig gemacht und dadurch die Kontrolle der Vereinigungen vereinfacht hat.[646] Besonders der Umstand, daß das Entstehungsschicksal der »nichtwirtschaftlichen« Vereinigung vom Behördenwillen abhängig gemacht wird, kann mit der Vereinigungsfreiheit des Verfassungsrechts (Art. 21 Abs. 1 KGG[647]) und mit dem Grundsatz der Verfügungsfreiheit des Privatvermögens nicht in Einklang gebracht werden. Deshalb empfiehlt sich *de lege ferenda* statt des Konzessionssystems für die nichtwirtschaftliche juristische Person vorzugsweise das System der Normativbestimmungen oder zumindest das System der Genehmigung.[648]

(ε) Das Oktroisystem liegt dann vor,[649] wenn es zur Gründung einer juristischen Person der Gesetzgebung für die eventuelle juristische Person bedarf. Dieses System sorgt dafür, daß bestimmte Unternehmen, insbesondere solche, die über besondere Machtposition verfügen, wie z.B. Monopole, einem stärkeren staatlichen Einfluß dadurch unterliegen, daß sie nur durch Einzelfallgesetz gegründet werden können und in Form staatlicher Betriebe auftreten. Hierzu gehören die Korea Bank, die Korea Industrie Bank, die Korea Ex- und Import Bank, die Korea

---

(3) Auf die Gewerkschaft, die juristische Person ist, sind die Vorschriften des KBGB über die juristische Person entsprechend anzuwenden, soweit das Gewerkschaftsgesetz keine anderen Vorschriften enthält.

645 Vgl. Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 175 ff.; GWAKKomm-HONG, § 31 KBGB S. 546.

646 Vgl. Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 175; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 242; Yong-Han KIM, AT des BGB, S. 155; GWAKKomm-HONG, § 31 KBGB S. 546.

647 Art. 21 Abs. 1 KGG lautet: Alle Staatsbürger genießen Rede- und Pressefreiheit sowie Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit.

648 Yong-Han KIM, AT des BGB, S. 155.

649 Zum Unterschied zwischen dem Konzessionssystem und dem Oktroisystem vgl. GEORGAKOPOULOS, Die Gründung der Aktiengesellschaft, S. 63.

Mittel und Kleinindustrie Bank, die Korea Immobilienbank, die Korea Kohlekorporation, die Korea Baukorporation, die Korea Rundfunkanstalt, die Korea Autobahnkorporation, das Korea Technologiezentrum, die Korea Wissenschaftsstiftung u.s.w.

bb) Einführung neuer Systematik

Der herkömmlichen Einteilung liege die Intensität der staatlichen Einflußname auf die »Gründung« der juristischen Person zugrunde.[650] Bei dieser Einteilung wurde jedoch zunächst zweierlei übersehen. Zum einen hat man mit dieser Einteilung die Entstehungsweise der juristischen Person nicht ernsthaft bedacht und somit alle Systeme auf eine gleiche Ebene gestellt. Man sollte mit *Rittner*[651] die Entstehungsweise *uno actu* und die Entstehungsweise durch Prozeß unterscheiden. Bei der juristischen Person, die *uno actu*, also durch Gesetz, Rechtsverordnung oder Verwaltungsakt entsteht, fallen die Gründung und die Vollendung der juristischen Person mit dem Erwerb der Rechtsfähigkeit zusammen. Tatsächlich sind die dem Oktroisystem unterliegenden juristischen Personen diejenigen, die *uno actu* entstehen. Hinsichtlich des Verhältnisses der durch Prozeß entstehenden Verbände zur staatlichen Mitwirkung braucht man also das Oktroisystem nicht zu berücksichtigen. Zum anderen hat diese Einteilung die Tatsache vernachlässigt, daß die Existenz und die Rechtsfähigkeit der Verbände voneinander trennbar sind. Solange die Vereinigungsfreiheit im Verfassungsrecht gewährleistet ist (vgl. § 21 Abs. 1 KGG), kann der Staat nicht die »Gründung« einer juristischen Person beeinflussen. Der Staat kann nur auf das Verfahren zur Erlangung der Rechtsfähigkeit einwirken. Hierbei geht es nur um den Publizitätsakt des Staates für das Rechtssubjekt.

Wenn man wie *Karsten Schmidt*[652] von einer Unterscheidung zwischen den materiellen und formellen Komponenten zur Erlangung der Rechtsfähigkeit ausgeht, kann man auch im koreanischen Recht feststellen, daß das System der Normativbestimmungen nicht mit dem System der Genehmigung und dem Konzessionssystem auf gleicher Ebene liegt. Entgegen der herrschenden Auffassung[653] ziehe ich aus § 31 KBGB (»Die juristische Person kann nur unter gesetzlichen Bestimmungen entstehen«) den Sinngehalt, daß er das Prinzip des System der Normativbestimmungen deklariert. § 31 KBGB hat also für alle juristischen Personen Geltung. Aus diesem Paragraphen läßt sich auch das Prinzip des *numerus clausus* der Rechtsform der juristischen Person ableiten. Schließlich lassen sich in formeller Hinsicht die Systeme auch im koreanischen Recht folgendermaßen teilen:

(α) Das Eintragungssystem gilt für den wirtschaftlichen Verein (§ 39 KBGB), die Handelsgesellschaften (AG, GmbH, KG, OHG) (§ 172 KHGB) und die Gewerkschaften (§ 9 KGwG).

(β) Dem Konzessionssystem unterliegen der nichtwirtschaftliche Verein (§ 32 KBGB), die Privatschulen und die Börse.

650 Yong-Han KIM, AT des BGB, S. 154.
651 RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 17 ff.
652 Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 58.
653 Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 241; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 233.

Das Genehmigungssystem kann man unter dem Eintragungssystem subsumieren, wenn nach Ausreifung der Normativbestimmungen nur eine gebundene Entscheidung der Behörde stattfinden könnte.[654] Bemerkenswert ist im Gegensatz zu §§ 21, 22 BGB, daß im koreanischen Recht der Idealverein durch Konzession und der Wirtschaftsverein durch Eintragung die Rechtsfähigkeit erlangen (§§ 32, 39 KBGB)[655]. Aus Zweckmäßigkeitsüberlegungen scheint mir diese Rechtsregelung nicht plausibel, weil dem Wirtschaftsverein im KBGB ermöglicht wird, die Gesellschaftsformen des Handelsrechts zu umgehen und beim Idealverein die Freiheit der Körperschaftsbildung beeinträchtigt werden kann. Im deutschen Recht hat § 22 BGB, wonach der Wirtschaftsverein durch staatliche Verleihung die Rechtsfähigkeit erwerben kann, sozusagen eine Sperrfunktion[656], die allen wirtschaftlichen Vereinigungen, denen eine Betätigung in Form der körperschaftlichen Handelsgesellschaften zuzumuten ist, den Zugang zur Rechtsform des als juristische Person rechtsfähigen Vereins verwehrt. Aus der koreanischen Rechtsregelung, besonders aus § 39 KBGB ist diese Funktion nicht zu ersehen. Das bringt die Gefahr mit sich, im Widerspruch zum Grundsatz des *numerus clausus* der Rechtsformen der Handelsgesellschaften zu stehen. Der Gesetzgeber des KBGB hätte, wie das deutsche Recht, umgekehrt normieren sollen.

3. Rechtsfolge der Registrierung bzw. Konzessionierung

Durch Eintragung oder Konzessionierung erfolgt die Vollendung der juristischen Person. Dadurch ist der Bestandsschutz weiter erhöht.[657]

Die Eintragung wirkt konstitutiv. Sie macht aus dem Gründungsverband (also Vor-Verein, Vor-AG, Vor-GmbH, Vor-Genossenschaft) die fertige juristische Person. Nach herrschender Auffassung[658] besteht ein Verein, der trotz nicht erfüllter Eintragungsvoraussetzungen einmal eingetragen ist, aufgrund der konstitutiven Eintragung als juristische Person bis zum Zeitpunkt der Löschung. Wird nachträglich die wahre Sach- und Rechtslage dem Registerrichter bzw. Rechtspfleger bekannt, kann die Eintragung nach §§ 159, 142 FGG von Amts wegen mit Wirkung *ex nunc* gelöscht werden. Es kann einem eingetragenen Verein auch nach § 43 Abs. 2 BGB die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er satzungswidrig einen auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zweck verfolgt.[659] Diese Maßnahme erfolgt auch mit Wirkung *ex nunc*. Die Rechtsfähigkeit des Vereins als e.V. wird dann für die Zukunft, nicht aber rückwirkend,

---

654 Karsten SCHMIDT meint, daß den ausgereiften Normativbestimmungen des Vereins-, Genossenschafts- und Kapitalgesellschaftsrechts am besten das Registrierungsverfahren entspricht (Gesellschaftsrecht, S 202).

655 Zum Unterschied zwischen nichtwirtschaftlichem und wirtschaftlichem Verein: vgl. vorher § 2 II 3.

656 Zur Sperrfunktion des § 22 BGB: vgl. eingehend Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 77 ff.

657 Vgl. FLUME, Juristische Person, S. 144.

658 FLUME, Juristische Person, S. 144; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 682; STAUDINGER-WEICK, § 21 Rz. 26; SOERGEL-HADDING, Vor § 55 Rz. 5; MünchKomm-REUTER, § 55 Rz. 2; RGRK-STEFFEN, § 55 Rz. 2.

659 Zum Verhältnis dieser Verfahren zueinander: vgl. Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 236 ff.

beseitigt.[660] Die konstitutive Wirkung der Eintragung gilt ebenso für die Kapitalgesellschaften und die Genossenschaft. Demnach werden die Gründungsmängel der Kapitalgesellschaften sowie der Genossenschaft abgesehen von der Nichtigkeitsklage nach §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG, 94 ff. GenG durch die Eintragung geheilt. Für die Kapitalgesellschaften und die Genossenschaft können nur die im Gesetz festgelegten Nichtigkeitsgründe mit der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden. Das Urteil wirkt nur *ex nunc* und führt die Gesellschaft sowie die Genossenschaft zur Auflösung (vgl. §§ 277 AktG, 77 GmbHG, 97 GenG). Diese Klage ist deshalb nach richtiger Auffassung[661] als Auflösungsklage zu begreifen, weil sie auf die Auflösung eines durch nichtiges Rechtsgeschäft errichteten, damit aber keinesfalls selbst »nichtigen« Verbandes zielt. Auch im koreanischen Recht wird aufgrund § 320 Abs. 1 KHGB[662] allgemein anerkannt, daß die Gründungsmängel durch die Eintragung geheilt werden. Die Nichtigkeit der Gesellschaft kann nur mittels der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden (vgl. für die AG § 328[663]; für die GmbH § 552[664]; für die OHG § 184[665]; für die KG § 269[666] KHGB). Das bei dieser Klage ergehende Urteil wirkt wie im deutschen Recht nur für die Zukunft. Ist das die Nichtigkeit der Gründung der Gesellschaft feststellende Urteil rechtskräftig geworden, so ist die Gesellschaft entsprechend den Vorschriften über die Auflösung zu liquidieren (§ 193 KHGB). Bemerkenswert ist, daß in bezug auf die Gründungsmängel neben der Nichtigkeitsklage im koreanischen Recht

---

660 Vgl. Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 682.

661 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 149.

662 § 320 Abs. 1 KHGB lautet: Nach der Gründung der Gesellschaft kann sich ein Aktienzeichner weder darauf berufen, daß seine Aktienzeichnung den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht, noch kann er wegen Täuschung, Drohung oder Irrtums seine Zeichnung anfechten.

663 § 328 KHGB lautet: [Klage auf Nichtigkeit der Gründung]
(1) Die Nichtigkeit der Gründung der Gesellschaft kann nur durch Klage von Aktionären oder Vorstandsmitgliedern innerhalb von zwei Jahren nach Entstehung der Gesellschaft geltend gemacht werden.
(2) Auf die im vorigen Absatz genannte Klage finden die Vorschriften der § 186 bis § 193 entsprechende Anwendung.

664 § 552 KHGB lautet: [Klage auf Nichtigkeit bzw. Anfechtung der Gründung]
(1) Die Nichtigkeit der Gründung der Gesellschaft kann nur von Gesellschaftern, Geschäftsführern und gesellschaftsinternen Prüfern, die Anfechtung der Gründung kann nur von dem der Anfechtung Berechtigten innerhalb von zwei Jahren nach Entstehung der Gesellschaft geltend gemacht werden.
(2) Auf die im vorigen Absatz genannte Klage finden die Vorschriften des § 184 Abs. 2 und der § 185 bis §193 entsprechende Anwendung.

665 § 184 KHGB lautet: [Klage auf Nichtigkeit bzw. Anfechtung der Gründung]
(1) Die Nichtigkeit der Gründung der Gesellschaft kann nur von Gesellschaftern, die Anfechtung der Gründung kann nur von dem der Anfechtung Berechtigten innerhalb von zwei Jahren nach Entstehung der Gesellschaft geltend gemacht werden.
(2) Auf die im vorigen Absatz genannte Anfechtung der Gründung findet die Vorschriften des § 140 KBGB entsprechende Anwendung.

666 § 269 KHGB lautet: [Entsprechende Anwendung] Die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft sind entsprechend auf die Kommanditgesellschaft anzuwenden, soweit die Vorschriften dieses Abschnitts nichts anders bestimmen.

für die GmbH, die KG und die OHG – aber nicht für die AG – eine Möglichkeit der Anfechtungsklage eröffnet wird, die aufgrund der subjektiven Gründungsmängel (z.B. Geschäftsunfähigkeit, Irrtum, Täuschung, Drohung etc.) zu erheben ist. Die Rechtsfolge dieser Klage ist nicht anders als die der Nichtigkeitsklage.

Die Verleihung ist ein zivilrechtsgestaltender begünstigender Verwaltungsakt, weil damit eine juristische Person zur Entstehung gelangt.[667] Im Unterschied zur Stiftung schafft die Verleihung nicht einen neuen Verein, sondern sie macht aus dem Vor-Verein einen kraft Verleihung rechtsfähigen Wirtschaftsverein.[668] Im Zusammenhang mit der Existenz des Verbandes stellt sich die Frage, in welchen Zustand ein Verband gerät, wenn ihm die Verleihung der Rechtsfähigkeit verweigert wird. *Karsten Schmidt* hat sich mit diesem Problem auseinandergesetzt und entgegen der hergebrachteten Auffassung, wonach in diesem Fall der Verband entweder als nichtrechtsfähiger Verein fortbesteht oder in die Liquidation geht, im Anschluß an das neue Umwandlungsgesetz 1994 ein neues Schema vorgeschlagen:[669] Das neue Umwandlungsgesetz kennt den Formwechsel des Vereins in eine GmbH oder Genossenschaft. Aber dieser Formwechsel setzt voraus, daß der Verein bereits rechtsfähig ist (§ 191 Abs. 1 Nr. 4 UmwG). So wandeln die Mitglieder durch die Satzungsänderung den eintragungsunfähigen Verein in die eintragungsfähige Rechtsform der Vor-GmbH oder Vor-Genossenschaft um und tragen dann die GmbH oder Genossenschaft ins Handels- bzw. Genossenschaftsregister ein. Bei der Erlaubtheit dieser Umwandlung geht es nicht um das Belieben der Mitglieder, sondern um die Anpassung derjenigen Normativbestimmungen, die die Eintragung eines solchen Verbandes zulassen. Dieses Erklärungsmodell scheint mir in Hinblick darauf plausibel, daß es die Intention der Vereinsgründer zur wirtschaftlichen Betätigung und das Konzept zum Formwechsel des neuen Umwandlungsgesetzes mit berücksichtigt und dadurch die Rolle der Normativbestimmungen in den Mittelpunkt gestellt hat. War die Verleihung rechtswidrig (es ist z.B. übersehen worden, daß wesentliche Teile der Satzung nichtig sind), so kann sie unter den Voraussetzungen der dem § 48 VwVfG entsprechenden Ländervorschriften zurückgenommen werden.[670] In diesem Fall wirkt die Rücknahme der Verleihung der Rechtsfähigkeit nicht für die Vergangenheit, sondern wie bei der Löschung der Eintragung für die Zukunft.[671]

In bezug auf die Entstehung der juristischen Person durch die staatliche Konzessionierung stellt sich im koreanischen Recht die Frage, im welchem Verhältnis die Genehmigung der zuständigen Behörde (vgl. § 32 KBGB) zu der Eintragung in das Vereins- und Stiftungsregister (vgl. § 33 KBGB) steht. Die Eintragung nach § 33 KBGB hat mit der Eintragung der Handelsgesellschaft ins Handelsregister nichts zu tun. Sie betrifft also nur die nichtwirtschaftlichen Vereine sowie die Stiftungen im KBGB (vgl. § 32 KBGB). Somit unterliegen die nichtwirtschaftlichen Vereine und die Stiftungen dem Konzessionssystem in dem Sinne, daß zur Entstehung solcher

667 Vgl. REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 220.

668 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 685.

669 Zum folgenden Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 685; eingehend auch ders., Verbandszweck, S. 309 ff.

670 REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 225.

671 Vgl. REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 225.

juristischen Personen die behördliche Genehmigung erforderlich ist. Aber diese Genehmigung wäre kein rechtsgestaltender Verwaltungsakt, weil sie nicht zur Vollendung solcher juristischen Personen führt. Zur Vollendung solcher juristischen Personen ist neben der Genehmigung die Eintragung notwendig (§ 32 KBGB). Man sieht diese Eintragung als rechtsbegründend oder konstitutiv an.[672] Die Notwendigkeit der Eintragung für solche juristischen Personen wird mit der Erleichterung der Feststellung des Rechtsverhältnisses durch Offenkundigkeit der juristischen Personen gerechtfertigt.[673] Im Vergleich zum deutschen Recht ist es fraglich, ob es zur Vollendung der juristischen Person neben der Konzession noch einer Eintragung bedarf. Dieses Verfahren ist aus rechtspolitischer Sicht unzweckmäßig. Denn, wie wir bei der Problematik der Vor-Stiftung gesehen haben,[674] es könnten eine Vielzahl von nichtrechtsfähigen Gebilde entstehen, weil trotz der staatlichen Genehmigung die Vollendung der juristischen Person schließlich vom Willen der Gründer zur Eintragung abhängig gemacht wird. In Anbetracht der Offenkundigkeit des Rechtssubjekts ist es auch überflüssig, neben der Konzession noch ein Eintragungsverfahren zu verlangen. Der Staat kann schon allein mit seiner Konzessionierung das Erfordernis der Sicherstellung des Rechtssubjekts erfüllen.[675] Die entscheidende Kraft für die Vollendung einer juristischen Person sollte nicht dem Eintragungsverfahren wie in geltendem koreanischen Recht, sondern dem Konzessionsverfahren wie im deutschen Recht zuerkannt werden, so daß in Deutschland die Konzessionierung als rechtsgestaltender Verwaltungsakt i.S. des § 35 Satz 1 VwVfG anzusehen ist[676].

III. Beendigung der juristischen Person

1. Einführung

a) Das Gesetzesmaterial zur Herbeiführung der Beendigung der juristischen Person und die unterschiedlichen Termini

Was das Ende der juristischen Person betrifft, schreiben das KBGB für die Vereine sowie Stiftungen und das KHGB für die Handelsgesellschaften lediglich die »Auflösung« vor (für Verein und Stiftung § 77 KBGB; für OHG § 227, für KG § 285, für AG § 517, für GmbH § 609 KHGB). Im Vergleich dazu ist im BGB nicht nur von der »Auflösung« (§§ 41, 74 BGB), sondern auch von dem »Verlust der Rechtsfähigkeit« (§ 42, § 86 BGB) und der »Entziehung der Rechtsfähigkeit« (§§ 43, 73 BGB) die Rede. § 87 BGB benutzt in bezug auf die Zweckänderung der Stiftung den Ausdruck »Aufhebung« und § 88 BGB spricht allgemein von dem »Erlöschen« der Stiftung. Dahingegen wird in § 262 AktG, §§ 60 ff. GmbHG und §§ 78. ff. GenG nur der Terminus »Auflösung« verwendet.

---

672 Vgl. statt aller GWAKKomm-HONG, § 33 KBGB, S. 564; Yoon-Jik GWAK, AT des BGB, S. 284. Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 184.

673 Vgl. beispielsweise GWAKKomm-HONG, § 33 KBGB, S. 564.

674 Siehe oben II 3 in diesem Kapitel.

675 Schon SAVIGNY, System II, S. 275 ff.

676 Vgl. SOERGEL-HADDING, §§ 21, 22 Rz. 55.

Diese unterschiedlichen Termini im BGB gehen auf eine unbesonnene »redaktionelle Änderung« der Reichstagskommission[677] zurück; diese Kommission hat bezüglich des Endes der BGB-Vereine trotz der unterschiedlichen Termini eigentlich nur an den Verlust der Rechtsfähigkeit gedacht.[678] Ein irrtümlicher Terminus findet sich besonders in § 88 BGB, in dem bezüglich des Vermögensanfalls vom »Erlöschen« der Stiftung die Rede ist. Wenn man sich in Verbindung mit dem Anfall des Vereinsvermögens den Bestimmungsinhalt des § 45 BGB anschaut, kann man erkennen, daß das »Erlöschen« im Sinne des § 88 BGB nichts anderes ist als die »Auflösung« im Sinne des § 45 BGB.[679] Abgesehen vom Sprachgebrauch, verwirklicht sich das »Erlöschen« der Stiftung erst, wenn ihr Vermögen an den Fiskus fällt. Ansonsten besteht die Stiftung gemäß § 88 BGB entsprechend der vereinsrechtlichen Regelung als Stiftung in Liquidation bis zum Ende der Liquidation als juristische Person fort.[680] Diese unsystematische Regelung des BGB zur Beendigung der juristischen Person führt noch in der heutigen Literatur zu einer uneinheitlichen Terminologieverwendung auf der einen Seite und zur unterschiedlichen Einordnung des Beendigungsmodus auf der anderen Seite. Zum Beispiel streitet man heute noch darüber, welchen Unterschied es zwischen der Auflösung des Vereins und dem Verlust bzw. Entzug der Rechtsfähigkeit des Vereins gibt.

Neben den gesetzlichen Beendigungstatbeständen kommen auch in der Rechtsprechung und Literatur die Fälle in Betracht, in denen es einmal um den Wegfall aller Mitglieder[681] und zum anderen um den Verzicht auf die Rechtsfähigkeit[682] geht. Da keine Einigkeit darüber besteht, wie man diese im Gesetz nicht vorgesehenen Fälle erfassen soll, gilt es auch diese hier zu erörtern.

b) Ausgangspunkt

Die folgende Darstellung beschäftigt sich zunächst mit dem Problem, in welchen Modus die zum Ende der juristischen Person führenden verschiedenen Beendigungstatbestände einzuordnen sind und mit dem damit verbundenen Problemkreis, in welcher Rechtslage die aufgelösten juristischen Personen stehen und mit welchem Verfahren die Beendigung der juristischen Person erfolgt.

Zunächst kann man sich fragen, auf welche Weise die Problematik der Beendigung der juristischen Person dargestellt oder beobachtet werden soll. Eine mögliche Methode wäre, die oben genannten verschiedenartigen Endigungstatbestände auf gleicher Ebene darzustellen und zu erklären.[683] Aber mit dieser Betrachtungsweise kann man das Verständnis der Beendigung der juristischen Person nicht befriedigend erzielen, weil dabei die Differenzierung der hinter den unterschiedlichen Termini bestehenden allgemeinen

677 Protokolle I, S. 539, 576. Zur Kritik daran: vgl. FLUME, Juristische Person, S. 176 Fn. 1.

678 Vgl. MUGDAN I, S. 956.

679 Zutreffend spricht HOF von »Auflösung« der Stiftung (vgl. SEIFART-HOF, Handbuch des Stiftungsrechts, §12, S. 259 ff.). Dagegen hält RAWERT noch an »Erlöschen« der Stiftung fest (vgl. STAUDINGER-RAWERT, § 88 Rz. 1 ff.).

680 FLUME, Juristische Person, S. 177.

681 Vgl. nur BGHZ 19, 51 ff.

682 Vgl. KOLLHOSSER, ZIP 1984, 1434 ff.

683 Beispielsweise BAYER, Die liquidationslose Fortsetzung rechtsfähiger Idealvereine, S. 30 ff.; vgl. auch STAUDINGER-WEICK, § 41 Rz. 1 ff.

Rechtsidee zum Ende der juristischen Person aufgegeben werden muß. Anstelle davon sollte man vielmehr nach einem möglichst einheitlichen System der Vollbeendigung der juristischen Person suchen. In neuerer Zeit versuchte *Hubert Schmidt*[684] eine solche einheitliche Systembildung aufzustellen. Dabei ging er davon aus, daß einige Vorschriften als Gegenbild der Entstehung der juristischen Person[685] auf Tatbestand und Zeitpunkt der vollständigen Beendigung der juristischen Person hindeuten.[686] Er stützt sich dabei auf § 49 Abs. 2 BGB, § 273 AktG und § 69 Abs. 2 GmbHG. Weitgehend teilt er die Beendigungsfälle in die Beendigung in einem »gestreckten Verfahren« und die Beendigung »*uno actu*« auf.[687] Diese Aufteilung erinnert uns im Zusammenhang mit der Entstehung der juristischen Person an die Einordnung *Rittner*s[688], nämlich die Entstehungsweise *uno actu* und diejenige durch Prozeß. Das entscheidende Merkmal dieser neuen Aufteilung ist in Wirklichkeit, ob bei der Beendigung einer juristischen Person eine Auflösung und anschließend ein Liquidationsverfahren stattfindet oder nicht. Jedenfalls ist die »Auflösung« trotz der unterschiedlichen Termini und der vielfältigen Einordnungsversuche betreffs des Endes der juristischen Person ein zentraler und normaler Endigungstatbestand.

2. Beendigungsmodus

a) Auflösung und Liquidation als Normalfall der Beendigung

Die Gesetzgeber des ADHGB, des preußischen Entwurfs und des BGB sahen Auflösung und Beendigung der juristischen Person als synonyme Begriffe an.[689] Aber die Auflösung ist nur ein Tatbestand, der die juristische Person zum Ende (oder Erlöschen) sowie zur Vollbeendigung führt. Auflösung und Vollbeendigung sind voneinander strikt zu unterscheiden.[690]

aa) Auflösungsgrund

Die zur Beendigung der juristischen Person führenden Auflösungsgründe sind zahlreich und je nach der Rechtsform im einzelnen unterschiedlich. Für jede Form der juristischen Person gilt jedoch ein *numerus clausus* der gesetzlichen Auflösungsgründe.[691]

Im § 77 Abs. 1 KBGB werden die sowohl für Vereine als auch für Stiftungen allgemein geltenden Auflösungsgründe aufgelistet. Die juristische Person wird aufgelöst

---

684 Hubert SCHMIDT, Zur Vollbeendigung juristischer Personen, Bielefeld 1989.

685 Genannt seien §§ 55 ff. BGB, §§ 23 ff. AktG, §§ 1 ff. GmbHG und in bezug auf Vorgesellschaft § 41 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 11 Abs. 1 GmbHG. Zur Entstehung der juristischen Person: siehe oben I in diesem Kapitel.

686 Hubert SCHMIDT, Zur Vollbeendigung juristischer Personen, S. 1.

687 Hubert SCHMIDT, Zur Vollbeendigung juristischer Personen, S. 12 ff.

688 Vgl. RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 17 ff., 52 ff. Siehe auch oben Fn. 460 vorliegender Arbeit.

689 Siehe PAURA, Liquidation und Liquidationspflichten, S. 4 m.w.N.

690 Zum Unterschied beider Begriffe: vgl. PAURA, Liquidation und Liquidationspflichten, S. 4 f., 6 ff.

691 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 316.

– durch Ablauf der für die Dauer des Vereins bestimmten Zeit
– durch Erfüllung des Zwecks
– durch Unmöglichwerden der Zweckverfolgung
– durch Eintritt eines in der Satzung bestimmten Auflösungsgrundes
– durch Insolvenzeröffnung
– durch Entziehung der Gründungsgenehmigung.

Für die Auflösungsgründe des Vereins berücksichtigt § 77 Abs. 2 KBGB den personalistischen Charakter des Vereins. Ein Verein wird außerdem aufgelöst

– durch Wegfall sämtlicher Mitglieder
– durch Beschluß der Mitgliederversammlung.

Überdies wird eine Handelsgesellschaft im KHGB durch eine gerichtliche Auflösungsanordnung oder durch ein Auflösungsurteil aufgelöst (§ 227 Nr. 6 KHGB)[692].

Im Vergleich dazu werden im BGB die Auflösungsgründe nicht übersichtlich geregelt. §§ 41, 74 BGB nennen als Auflösungsgrund nur den Beschluß der Mitgliederversammlung und den Ablauf der für die Dauer des Vereins bestimmten Zeit. Dabei drängt sich die Frage auf, wie man bezüglich des Auflösungsgrundes den Verlust und den Entzug der Rechtsfähigkeit des Vereins verstehen soll (vgl. §§ 42, 43, 73 BGB). Darüber herrscht noch keine Einigkeit. In der Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten, daß, während bei der Auflösung das Dasein des Vereins überhaupt beendet wird, bei dem Verlust und Entzug der Rechtsfähigkeit lediglich die Eigenschaft als juristische Person fortfällt und der Personenverband unberührt bleibt.[693] Dem steht die Ansicht gegenüber, daß in Wirklichkeit die Unterschiedlichkeit der Termini ohne Aussagewert ist.[694] Diese beiden Ansichten gilt es genauer nachzuzeichnen.

Nach § 42 Abs. 1 BGB verliert der Verein seine Rechtsfähigkeit, wenn das Konkursverfahren eröffnet wird. Bei der AG und GmbH führt die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft zur »Auflösung« der Gesellschaft (vgl. § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG, § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbH, § 101 GenG). Nach dem Studium der BGB-Materialien beruht die Terminus »Verlust der Rechtsfähigkeit« im Sinne des § 42 BGB auf einem Redaktionsversehen.[695] Die Konkurseröffnung ist also für den Verein nur ein Auflösungsgrund.[696] Zu Recht wird dies in der am 1. 1. 1999 in Kraft tretenden Insolvenzordnung folgendermaßen korrigiert[697]: »Der Verein wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst.« Damit wird einheitlich geregelt, daß sowohl im

692 Zur gerichtlichen Auflösungsanordnung: siehe nachher § 5 II 2 a).

693 MünchKomm-REUTER, § 41 Rz. 1; SOERGEL-HADDING, Vor §§ 41-53 Rz. 1; REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins und Verbandsrechts, Rz. 2053; LARENZ/ WOLF, AT, S. 228.

694 FLUME, Juristische Person, S. 177; teilweise angenommen SOERGEL-HADDING, Vor §§ 41-53 Rz. 1, Nach HADDING ist »die terminologische Aufteilung in zwei Tatbestandsgruppen unvollständig und nicht völlig unterscheidungskräftig.«

695 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 732; BÖTTCHER, Rpfleger 1988, S. 169, 172, bezeichnet ihm folgend auch die Formulierung des § 42 Abs. 1 BGB als *eine falsa demonstratio* des Gesetzgebers.

696 Andere Ansicht bei REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 2081.

697 § 42 Abs. 1 Satz 1 BGB i.d. F. von Art. 33 Nr. 1 EG InsO v. 5. 10. 1994 (BGBl. I, S. 2911).

Gesellschaftsrecht als auch im Vereinsrecht und Stiftungsrecht (vgl. § 86 BGB) Konkurseröffnung als Auflösungsgrund gilt.

Nach § 43 BGB kann dem Verein die Rechtsfähigkeit durch die Verwaltungsbehörde entzogen werden, wenn eine Gefährdung des Gemeinwohls (Abs. 1), die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke durch einen Idealverein (Abs. 2) oder Verfolgung eines nicht in der Satzung vorgesehenen Zwecks bei Vereinen, deren Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht (Abs. 3), vorliegt. Dem Verein ist die Rechtsfähigkeit durch das Amtsgericht auch zu entziehen, wenn die Zahl der Vereinsmitglieder unter 3 sinkt (§ 73 BGB). Es empfiehlt sich, § 41 Abs. 1 BGB zu streichen, da er der Sache nach eine Vorschrift des öffentlichen, nicht des privaten Vereinsrechts ist.[698] Problematisch ist die Rechtsfolge der Entziehung der Rechtsfähigkeit aufgrund §§ 43 Abs. 2 sowie 3 und 73 BGB. Wird dem rechtsfähigen Verein die Rechtsfähigkeit entzogen, wandelt er sich um in einen nichtrechtsfähigen Verein, und zwar mit Wirkung *ex nunc*. Im Zusammenhang mit § 45 Abs. 1 BGB stellt sich jedoch die Frage, ob dieser Verein liquidiert werden muß. Nach geläufiger Ansicht führt die Entziehung der Rechtsfähigkeit nicht dazu, daß der bisher rechtsfähige Verein als nichtrechtsfähiger Verein unaufgelöst fortbesteht, sondern sie hat zur Folge, daß der Verein nur als nichtrechtsfähiger »Liquidationsverein« fortbesteht.[699] Liquidation setzt Auflösung voraus. Entziehung der Rechtsfähigkeit ist aber nicht ohne weiteres dasselbe wie die Auflösung des Vereins. Trotz der Entziehung seiner Rechtsfähigkeit existiert der Verein weiter. Dem Verein sind zwei Alternativen gegeben, die sich aus der autonomen Mitgliederentscheidung ergeben.[700] Eine davon ist, sich durch den Auflösungsbeschluß zu liquidieren. In diesem Fall trifft § 45 Abs. 1 BGB zu. Eine andere ist, sich auf dem Wege des Formwechsels in eine andere Rechtsform etwa eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft umzuwandeln; der durch Entziehung der Rechtsfähigkeit nunmehr nichtrechtsfähige Verein wandelt sich zunächst in eine Vor-GmbH oder in eine Vor-Genossenschaft um und läßt sich danach als GmbH bzw. Genossenschaft eintragen. In diesem Fall findet keine Auflösung oder Liquidation statt. Schließlich ist die Entziehung der Rechtsfähigkeit kein zwingender Auflösungsgrund.

In bezug auf den Entziehungstatbestand des § 73 BGB ist man sich darüber einig, daß, solange die Rechtsfähigkeit noch nicht entzogen ist, der Verein trotz des Rückgangs der Mitgliederzahl unter 3 als juristische Person fortbesteht, vorausgesetzt, daß ihm mindestens ein Mitglied bleibt.[701] Umstritten ist vielmehr der Umstand des Fortfalls des letzten Mitglieds, also des Wegfalls aller Mitglieder z.B. durch Tod oder Austritt.

---

698 Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 300; BÖTTCHER, Rpfleger 1988, S. 169, 170; ferner sieht MUMMENHOFF § 43 Abs. 1 BGB als durch das VereinsG derogiert an (Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit, S. 69).

699 So SCHICK/ RÜD, Stiftung und Verein als Unternehmensträger, S. 30; im Ergebnis auch SAUTER/ SCHWEYER, Der eingetragene Verein, Rz. 368, 370.

700 Zum folgenden Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 287, 299 ff.

701 SAUTER/ SCHWEYER, Der eingetragene Verein, Rz. 366; BÖTTCHER, Rpfleger 1988, S.169; SOERGEL-HADDING, Vor §§ 41-53 Rz. 13; STAUDINGER-HABERMANN, § 73 Rz. 2; im Ergebnis auch STÖBER, Handbuch zum Vereinsrecht, Rz. 868, 1172.

Nach der Rechtsprechung[702] und der ihr folgenden h.M.[703] führt der Wegfall aller Mitglieder automatisch zum »Erlöschen« des Vereins, und zwar, ohne daß eine Liquidation stattfindet. Zur Begründung dafür wurde im Grundlagenurteil des BGH vom 17. 11. 1955 gesagt,[704] ein Verein ohne Mitglieder sei »begrifflich undenkbar« und deshalb sei ein Verein im Fall des Austritts aller Mitglieder schlicht und einfach »nicht mehr vorhanden«.[705] Wenn eine Vermögensabwicklung in Betracht komme, müsse gemäß § 1913 BGB ein Pfleger bestellt werden. Aber dieser Auffassung ist nicht zu folgen.[706] Es gibt keine gesetzliche Stütze der Ansicht, daß ein Verein beim Wegfall aller Mitglieder automatisch erlischt. Im Rahmen des Gesellschaftsrecht überwiegt die Meinung[707], daß die mitgliederlose Kapitalgesellschaft (»Keinmann-GmbH«) keineswegs erlischt, sondern bis zur endgültigen Vermögensabwicklung als GmbH in Liquidation fortexistiert. Bei der Kapitalgesellschaft ist der Wegfall aller Mitglieder, der etwa durch Erwerb aller Anteile durch die Kapitalgesellschaft erfolgt, nur ein Auflösungsgrund. Es gibt kein Grund, weshalb der Wegfall sämtlicher Mitglieder bei Kapitalgesellschaft und Verein unterschiedliche Konsequenzen haben sollte. Im KBGB wird der Wegfall sämtlicher Mitglieder nur als ein »Auflösungsgrund« vorgesehen (vgl. § 77 Abs. 2 KBGB). Es steht auch im Zweifel, ob ein Pfleger für den fraglichen Verein nach § 1913 BGB bestellt werden kann und muß. Die Pflegschaft nach § 1913 BGB ist, wie *Reuter*[708] zutreffend bemerkt, eine Form der fürsorgerischen gesetzlichen Vertretung. Das setzt ein Rechtssubjekt voraus, um dessen Angelegenheiten sich der Pfleger kümmert. Aber wenn der Verein automatisch erlischt, existiert auch kein Rechtssubjekt mehr. Insgesamt kann man daher feststellen, daß der Wegfall aller Mitglieder des Vereins nicht dessen Erlöschen herbeiführt. Vielmehr tritt mit dem Wegfall des letzten Mitglieds die Auflösung des Vereins ein, gefolgt vom Liquidationsverfahren, sofern das Vereinsvermögen nicht an den Fiskus fällt. Das Liquidationsverfahren wird nicht durch den Pfleger i.S. des § 1913 BGB, sondern durch einen bisher schon als Vorstand vorhandenen Liquidator oder einen gerichtlich bestellten Notliquidator gemäß § 29 BGB durchgeführt.

---

702 BGHZ 19, 51, 57 = NJW 1956, 138; KG WM 1957, 1108; 1964, 497; BAG NJW 1967, 1437; JZ 1987, 420, 421. Zur eingehenden Analyse der Rechtsprechung vgl. Hubert SCHMIDT, Zur Vollbeendigung juristischer Personen, S. 25 ff.

703 SOERGEL-HADDING, Vor §§ 41-53 Rz. 11; STAUDINGER-WEICK, § 41 Rz 12; PALANDT-HEINRICHS, § 41 Rz. 2; RGRK-STEFFEN, § 41 Rz. 3; SAUTER/ SCHWEYER, Der eingetragene Verein, Rz. 360; STÖBER, Handbuch zum Vereinsrecht, Rz. 1177; BAYER, Die liquidationslose Fortsetzung rechtsfähiger Idealvereine, S. 34.

704 BGHZ 19, 51, 61.

705 Neuerdings hat BAG, JZ 1987, 420, auch auf diesen Standpunkt des BGH zurückgegriffen. Vgl. die Anmerkung zum Urteil des BAG, JZ 1987, 420 von Karsten SCHMIDT, JZ 1987, S. 394 ff.

706 Vgl. grundlegend BEITZKE, Festschrift für Walter WILBURG, S. 19, 21 ff.; ihm folgend FLUME, Juristische Person, S. 186; Karsten SCHMIDT, JZ 1987, S. 394, 396 f.; REUTER, ZHR 151 (1987), S. 355, 391; REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 2073 ff.; Hubert SCHMIDT, Zur Vollbeendigung juristischer Personen, S. 24 ff.

707 Vgl. LUTTER/ HOMMELHOFF, § 60 GmbHG Rz. 22; HACHENBURG-ULMER, § 1 GmbHG Rz 44; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 994.

708 REUTER, ZHR 151 (1987), S. 355, 391; ders., MünchKomm-REUTER, § 41 Rz. 4.

Neben dem gesetzlichen zwangsweisen Verlust und Entzug der Rechtsfähigkeit kommt nach der Literatur auch ein Verzicht auf die Rechtsfähigkeit in Betracht. Nach allgemeiner Ansicht[709] kann ein rechtsfähiger Verein auf seine Rechtsfähigkeit verzichten, um als nichtrechtsfähiger Verein weiterzubestehen. Zur Begründung der Zulässigkeit des Rechtsfähigkeitsverzichts stützt sich das Schrifttum auf § 41 Satz 1 BGB: Da § 41 Satz 1 BGB dem rechtsfähigen Verein die Auflösung durch autonomen Beschluß der Mitgliederversammlung zuerkennt, muß er dem Verein erst recht erlauben, »nur« auf seine Rechtsfähigkeit zu verzichten. Das ist nämlich ein *argumentum a maiore ad minus*. Nach h.M.[710] ist in diesem Fall eine Liquidation erforderlich. Aber diese Ansicht ist zweifelhaft, weil die Umwandlung eines rechtsfähigen Vereins in einen nichtrechtsfähigen Verein durch freiwilligen Verzicht auf seine Rechtsfähigkeit seine Identität nicht berührt. Dieser Umstand entspricht dem Identitätsdgedanken bezüglich der Entstehung einer Körperschaft, der sich im heutigen Schrifttum durchgesetzt hat. Es ändert sich nur die Rechtsform. Deshalb bedarf es nach richtiger Auffassung[711] weder einer Liquidation noch einer Übertragung des Vermögens des vormals rechtsfähigen Vereins.

Während § 87 BGB für die Stiftung bestimmt, daß bei Unmöglichkeit der Erfüllung des Stiftungszwecks die zuständige Behörde der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben kann, gibt es im Vereinsrecht des BGB keine Regelung für den Fall der Unmöglichkeit der Zweckerreichung. Daraus stellt sich die Frage, ob ein Verein durch das Zweckerreichen oder Unmöglichwerden seines Zwecks aufgelöst wird. Nach h.M.[712] führen Zweckerreichung und Unmöglichkeit der Zweckerreichung nicht zur automatischen Vereinsauflösung. In diesen Fällen finde die Auflösung aus Gründen der Rechtssicherheit nur durch einen Auflösungsbeschluß statt. Dagegen sieht *Flume*[713] solche Tatbestände als Auflösungsgründe an, mit dem Argument, in §§ 41 ff. BGB seien die Auflösungsgründe nicht enumerativ aufgeführt. Es steht außer Frage, daß in der Satzung das Erreichen oder Unmöglichwerden des satzungsmäßigen Zwecks als Auflösungsgrund bestimmt werden kann.[714] Bei der AG wird einhellig vertreten, daß die Zweckerreichung oder die Vereitelung des satzungsmäßigen Zwecks kein Auflösungsgrund ist.[715] Wenn die Zweckerreichung bei einer GmbH unmöglich wird,

---

709 BayObLGZ 1959, 152, 158; STAUDINGER-WEICK, § 41 Rz. 19; SOERGEL-HADDING, Vor §§ 41-53, Rz. 8; MünchKomm-REUTER, § 42 Rz. 2; RGRK-STEFFEN § 42 Rz. 2; REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 2106 ff.; SAUTER/ SCHWEYER, Der eingetragene Verein, Rz. 363; STÖBER, Handbuch zum Vereinsrecht, Rz. 764; BÖTTCHER, Rpfleger 1988, S. 169, 171; KOLLHOSSER, ZIP 1984, S. 1434, 1435; a.M. v. TUHR, AT I, § 39 II 4.

710 STAUDINGER-WEICK, § 41 Rz. 19; SAUTER/ SCHWEYER, Der eingetragene Verein, Rz. 363; RGRK-STEFFEN, § 47 Rz. 2.

711 KOLLHOSSER, ZIP 84, 1434,1437 ff.; STÖBER, Handbuch zum Vereinsrecht, Rz. 766; REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 2108.

712 STAUDINGER-WEICK, § 41 Rz. 7; SOERGEL-HADDING, Vor §§ 41-53, Rz. 8; REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 2077; im Ergebnis auch SAUTER/ SCHWEYER, Der eingetragene Verein, Rz. 149.

713 FLUME, Juristische Person, S. 180.

714 Vgl. BGHZ 19, 175, 178.

715 Vgl. Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 935; KÜBLER, Gesellschaftsrecht, S. 198; HUECK, Gesellschaftsrecht, § 31 I.

kann die GmbH nach § 61 GmbHG durch ein gerichtliches Urteil aufgelöst werden. Praktisch ist das Erreichen oder Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks bei Kapitalgesellschaften kein automatischer Auflösungsgrund. In dieser Hinsicht gibt es keinen besonderen Grund, daß im Vereinsrecht des BGB das Erreichen oder Unmöglichwerden des Vereinszwecks als Auflösungsgrund aufgeführt werden muß. Das Erreichen oder Unmöglichwerden des Vereinszwecks hat nach richtiger Auffassung[716] weder die Auflösung des Vereins noch die Entstehung eines neuen, an die gewandelten Verhältnisse angepaßten Vereinszwecks zur Folge. Vielmehr »schrumpft« der Vereinszweck »auf die ihm noch unterzuordnenden Restaufgaben, insbesondere die Verwaltung des Vereinsvermögens, zusammen«[717].

bb) Fortsetzung der aufgelösten juristischen Person

Heute besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, daß eine aufgelöste juristische Person fortexistiert. Die Regelungen der §§ 264 Abs. 2 AktG, 49 Abs. 2 BGB, 87 Abs. 1 GenG, 69 GmbHG und 156 HGB werden heute nicht mehr als gesetzliche Fiktion, sondern als Ausdruck der tatsächlichen Existenz aufgelöster Verbände interpretiert. Zwar enthält das koreanische Recht keine entsprechenden Regelungen, doch besteht in der Lehre kein Widerspruch.

Eine aufgelöste Handelsgesellschaft kann sowohl im deutschen als auch im koreanischen Recht durch Beschluß der Aktionäre bzw. der Gesellschafter wieder aktiviert werden (§ 274 AktG, § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, §§ 138, 140, 141 HGB; §§ 229, 269, 519, 610 KHGB). Die Auflösung versetzt die Gesellschaft nicht in einen zwingenden Liquidationszustand, sondern in einen grundsätzlich auf Liquidation zielenden Schwebezustand. Die Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft bedeutet nicht das einfache Fortleben im Zustand der Liquidation, sondern ihre Rückverwandlung in eine werbende Gesellschaft. Es wird heute einhellig angenommen, daß die Fortsetzung ein allgemeines gesellschaftsrechtliches Prinzip ist, das seine Begründung in der Verbandsautonomie findet.[718] Trotz Fehlens einer gesetzlichen Regelung im BGB sowie im KBGB gilt dieses Prinzip grundsätzlich auch für den im Abwicklungsstadium befindlichen Verein. Mit der Eintragung des Reaktivierungsbeschlusses endet die Liquidation mit Wirkung *ex nunc* und der Verein erlangt wieder den gleichen Status wie vor der Auflösung.

b) Liquidationslose Beendigung

aa) Übersicht

Folgende Tatbestände führen im deutschen Recht ohne Liquidationsverfahren unmittelbar zum Ende der juristischen Person:

716 SOERGEL-HADDING, Vor §§ 41–53 Rz. 21; SAUTER/ SCHWEYER, Der eingetragene Verein, Rz. 149.

717 BGHZ 49, 175, 179.

718 Vgl. Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 323.

– Anfall des Vereinsvermögens an den Fiskus nach § 46 BGB
– Umwandlung (Verschmelzung, Aufspaltung und Vermögensübertragung) nach dem UmwG
– Löschung nach dem LöschG bzw. FGG

In diesen Tatbeständen lassen sich wiederum zwei Motive zur Beendigung aufzeigen. Der eine ist der Fall, in dem Gesamtrechtsnachfolge eintritt (Anfall an den Fiskus, Verschmelzung, Aufspaltung), der andere ist der Fall des § 2 Abs. 1 LöschG bzw. des künftigen § 141 a FGG, in dem die Liquidation nicht durch Gesamtrechtsnachfolge ersetzt ist, sondern infolge der Vermögenslosigkeit entbehrlich ist.[719]

Das koreanische Recht hat die Vermögenslosigkeit nicht als einen liquidationslosen Beendigungstatbestand konzipiert. Somit ist die Amtslöschung der Gesellschaft im Handelsregister im koreanischen Recht nicht bekannt. Der Anfall des Vereinsvermögens an den Fiskus erfolgt im koreanischen Recht durch Einzelrechtsnachfolge. Da das KHGB hinsichtlich der Gesellschaftsumwandlung die Spaltung nicht behandelt, ist die Verschmelzung tatsächlich der einzige liquidationslose Beendingungstatbestand in koreanischem Recht.

bb) Fälle liquidationsloser Beendigung

aaa) Anfall des Vereinsvermögens an den Fiskus

Nach § 46 BGB führt der Anfall des Vereinsvermögens an den Fiskus zu einer Gesamtrechtsnachfolge. D.h. der Fiskus wird wie der Erbe *ipso iure* ohne weiteres Inhaber aller Rechte und Pflichten des Vereins.[720] In diesem Fall ist im Gegensatz zum Normalfall (vgl. § 47 BGB) eine Liquidation nicht durchzuführen. Zweifelhaft ist, ob auch dann ein Verein liquidationslos erlischt, wenn der Anfall des Vereinsvermögens an den Fiskus als Anfallberechtigtem aufgrund der Vereinssatzung oder aufgrund eines Beschlusses der Mitgliederversammlung erfolgt. In der Literatur[721] wird dies verneint. In diesem Falle liegt keine Gesamtrechtsnachfolge vor, und ein Liquidationsverfahren ist durchzuführen. Gegenüber der gesetzlichen Regelung, nach der der Verein bei Vermögensanfall an den Fiskus liquidationslos erlischt, hat *Karsten Schmidt*[722] rechtspolitische und verfassungsrechtliche Bedenken erhoben. Mit dieser Regelung sei einer Reaktivierung durch Mitgliederbeschluß die Basis entzogen. Dies sei im Zusammenhang mit Art. 9, 14 GG bedenklich.

Im Vergleich zum BGB erwähnt das KBGB zwar die Möglichkeit des Anfalls des Vereinsvermögens an den Fiskus, enthält aber keine Weisung bezüglich der Gesamtrechtsnachfolge (vgl. § 80 Abs. 3 KBGB[723]). Deshalb wird vertreten, daß im KBGB das

---

719 Vgl. Hubert SCHMIDT, Zur Vollbeendigung juristischer Personen, S. 57; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 317.

720 Vgl. STAUDINGER-WEICK, § 46 Rz. 1; SOERGEL-HADDING, § 46 Rz. 2; RGRK-STEFFEN, § 45 Rz. 2; SAUTER/ SCHWEYER, Der eingetragene Verein, Rz. 369.

721 Vgl. STAUDINGER-WEICK, § 46 Rz. 3; im Ergebnis auch RGRK-STEFFEN, § 46 Rz. 1

722 Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 295; ders., Gesellschaftsrecht, S. 733.

723 § 80 KBGB lautet: [Anfall des Überschusses]
(1) Mit der Auflösung der juristischen Personen fällt ihr Vermögen an die in der Satzung bestimmten Personen.

Vereinsvermögen nicht auf dem Wege der Gesamtrechtsnachfolge, sondern auf dem Wege der Einzelrechtsnachfolge an den Fiskus fällt und in diesem Fall auch das Liquidationsverfahren erforderlich ist.[724]

bbb) Umwandlung

Eine körperschaftliche juristische Person - »Rechtsträger« im UmwG – kann durch »Umwandlung«[725] liquidationslos beendet werden und ggf. in eine andere Rechtsform umgewandelt werden. Als Arten der Umwandlung erkennt das neue UmwG von 1994 vier Möglichkeiten an, nämlich die *Verschmelzung*, die *Spaltung*, die *Vermögensübertragung* und den *Formwechsel*.

Das UmwG kennt zwei Arten der Verschmelzung (§ 2 UmwG): Die Verschmelzung durch Aufnahme besteht darin, daß ein schon bestehender Rechtsträger das Vermögen eines oder mehrerer Rechtsträger übernimmt, was zum Erlöschen des/der übertragenden Rechtsträger führt. Die Verschmelzung durch Neugründung besteht darin, daß das Gesamtvermögen zweier oder mehrerer Rechtsträger unter Wegfall dieser Rechtsträger auf einen neuen Rechtsträger überführt wird. Die Verschmelzung hat mit der Eintragung zur Folge, daß das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträgers übergeht und die übertragenden Rechtsträger erlöschen, ohne daß es einer Abwicklung oder einer besonderen Löschung bedarf (§§ 16, 20 UmwG).

§ 123 UmwG nennt drei Arten der Spaltung[726] nämlich Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung. Er unterscheidet zusätzlich noch zwischen der Spaltung zur Aufnahme und der Spaltung zur Neugründung. Davon kommt hier in bezug auf die Beendigung einer juristischen Person nur die Rechtsfolge der Aufspaltung in Betracht: Die Aufspaltung führt, wie eine Verschmelzung, zum Erlöschen des bisherigen Rechtsträgers. Einer besonderen Löschung bedarf es nicht (§ 131 Abs. 2 UmwG).

§§ 174 ff. UmwG ermöglichen bestimmten Rechtsträgern, die nicht an einer Verschmelzung oder Spaltung teilnehmen, die Vermögensübertragung durch Universalsukzession. Ein übertragender Rechtsträger endet ohne Liquidationsverfahren; sein Vermögen einschließlich der Verbindlichkeiten geht auf den neuen Rechtsträger über. Bemerkenswert ist, daß eine Vermögensübertragung von einem oder an einen Verein nicht vorgesehen ist (vgl. § 175 UmwG).

---

(2) Sind diese anfallberechtigten Personen durch die Satzung nicht bestimmt oder fehlt das Verfahren, durch das sie bestimmt werden können, so kann der Vorstand oder der Liquidator mit Genehmigung der zuständigen Behörde über das Vermögen in einer dem Zweck der juristischen Person entsprechenden Weise verfügen. Im Fall des Vereins bedarf er dafür der Beschlußfassung der Mitgliederversammlung.

(3) Das Vermögen, das in der in Absätze 1 und 2 bestimmten Weise nicht zur Verfügung gestellt wird, fällt an die Staatskasse.

724 Vgl. nur GWAKKomm-TSCHE, § 80 KBGB S. 748.

725 Während bis 1994 Umwandlung, Verschmelzung und Vermögensübertragung als begrifflich gegensätzliche Formen der Umstrukturierung voneinander unterschieden wurden, stellt sich der Begriff »Umwandlung« nach § 1 Abs. 1 UmwG von 1994 als Oberbegriff dar.

726 Zur ausführlichen Erklärung der Arten der Spaltung wird auf Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 400 ff. verwiesen.

Nach §§ 190 ff. UmwG kann eine körperschaftliche juristische Person (formwechselnder Rechtsträger) durch Formwechsel eine neue Rechtsform erlangen. Der Formwechsel hat mit dem Beendigungstatbestand nichts zu tun. Vielmehr geht es bei dem Formwechsel um die Wahrung der Identität zwischen dem vorherigen und dem neuen Rechtsträger. Die körperschaftliche juristische Person besteht in der im Umwandlungsbeschluß bestimmten Rechtsform weiter (§ 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG).

Während das neue deutsche UmwG vier Arten von Umwandlung kennt, bestimmt KHGB für die Umwandlung der Handelsgesellschaften lediglich Formwechsel und Verschmelzung. Die Alternativen des Formwechsels sind im Vergleich zur deutschen Situation wesentlich begrenzter. Der Formwechsel findet nur innerhalb der Personengesellschaften oder der Kapitalgesellschaften statt. Also gibt es vier Möglichkeiten: von OHG zu KG, von KG zu OHG, von AG zu GmbH und von GmbH zu AG. Der Formwechsel führt nicht das Erlöschen der wechselnden Gesellschaft herbei. Im Fall eines Formwechsels besteht die wechselnde Gesellschaft in der neuen Gesellschaftsform weiter.

Die Verschmelzung ist durch Aufnahme einer oder mehrerer Gesellschaft(en) oder durch Neugründung einer Gesellschaft möglich. Im Falle einer Verschmelzung werden alle übertragenden Gesellschaften aufgelöst (§§ 227 Nr. 4, 269, 517 Nr. 1, 609 Abs. 1 Nr. 1 KHGB) und erlöschen, ohne daß ein Liquidationsverfahren stattfindet (§§ 250, 269, 531 KHGB). Infolge der Verschmelzung gehen alle Aktiva und Passiva und damit auch alle Rechtsverhältnisse der übertragenden Gesellschaft(en) im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft über (§§ 235, 269, 530 Abs. 2, 603 KHGB).

ccc) Löschung nach dem Löschungsgesetz

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 LöschG kann eine AG, KGaA oder eine GmbH, die kein Vermögen besitzt, auf Antrag der amtlichen Berufsvertretung des Handelsstandes oder der Steuerbehörde oder von Amts wegen im Handelsregister gelöscht werden. In diesem Fall findet keine Liquidation statt (§ 2 Abs. 1 Satz 4 LöschG), weil eine Liquidation sinnlos ist, wenn keine Aktiva vorhanden sind.[727] Nur wenn sich nach der Löschung herausstellt, daß doch noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, muß ein Liquidationsverfahren stattfinden (§ 2 Abs. 3 LöschG). Der Löschungstatbestand des § 2 LöschG, also Löschung wegen Vermögenslosigkeit der Gesellschaft wird ab 1999 an Stelle des LöschG in § 141 a FGG geregelt. Jedoch ändert sich nichts an diesem Prinzip.

Unklar ist im Gesetzestext des § 2 LöschG bzw. des § 141 a FGG, welcher Umstand letztlich zur Vollbeendigung der Kapitalgesellschaft führt: Vermögenslosigkeit, Löschung im Register oder eine Kombination von beidem. In der Lehre findet diese Frage keine einheitliche Beantwortung. Diese Problematik wird im Zusammenhang mit der Wirkung der Eintragung für den Liquidationsabschluß im Folgenden mit behandelt.

727 Vgl. Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 319.

3. Vollbeendigung und Nachtragsliquidation

a) Deutsches Recht

Der Schluß eines Liquidationsverfahrens bedeutet normalerweise die Vollbeendigung der juristischen Person. Bei der AG wird in § 273 Abs. 1 AktG gesetzlich geregelt, daß der Schluß der Abwicklung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und die Gesellschaft zu löschen ist. Daher besteht bei der AG Klarheit über die Anmelde- und Eintragungspflicht. Für GmbH und eG fehlt es dagegen an Vorschriften. Jedoch stützen sich diese Anmelde- und Eintragungspflicht für GmbH und eG teilweise[728] auf §§ 6, 29, 31 Abs. 2 HGB, teilweise[729] auf § 273 Abs. 1 AktG analog. Im BGB ist eine Eintragung des Abschlusses der Liquidation und des Erlöschens des Vereins nicht vorgesehen. Dies ist aber nach heute herrschender Ansicht[730] dennoch ins Vereinsregister einzutragen. Umstritten ist die Bedeutung der Eintragung des Liquidationsabschlusses. Dies ist genau genommen die Bedeutung der Löschung im jeweils maßgeblichen Register, weil am Ende der Liquidation die Vermögenslosigkeit eintritt und aufgrund dieser Vermögenslosigkeit die juristische Person gelöscht wird (vgl. § 2 Abs. 1 LöschG). Eine bis Ende der siebziger Jahre in der Rechtsprechung und Literatur ganz herrschende und auch heute noch vertretene Ansicht erkennt der Löschung von Kapitalgesellschaften im Handelsregister lediglich deklaratorische Wirkung zu.[731] Nach dieser Ansicht werden die Kapitalgesellschaften bereits außerhalb des Handelsregisters durch den Eintritt der Vermögenslosigkeit vollbeendigt; durch die Löschung im Handelsregister wird dieser Umstand lediglich für den Rechtsverkehr erkennbar dokumentiert. Daraus ergeben sich zwei Folgen. Erstens: Die Gesellschaft ist erloschen, sobald die Liquidation abgeschlossen ist, auch wenn die registergerichtliche Eintragung noch nicht erfolgt ist. Zweitens: Die Gesellschaft ist hingegen auch dann nicht erloschen und damit als juristische Person noch existent, wenn zwar die Eintragung im Register bereits erfolgt ist, jedoch die Abwicklung noch nicht beendet ist. Aber diese Ansicht sieht sich folgender Kritik ausgesetzt. Die Vermögenslosigkeit, die von dieser Lehre für das maßgebliche Kriterium zur Vollbeendigung der Kapitalgesellschaft gehalten wird, ist ein schwer bestimmbares und sehr unsicheres Kriterium, weil es zum Teil von nicht einschätzbarer Eventualität abhängt.[732] Daher läßt sich allein mit der Vermögenslosigkeit kein sicherer Zeitpunkt fixieren, an dem die Gesellschaft erloschen ist. Deshalb findet man im

---

728 BayObLG WM 1982, 1288, 1289; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 324.

729 Hubert SCHMIDT, Zur Vollbeendigung juristischer Personen, S. 20; HÜFFER, Gedächtnisschrift für Dietrich SCHULTZ, S. 99, 101, 111.

730 STAUDINGER-WEICK, § 74 Rz. 3; SOERGEL-HADDING, § 74 Rz. 2; MünchKomm-REUTER, § 74, 75 Rz. 5; PALANDT-HEINRICH, §§ 74–76 Rz. 3; ERMAN H. P. WESTERMANN § 76 Rz. 1; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 324; BÖTTCHER, Rpfleger 1988, S 169, 175; SAUTER/ SCHWEYER, Der eingetragene Verein, Rz. 369; aber a.A. STAUDINGER-COING, 12. Aufl., § 74 Rz. 2; heute noch RGRK-STEFFEN § 74 Rz. 2.

731 Zu ausführlichen Belegen der Rechtsprechung und der Literatur zur h.M. ist zu verweisen auf BUCHNER, Amtslöschung, Nachtragsliquidation und masselose Insolvenz von Kapitalgesellschaften, S. 85, 86 Fn. 7.

732 THEIL, JZ 1982, 374: »Niemand kann jemals sicher sagen, daß eine vermeintlich erloschene und im Handelsregister gelöschte juristische Person tatsächlich kein Vermögen mehr hat.«

jüngeren Schrifttum[733] verbreitet die Gegenansicht, die der Löschung im Handelsregister konstitutive Wirkung zuerkennt. Nach dieser Ansicht erlischt die Gesellschaft allein durch die Löschung im Handelsregister, auch wenn die Liquidation noch nicht beendet ist. Aber diese Ansicht mißt der Löschung zu starke Konstitutivwirkung bei. Wenn z.B. die Gesellschaft noch Vermögen hatte aber zu Unrecht gelöscht wurde, ist sie nach dieser Ansicht zwangsläufig erloschen. Aus diesem Grund ist eine neue Lehre[734] zwischen beiden Ansichten angesiedelt, die für den Eintritt der Vollbeendigung einen Doppeltatbestand fordert, nämlich Vermögenslosigkeit und Löschung. Nach dieser Lehre erlischt die Gesellschaft bei einer Löschung nach § 2 LöschG nur, wenn sie wirklich vermögenslos ist, d.h. Vermögenslosigkeit und Löschung im Handelsregister müssen zusammentreffen. Liegt dieser Doppeltatbestand vor, so tritt gem. § 2 Abs. 1 Satz LöschG das liquidationslose Erlöschen ein. Wenn die Gesellschaft dagegen noch Vermögen hat, so führt die »falsche« Löschung nicht zum definitiven Untergang der Gesellschaft, sondern nur zu ihrer Auflösung, die erst nach der gemäß § 2 Abs. 3 LöschG durchzuführenden Liquidation in die Vollbeendigung mündet. Diese Lehre setzt sich nunmehr in der Rechtspraxis[735] durch und findet in der Literatur[736] auch weitere Zustimmung mit der Bewertung, daß sich diese Lehre nicht nur nahtlos in Wortlaut und Systematik des § 2 LöschG einfügt, sondern auch den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs Rechnung trägt. Aus dem Vollbeendigungskonzept des Zusammentreffens der Vermögenslosigkeit und der Löschung stellt sich die Frage, ob die Nachtragsliquidation auch im Falle des Bestehens des nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs stattfinden muß. Das ist vor allem der Fall, wenn eine GmbH noch Erklärungen – z.B. Löschungsbewilligungen – abgeben oder Zeugnisse ausstellen muß. Entgegen der h.M.[737], welche die Nachtragsliquidation nur nach dem Gesetzeswortlaut an das Vorhandensein von noch verteilungsfähigem Aktivvermögen gemäß § 2 Abs. 3 LöschG knüpft, hält *Hubert Schmidt* [738]die juristische Person (die Gesellschaft) erst dann für vollbeendigt, wenn sie als vermögenslos gelöscht ist »und« jeglicher, also auch nichtvermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf befriedigt ist. Aber diese Auffassung ist bedenklich. Es ist klar, daß in diesem Fall auch die Abwicklungsmaßnahmen erforderlich sind. Wenn man aber von der konstitutiven Löschungswirkung ausgeht, sollte man zu diesen Abwicklungszwecken nicht an der Fortexistenz der juristischen Person festhalten. Es ist viel praktikabler, daß das Gericht zur Befriedigung des nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsbedarfs eine Person – z.B. analog § 74 Abs. 1 GmbHG einen Gesellschafter oder einen Dritten – bestimmt, die nur nachwirkende

733 HACHENBURG-ULMER, Anh. § 60 GmbHG Rz. 30 ff; KölnKomm-KRAFT, § 273 AktG Rz. 34 ff.; Hubert SCHMIDT, Zur Vollbeendigung juristischer Personen, S. 169 ff.; HÜFFER, Gedächtnisschrift für DIETRICH SCHULTZ, S. 99, bes. 103 ff.

734 Grundlegend SCHOLZ-Karsten SCHMIDT, § 74 GmbHG Rz. 14; Karsten SCHMIDT, GmbHR 1988, 209, 211; ders., Gesellschaftsrecht, S. 325.

735 BAG, GmbHR 1988, 388 = NJW 1988, 2637; OLG Stuttgart GmbHR 1986, 269 = ZIP 1986, 647; LG Köln GmbHR 1990, 268, 269.

736 HACHENBURG-HOHNER, § 74 GmbHG Rz. 26; BORK, JZ 1991, S. 841, 844.

737 RGZ 92, 77, 84; 109, 387, 391; 134, 91, 94; RG, JW 1926, 1432; BGHZ 48, 303, 307; 53, 264, 266; BGH, LM Nr. 1 zu § 74 GmbHG; OLG Hamm, NJW-RR 1990, 477.

738 Hubert SCHMIDT, Zur Vollbeendigung juristischer Personen, S. 103 ff. bes. S. 137.

Handlungszuständigkeiten der juristischen Person wahrnimmt.[739] Die juristische Person wird in diesem Fall auch durch Zusammenwirken der Vermögenslosigkeit und der Löschung vollbeendet und es erfolgt deshalb keine (Nachtrags-)Liquidation.

b) Koreanisches Recht

Im Unterschied zum deutschen Recht schweigt das koreanische Recht zum Erlöschen der juristischen Person überhaupt. Es begnügt sich damit, die Beendigung der Liquidation zu regeln: Beim Schluß der Liquidation haben die Liquidatoren unverzüglich eine Schlußbilanz aufzustellen und sie allen Gesellschaftern zur Genehmigung vorzulegen (§ 263 Abs. 1 KHGB). Nach Erhalt der Genehmigung obliegt dem Liquidator die Pflicht, den Schluß der Liquidation bei der Registerbehörde einzutragen (§ 264 KHGB). Diese Eintragung des Liquidationsschlusses wird in der koreanischen Literatur[740] als deklaratorisch angesehen. Es wird ohne ausführliche Begründung festgestellt, daß nach dem Schluß der Verteilung des Restvermögens die Liquidation beendet ist und dadurch die Gesellschaft erlischt und daß hingegen im Falle des Bestehens jeglichen Abwicklungsbedarfs das Liquidationsverfahren noch nicht beendet ist, auch wenn der Liquidationsabschluß bereit eingetragen ist. Soweit besitzt eine zum Liquidationsschluß eingetragene Gesellschaft im Rahmen des Zwecks der Durchführung der rückständigen Abwicklungsmaßnahmen noch eine Rechtspersönlichkeit[741] und eine Parteifähigkeit[742]. Aber diese Argumentation ist kaum befriedigend. Wenn man unter dem Registrierungssystem – in der geläufigen Terminologie System der Normativbestimmungen – bei der Entstehung einer juristischen Person von der konstitutiven Wirkung der Eintragung ausgeht, muß man konsequenterweise auch bei der Vollbeendigung einer juristischen Person die Wirkung der Eintragung des Liquidationsabschlusses als konstitutiv verstehen, weil die zeitliche Eingrenzung für Entstehung und Untergang der juristischen Person nach einem einheitlichen Kriterium, also nach der Eintragung festgesetzt wird. So ist der Eintragung des Liquidationsabschlusses im koreanischen Recht die konstitutive Wirkung zuzuerkennen[743] und diese Eintragung führt nur zur Vollbeendigung der juristischen Person, wenn kein vermögensrechtlicher Abwicklungsbedarf mehr besteht (Lehre vom Doppeltatbestand). Nach der Eintragung berührt der nichtvermögensrechtliche Abwicklungsbedarf nicht die Vollbeendigung der juristischen Person. Diese nichtvermögensrechtlichen Abwicklungsmaßnahmen können vom Liquidator der vorherigen juristischen Person durchgeführt werden, und zwar nicht zugunsten der Fortsetzung der liquidierten juristischen Person, sondern für die Sicherheit des Rechtsverkehrs.

---

739 Karsten SCHMIDT, GmbHR 1988, S. 209, 212 f.

740 Statt vieler vgl. nur Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 642 ff.; LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 797.

741 KOGH v. 8. 4. 1980, 79 da 2036.

742 KOGH v. 18. 6. 1968, 67 da 2528.

743 Im Ergebnis auch Sang-Yong KO, Anmerkungen zum Urteil des KOGH v. 8. 4. 1980, 79 da 2036, Juristische Zeitung (koreanisch), Nr. 1382 (v. 2. 2. 1981), S. 12.

§ 4 Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person

I. Gegenstand der Erörterungen

Juristische Personen sind wie natürliche Personen nach dem Gesetz rechtsfähig. Das deutsche und koreanische Personenrecht setzt für Rechtssubjekte den Begriff der Rechtsfähigkeit voraus (§ 1 BGB; § 3 KBGB[744]). Aber er ist im Gesetz nicht definiert. Man versteht generell unter dem Begriff der Rechtsfähigkeit die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.[745] Darin unterscheiden sich natürliche und juristische Personen nicht voneinander. Das bedeutet, daß die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit den juristischen Personen Teilnahme am Rechtsverkehr als selbständige Träger von Rechten und Pflichten ermöglicht. Die juristischen Personen können dadurch im Rechtsverkehr den natürlichen Personen als gleichwertige Rechtssubjekte begegnen. Aus der Tatsache heraus, daß sowohl der natürlichen Person als auch der juristischen Person »Rechtsfähigkeit« zugesprochen wird, läßt sich jedoch nicht herleiten, daß der Umfang der Rechtsfähigkeit der juristischen Personen mit dem der natürlichen Personen gleich ist.[746] Die unterschiedlichen Gegebenheiten natürlicher und juristischer Personen erfordern daher im einzelnen eine differenzierte Betrachtung ihrer Rechtsfähigkeit.[747] Der Umfang der Rechtsfähigkeit juristischer Personen unterscheidet sich von dem natürlicher Personen in zweifacher Hinsicht: Zum einen kann eine juristische Person nur jene Rechte und Pflichten haben, die nicht natürliche Eigenschaften des Menschen voraussetzen. Eine Juristische Person kann z.B. grundsätzlich in vollem Umfang vermögensrechts-[748] und verfahrensfähig sein, aber keine Familienrechte haben. Zum anderen stehen der juristischen Person aber auch Rechte und Pflichten zu, derer natürliche Personen nicht teilhaftig sein können. Als Beispiel dafür können die Rechte von Körperschaften gegenüber ihren Mitgliedern genannt werden.

Abgesehen von dem Unterschied zwischen natürlichen Personen und juristischen Personen hinsichtlich des Umfangs der Rechtsfähigkeit, stellt sich die Frage, ob das geltende Recht für juristische Personen gegenständliche Grenzen ihrer Rechtsfähigkeit vorsieht. Diese Frage berührt die bisherige Vorstellung von der Rechtsfähigkeit und verlangt eine Korrektur des Begriffs. Entgegen der generellen Ansicht hat sich in Deutschland seit Mitte der sechziger Jahre – maßgeblich unterstützt durch einen Beitrag von *Fabricius*[749] – die Meinung gebildet, daß die Rechtsfähigkeit ein juristisches Ver-

---

744 § 3 KBGB lautet: [Rechtsfähigkeit] Der Menschen ist auf Lebenszeit Rechtssubjekt.

745 Vgl. ENNECCERUS/ NIPPERDEY, AT, § 105 I; HÜBNER, AT des BGB, Rz. 74; MEDICUS, AT des BGB, Rz. 1039; BROX, AT des BGB, Rz. 226, 655.

746 So RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 268.

747 Eine systematische Übersicht liefert SOERGEL-HADDING, vor § 21 Rz. 26 ff.

748 Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person ist im ersten Entwurf des BGB unter dem Einfluß der Fiktionstheorie auf die Vermögensfähigkeit beschränkt worden(Motive I, S. 78). Vgl. VORMBAUM, Die Rechtsfähigkeit der Vereine im 19. Jahrhundert, S. 15.

749 FABRICIUS, Relativität der Rechtsfähigkeit, München/ Berlin 1963.

haltensvermögen ist und die Rechtsfähigkeit zu teilen und zu relativieren ist.[750] Man bezeichnet das als die Lehre von der Relativität der Rechtsfähigkeit oder die Lehre von der Teilrechtsfähigkeit.[751] Zwar gilt diese Lehre nicht nur für juristische Personen, sondern auch für natürliche Personen (bes. für *nasciturus*), sie wird jedoch vornehmlich zur Erklärung der Eigenschaft von der Rechtsfähigkeit juristischer Personen bzw. der Teilrechtsfähigkeit anderer Rechtsgebilde verwendet. Diese Theorie setzt den Umfang der Rechtsfähigkeit juristischer Personen zu den gegenständlichen Grenzen ihrer Rechtsfähigkeit in Beziehung. Ihren Inhalt gilt es daher genauer nachzuzeichnen.

Im Zusammenhang mit dem Umfang der Rechtsfähigkeit der juristischen Person drängt sich für das deutsche Recht die Frage auf, ob die Rechtsfähigkeit der juristischen Person vom bestimmten Zweck der juristischen Person abhängig ist oder nicht. Bei dieser Frage geht es um die sog. ultra-vires-Lehre. Es ist bekannt, daß das deutsche Privatrecht die ultra-vires-Lehre nicht kennt. Aber diese These ist überprüfungsbedürftig, weil es sich beobachten läßt, daß der ultra-vires-Gedanke in Lehre und Praxis im Bereich des Gründungs- und Liquidationsrechts noch eingesetzt wird. Eine Darstellung dieser Lehre ist für eine rechtsvergleichende Betrachtung auch deshalb erforderlich, weil die ultra-vires-Lehre im deutschen Recht grundsätzlich nicht anerkannt ist, im Gegensatz dazu aber sie für die Frage der Rechtsfähigkeit juristischer Personen im koreanischen Recht, obwohl dieses zum deutschen Rechtskreis gehört, eine erhebliche Bedeutung besitzt.

II. Die Lehre von der Relativität der Rechtsfähigkeit

1. Konzepte

a) Der Ansatz von *Fabricius*

Fabricius, der Hauptvertreter der Lehre der relativen Rechtsfähigkeit, versuchte den Begriff und den Inhalt der Rechtsfähigkeit zu differenzieren. Das Grundkonzept der Lehre von der relativen Rechtsfähigkeit bzw. von der Teilrechtsfähigkeit besteht darin, daß die Rechtsfähigkeit nicht Eigenschaft ist, die entweder vorhanden oder nicht vorhanden ist, sondern daß es sich um eine gestufte Zurechnungsfähigkeit handelt.[752] Die Argumentation von *Fabricius* geht von der »Durchbrechung« des »Dualismus« im geltenden Recht – einerseits rechtsfähiges, andererseits nichtrechtsfähiges soziales Gebilde – aus, beispielsweise zwischen den rechtsfähigen (§§ 21, 22 BGB) und den nichtrechtsfähigen Vereinen (§ 54 BGB).[753] Diese dualistische Einteilung im geltenden Recht führt üblicherweise zu einer Formulierung, daß abgesehen von natürlichen Personen juristische Personen rechtsfähig sind, andere Gebilde (z.B. BGB-Gesellschaft, OHG, Erbengemeinschaft u.s.w.) dagegen nicht. Obschon das Gesetz unverkennbar von der begrifflichen Unterscheidung zwischen rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Gebilden

750 FABRICIUS, Relativität der Rechtsfähigkeit, passim; PAWLOWSKI, AT des BGB, Rz. 96 ff.; MünchKomm-GITTER, § 1 Rz. 5. ff.; Im Ergebnis auch UWE JOHN, Die organisierte Rechtsperson, bes. S. 221 ff.; BREUNINGER, BGB-Gesellschaft, S. 22. 26 ff.

751 PAWLOWSKI verwendet diese beide Begriffe synonym. Vgl. PAWLOWSKI , AT des BGB, Rz. 109.

752 Vgl. FABRICIUS, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 131 ff.

753 FABRICIUS, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 2 ff.

ausgeht, sei aus ihm ein entscheidendes Argument gegen die Einführung des Begriffs einer relativen Rechtsfähigkeit nicht zu ziehen, weil das Gesetz nirgendwo erklärt, was unter dem Begriff sowie dem Inhalt der Rechtsfähigkeit zu verstehen ist. Zwar gebraucht das Gesetz den Begriff der Teilrechtsfähigkeit nicht, jedoch ist die Anerkennung einer Teilrechtsfähigkeit nach *Fabricius* mit dem Gesetz nicht unvereinbar, denn »Inhalt und Umfang der Rechtsfähigkeit des einzelnen Subjekts können nur induktiv aus einzelnen Rechtssätzen gewonnen werden«[754]. Der Grundsatz der Gleichheit führt dazu, für die natürliche und juristische Person eine Vollrechtsfähigkeit anzuerkennen (vgl. Art. 3 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 3 GG). Das schließt nicht aus, daß die Rechtsordnung auch Rechtssubjekte anerkennt, die nur in einzelnen bestimmten Beziehungen rechtsfähig sind, die also teilrechtsfähig sind. Auf dem Gebiet des Privatrechts können der *nasciturus* und die Rechtsgemeinschaften als teilrechtsfähige Subjekte anerkannt werden.

Die übliche Begriffsbestimmung für die Rechtsfähigkeit, daß die Rechtsfähigkeit ein universelles juristisches Vermögen ist, das seiner Natur nach keine Beschränkung duldet und daher für jeden Menschen und jede juristische Person gleich ist, sieht er nur als einen abstrakten, umfangsallgemeinen Begriff der Rechtsfähigkeit an, dessen Abstraktionsstufen bzw. »Leerstellen« die konkreten Rechtsfähigkeiten repräsentieren.[755] Inhalt und Umfang der konkreten Rechtsfähigkeit des einzelnen Subjekts sind je nach den Eigenschaften des Subjekts unterschiedlich. Für den Inhalt der Rechtsfähigkeit nimmt *Fabricius* als Begriffselement der Rechtsfähigkeit das Handeln-Können des Subjekts. Er definiert die Rechtsfähigkeit als »rechtliches Verhaltensvermögen eines Rechtssubjekts«[756]. Die Rechtsfähigkeit ist für ihn also »Rechtsausübungsfähigkeit«[757]. Ausübung der Rechtsfähigkeit hängt notwendigerweise von dem Handlungsvermögen des Subjekts ab. Demnach werden sowohl die Voll-Rechtsfähigkeit als auch die Teil-Rechtsfähigkeit eines Subjekts relativiert durch seine eigene natürliche Handlungsfähigkeit bzw. durch die seiner Vertreter i.w.S., auch durch den einzelnen Rechtssatz.[758] Für juristische Personen bedeutet das, daß ihre Rechtsfähigkeit nur auf den Bereich vertretbaren Handelns beschränkt bleibt.

b) Das Erklärungsmodell von *Pawlowski*

Pawlowski, der ein Anhänger dieser Lehre ist, teilt den Begriff der Rechtsfähigkeit in die Rechtsfähigkeit i.e. Sinne und in die Rechtsfähigkeit i.w. Sinne auf. Für ihn ist die Rechtsfähigkeit i.e. Sinne die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.[759] Sie stimmt im Grunde mit der Definition der herrschenden Lehre überein. Diese Fähigkeit, so führt *Pawlowski* aus,[760] soll allen Rechtssubjekten (allen Menschen und juristischen Personen) unterschiedslos zukommen. Das sei aber nur möglich, wenn man den Begriff der Rechtsfähigkeit rein formal – abstrakt – versteht und von jeder Beziehung

754 FABRICIUS, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 52.
755 FABRICIUS, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 50.
756 FABRICIUS, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 44.
757 FABRICIUS, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 45.
758 FABRICIUS, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 61.
759 PAWLOWSKI, AT des BGB, Rz. 98, Rz. 109.
760 PAWLOWSKI, AT des BGB, Rz. 109.

auf konkrete Fähigkeiten (wie z.B. Ehefähigkeit, Testierfähigkeit, Erwerbsfähigkeit usw.) absieht. Diese Rechtsfähigkeit i.e. Sinne könne man also auch nur entweder haben oder nicht haben. Im Vergleich dazu identifiziert *Pawlowski* die Rechtsfähigkeit i.w. Sinne mit der Teilrechtsfähigkeit, die sich auf bestimmte Beziehungen beschränkt. Diese Teilrechtsfähigkeit sei kein abstrakter Begriff der Rechtsfähigkeit, sondern beziehe sich auf die konkreten, inhaltlichen Bestimmungen der Rechtsfähigkeit, wie z.B. Grundbuchfähigkeit, Mitgliedsfähigkeit usw., die je nach Personifikation unterschiedlich sein können.[761] Die Notwendigkeit der Aufteilung in die Rechtsfähigkeit i.e. Sinne und i.w. Sinne sieht *Pawlowski* darin, daß die Rechtsfähigkeit nicht nur dem Menschen und der juristischen Person sondern auch anderen »Zurechnungseinheiten« zukommt, wie z.B. dem nichtrechtsfähigen Verein oder der BGB-Gesellschaft.

Die Rechtsfähigkeit i.e. Sinne, so *Pawlowski*, grenzt ab, wer Zurechnungssubjekt für Rechte bzw. Gegenstände sein kann und bestimmt andersherum, wen man verklagen muß, d.h. wer haften kann.[762] Aber diese Rechtsfähigkeit regelt nicht, wer über Gegenstände oder Rechte bestimmen und somit in diesem Sinne »Träger« von Rechten sein kann. Die Rechtsfähigkeit i. e. Sinne schafft nur eine Zurechnungseinheit im Hinblick auf die Pflichten, nämlich einen »Haftungsverband«, in dem die passive Seite des Rechtssubjekts besteht.[763] Diese Rechtsfähigkeit schafft dagegen keine Zurechnungseinheit im Hinblick auf die Entscheidung über einzelne Rechte. Die Zurechnungseinheit muß dabei nicht unbedingt ein Mensch sein, sondern ebensogut ein Vermögen oder ein Verband. Somit unterscheiden sich natürliche und juristische Personen in Hinsicht auf die Haftungsfähigkeit überhaupt nicht.[764]

Die Rechtsfähigkeit i.w. Sinne stellt sich hingegen nicht abstrakt und unbestimmt dar. Das Konkretum dieser Rechtsfähigkeit bedeutet nach *Pawlowski* eine Kompetenz, an der Bildung und Weiterbildung der Rechtsverhältnisse auf dem Gebiet des Privatrechts teilzunehmen. Diese Kompetenz steht dem jeweiligen Rechtssubjekt nicht immer voll zu. Daher knüpft er den Begriff der Rechtsfähigkeit an den der Handlungsfähigkeit an und gelangt zu der Aussage:

> »Voll rechtsfähig ist der, der selbst im eigenen Namen handeln kann und für seine Geschäfte auch selbst haftet. Zur vollen Rechtsfähigkeit gehört also auch die rechtliche Handlungsfähigkeit.«[765]

Pawlowski[766] weist auch darauf hin, daß verschiedene Personen durchaus unterschiedliche, rechtliche Fähigkeiten haben können. Er nennt als Beispiel dafür: Juristische Personen sind nicht ehe- oder testierfähig. Die Rechtsfähigkeit sei somit unter diesem Aspekt »relativ« zu bestimmen, sie sei bezogen auf den jeweiligen »Stand« (Status) der Person. Es gebe daher auch Zurechnungseinheiten (Personifikationen), z.B. den nichtrechtsfähigen Verein, die BGB-Gesellschaft oder den *nasciturus*, die nur in einzelnen Beziehungen rechtsfähig (d.h. teilrechtsfähig) sind.

---

761 PAWLOWSKI, AT des BGB, Rz. 112.
762 PAWLOWSKI, AT des BGB, Rz. 100.
763 PAWLOWSKI, AT des BGB, Rz. 100, 101.
764 PAWLOWSKI, AT des BGB, Rz. 100. Er betrachtet die Rechtsfähigkeit i.e. Sinne insoweit als identisch mit der Pflicht- oder Haftungsfähigkeit (Rz. 130).
765 PAWLOWSKI, AT des BGB, Rz. 130.
766 PAWLOWSKI, AT des BGB, Rz. 138.

2. *Kritik*

Die Lehre der Teilrechtsfähigkeit oder relativen Rechtsfähigkeit trifft im Schrifttum[767] auf starken Widerspruch. Während die meisten Autoren die Lehre der Teilrechtsfähigkeit ohne ausführliche Begründung ablehnen, setzen sich *Flume* und *Karsten Schmidt* vergleichsweise eingehend mit dieser Lehre auseinander.

a) Bedenken von *Flume*

Die Kritik an der Lehre der Teilrechtsfähigkeit wird zunächst einmal von *Flume* damit begründet, daß der Begriff der Rechtsfähigkeit auf den Begriff der Person bezogen sei und umfassenden Charakter habe.[768] Dieser Begriff sei orientiert an der natürlichen Person, deren Rechtsfähigkeit – ungeachtet der nach Alter, Geschlecht etc. unterschiedlichen Fähigkeiten – »grundsätzlich unbeschränkt ist«[769]. Dieser Begriff besagt nach *Flume* für die juristische Person das gleiche wie für die natürliche Person, »nur mit der Einschränkung, daß die juristische Person nicht der Rechtsbeziehungen fähig ist, welche nur dem Menschen zu eigen sind«[770]. Die Gesamthand ist dagegen keine Person, sondern nach *Flume* eine Personengruppe, »die nur um eines bestimmten Zwecks willen als ›Träger‹ von Rechtsbeziehungen vom Recht anerkannt ist«[771]. Insoweit, als der Gesamthand als Gruppe Rechtsbeziehungen zugeordnet sind, lehnt *Flume* die Verwendung eines Begriffs der Teilrechtsfähigkeit nicht ausdrücklich ab. Jedoch kommt dem Begriff der Teilrechtsfähigkeit nach *Flume* ein tautologischer Charakter zu, denn der Begriff der Teilrechtsfähigkeit ist bloß »eine Abbreviatur mit je nach der Rechtsfigur der Gesamthand wechselndem Inhalt«[772].

b) Einwände von *Karsten Schmidt*

Nach *Karsten Schmidt*[773] steht der Darstellungswert der Lehre von der relativen Rechtsfähigkeit insoweit außer Zweifel, als diese Lehre den Inhalt der Rechtsfähigkeit zu präzisieren versucht. Insofern sei das Schlagwort von der Relativität der Rechtsfähigkeit unschädlich. Wenn vom Menschen bis hin zum Staat und von der Konkursmasse bis hin zur Stiftung oder zum Aktienunternehmen mit den Rechtsfiguren von Personifikation und Rechtsträgerschaft operiert werde, dann liege auf der Hand, daß der Umfang der verselbständigten Rechtszuordnung nicht nur unterschiedlich sein kann, sondern unter-

767 Vgl. ENNECCERUS/ NIPPERDEY, AT, § 105 I; MEDICUS, AT des BGB, Rz. 1099 ff; HÜBNER, AT des BGB, S. 116 f.; SOERGEL-HADDING, vor § 21 Rz. 22; AlternativKomm-OTT, vor § 21 Rz. 14; KÜBLER, Gesellschaftsrecht, S. 27; MUMMENHOFF, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit, S. 2 ff.; FLUME, Personengesellschaft, S. 90; Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 36 ff.; ders., Gesellschaftsrecht, S. 219 ff.

768 FLUME, Personengesellschaft, S. 90.

769 FLUME, Personengesellschaft, S. 90.

770 FLUME, Personengesellschaft, S. 90.

771 FLUME, Personengesellschaft, S. 91.

772 FLUME, Personengesellschaft, S. 91. Ihm folgend formuliert auch ULMER in MünchKomm, § 705 Rz. 131, daß die »Teilrechtsfähigkeit der GbR« nur eine verkürzte Ausdrucksweise ist.

773 Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 38; ders., Gesellschaftsrecht, S. 220.

schiedlich sein muß.[774] Wer von der Grundrechtsfähigkeit, der Wechselrechtsfähigkeit, der Erbfähigkeit oder der Parteifähigkeit spreche, bediene sich des Begriffs der Teilrechtsfähigkeit. Teilrechtsfähigkeit sei aber nur eine plakative Formel, die Diffenzierungsaufgaben benenne, inhaltlich aber unverbindlich bleibe.

Den Argumentationswert dieser Lehre hält *Karsten Schmidt* aber in methodischer Hinsicht für zweifelhaft[775]: Der Begriff der Rechtsfähigkeit werde mit so vielen Einzelproblemen befrachtet, daß dieser Begriff am Ende bis zur Unbrauchbarkeit zergliedert sei. Die Einzelprobleme, mit denen diese Lehre den Begriff der Rechtsfähigkeit belädt, gehören nach *Karsten Schmidt* »alle an ihren spezifischen Platz«[776]. Ob ein Rechtsträger etwa grundrechtsfähig, grundbuchfähig, wechselrechtsfähig etc. sei, sei in Wirklichkeit jeweils die Frage des Staatsrechts, des Verfahrensrechts, des Wertpapierrechts etc.

Hingegen sieht *Karsten Schmidt* den entscheidenden Vorzug der ungeteilt gedachten Rechtsfähigkeit in der methodischen Bescheidenheit dieses Ansatzes[777]: Die Rechtsfähigkeit als ein technischer Begriff werde durch die Lehre von der ungeteilten Rechtsfähigkeit (h.L.) nicht über Gebühr mit Differenzierungsaufgaben belastet. Nicht die Lehre von der relativen Rechtsfähigkeit, sondern der Sinn und Zweck der zuteilenden Normen bietet die Differenzierungskriterien, wonach Begrenzung der vielzitierten »Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein« erfolgt, an. Die bloße »Fähigkeit«, Zuordnungssubjekt zu sein, brauche deshalb nicht relativiert zu werden. Dabei stellt *Karsten Schmidt* resümierend fest, »daß die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen eine ungeteilte und umfassende ist.«[778]

3. Würdigung

Es ist nicht zu leugnen, daß die Lehre von der Teilrechtsfähigkeit oder der relativen Rechtsfähigkeit ungeachtet ihrer methodischen Problematik einen Anstoß zur lebhaften Diskussion über den Umfang und Inhalt der Rechtsfähigkeit eines Rechtsträgers gegeben hat. Die Stärke dieser Lehre findet sich m.E. besonders darin, daß sie durch Präzisierung der Rechtsfähigkeit die Zuerkennung der individuellen Rechtsfähigkeiten an bestimmte Organisationen begründet, die im Gesetz als nicht rechtsfähig festgelegt sind. Trotz der dualistischen Einteilung des geltenden Rechts in rechtsfähige und nichtrechtsfähige Gebilden ist es auf die Ansätze dieser Lehre zurückzuführen, daß die Terminologie »Teilrechtsfähigkeit« etwa der Gesamthand oder der Vorgesellschaft in der heutigen Literatur häufig zu finden ist. Für denjenigen, der betreffs der Rechtsfähigkeit an dem Gedanke »ganz oder gar nicht« festhält, scheint es widersprüchlich zu sein, wenn das Gesetz von der Parteifähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins (vgl. § 50 Abs. 2 ZPO) oder von der Tariffähigkeit der Gewerkschaften (§ 1 TVG), die auch nicht rechtsfähige Vereine sind, spricht. Die Bezeichnung »Teilrechtsfähigkeit« hilft, solche begrifflichen Diskrepanz zu überwinden, wenngleich ihre Bedeutung von *Flume* nur als eine »Abbreviatur mit ... wechselndem Inhalt«[779] geschmälert wird. Das gilt auch für das koreani-

774 Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 38.
775 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 220.
776 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 220.
777 Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 39.
778 Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 40.
779 FLUME, Personengesellschaft, S. 91.

sche Recht. Obwohl in der koreanischen Wissenschaft von der Lehre der Teilrechtsfähigkeit noch nicht die Rede ist, setzt das koreanische Recht – soweit im Spezialgesetz ersichtlich ist – die Grundthese von dieser Lehre voraus, indem es dem nichtrechtsfähigen Verein die Partei– und die Grundbuchfähigkeit zuerkennt (§ 48 KZPG, § 30 KGBG).

Die Anerkennung einer Teilrechtsfähigkeit für die anderen Gebilden, die im Gesetz nicht als juristische Personen anerkannt sind, führt dazu, daß *in bestimmten Rechtsbeziehungen* diese Gebilde selbst – nicht die sie bildenden Mitglieder – als selbständige Rechtsträger Zurechnungsendpunkt von Handlung und Haftung werden. Insofern schadet der Ausdruck »Teil«-Rechtsfähigkeit für diese Gebilde nicht dem vorherrschenden Gedanken, daß die Rechtsfähigkeit die Fähigkeit ist, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.

Aber die Lehre von der Teilrechtsfähigkeit ist zu weit gegangen, wenn sie die Rechtsfähigkeit der juristischen Person auch für relativ oder geteilt hält mit dem Argument, daß die juristische Person auf dem Gebiet des Familienrechts nicht rechtsfähig sein kann[780]. Allerdings hat das deutsche Recht keine Bestimmung für die Rechtsfähigkeit der juristischen Person wie Art 53 des schweizerischen ZGB[781]. Aber wenn man zur Betonung der Relativität der Rechtsfähigkeit als Beispiel anführt, daß juristische Personen nicht heiraten können, dann ist das nichts anderes als eine »juristische Trivialität«[782]. Eine juristische Person ist nur insoweit in gleichem Maße rechtsfähig wie eine natürliche, als das in Frage stehende Rechtsverhältnis nicht die menschliche Individualität voraussetzt.[783] Die Einschränkung der Rechtsfähigkeit auf dem Gebiet des Familienrechts ist für juristische Personen also eine wesensimmanente Selbstverständlichkeit. Für diese spezielle Begrenzung braucht man den Begriff der Rechtsfähigkeit nicht zu korrigieren.

Ferner ist das weitere Argument dieser Lehre, daß die Rechtsfähigkeit eine an der Handlungsfähigkeit gebundene Rechtsausübungsfähigkeit sei, nicht haltbar. Die Rechtsfähigkeit und die Handlungsfähigkeit sind unbeschadet ihres engen inneren Zusammenhangs im geltenden Recht als grundsätzlich voneinander unabhängige Institute festgelegt.[784] Die Rechtsordnung trägt sogar bei der Zuerkennung der Rechtsfähigkeit an die juristische Person dem Umstand nicht Rechnung, ob eine juristische Person jegliche Art von Rechten und Pflichten wirklich ausüben und leisten kann. Sie weist vielmehr der juristischen Person – wie der natürlichen Person – grundsätzlich umfassend alle Rechte und Pflichten zu, die der juristischen Person nach ihrer rechtlichen Struktur zugeordnet werden können.[785]

---

780 Vgl. PAWLOWSKI, AT des BGB, Rz. 138: Juristische Persoen seien nicht ehe oder testierfähig. Vgl. oben Fn. 758.

781 Art 53 des schweizerischen ZGB lautet: Die juristischen Personen sind aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben.

782 Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 40.

783 ENNECCERUS/ NIPPERDEY, AT, § 105 II.

784 Vgl. LARENZ/ WOLF, AT, S. 120.

785 SOERGEL-HADDING, Vor § 21 Rz. 22.

Zusammenfassend: Während die Gebilde, die im Gesetz nicht rechtsfähig sind, in bestimmten Rechtsbeziehungen Teilrechtsfähigkeit haben, besitzen die juristischen Personen grundsätzlich umfassende, unbeschränkte Rechtsfähigkeit.

III. Ultra-vires-Lehre

1. Einleitung

Wenn man davon ausgeht, daß juristische Personen jeweils zur Verfolgung bestimmter, objektivierter Interessen geschaffen werden, die im statutenmäßigen Zweck[786] oder im Gegenstand des Unternehmens[787] ihren Niederschlag finden, dann stellt sich die Frage, ob juristische Personen außerhalb dieses durch den statutarischen Zweck oder Gegenstand des Unternehmens abgegrenzten Wirkungskreis wirksam Rechtsakte setzen können. Dabei handelt es sich um die Frage der ultra-vires-Lehre.

Nach der im anglo-amerikanischen Rechtskreis anerkannten ultra-vires-Lehre hat die juristische Person Rechts- und Handlungsfähigkeit nur für den Zweck, für den sie geschaffen wurde,[788] d.h. die Rechts- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person ist durch den satzungsmäßigen Zweck beschränkt. Wenn die juristische Person unter Überschreitung dieses Betätigungsbereiches ein Rechtsgeschäft vornimmt, so ist ihre Handlung *ultra vires* und deshalb nichtig. Die Konsequenz der Nichtigkeit der ultra-vires vorgenommenen Rechtsgeschäfte bringt beträchtliche Nachteile mit sich. So stellt sie für den Vertragspartner oftmals ein erhebliches Risiko dar, wenn er nämlich an der Erfüllung des nunmehr nichtigen Vertrags interessiert war. In dieser Hinsicht ist die ultra-vires-Lehre evidentermaßen verkehrsschutzfeindlich.

Die ultra-vires-Lehre geht historisch von der Situation eines Systems staatlicher Konzessionen in der Zeit des Vereinigten Königreichs für privatwirtschaftliche Betätigung der Gesellschaft aus. Der Ansatzpunkt dieser Lehre ist, daß der Konzessionsnehmer seine Aktivitäten auf den Bereich beschränken muß, für den ihm die staatliche Genehmigung erteilt wurde. Gesetzgeberisch gesehen, hat das deutsche Recht einen ganz anderen Weg beschritten. Zwar hat das ADHGB von 1861 zur Errichtung einer AG wie das damalige englische Recht das Oktroisystem[789] verfolgt, aber es hat dem Vorstand der AG gesetzlich eine allgemeine Vollmacht eingeräumt. Außerdem konnte die AG die sachlichen Beschränkungen der Vorstandsvollmacht durch Statuten oder Beschlüsse der Generalversammlung gegen Dritte nicht geltend machen.[790] So steht der Gedanke der Sicherheit des Rechtsverkehrs im deutschen Recht im Vordergrund. Seitdem ist die ultra-vires-Lehre in deutschem Recht – abgesehen vom öffentlichen Recht – unbekannt. Jedoch findet sich eine Spur des ultra-vires-Gedanken mitunter in der deutschen Judikatur. Das wird hier im weiteren erläutert werden.

---

786 Vgl. §§ 21, 22, 57, 87 BGB, § 1 GmbHG, § 1 GenG; §§ 32, 39 KBGB, § 169 KHGB.

787 Vgl. §§ 4, 23 AktG, § 3 GmbHG, § 6 GenG.

788 Vgl. WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 813; Zur Entwicklung und zum Anwendungsbereich dieser Lehre vgl. u.a. GOWER, L.C.B., Principles of modern company law, 5. Aufl., London 1992, S. 166 ff.

789 Das Oktroisystem wurde im Rahmen der Aktienrechtsnovelle 1870 durch das Registrierungssystem ersetzt.

790 COING, Europäisches Privatrecht, Bd. II, S. 117.

Das koreanische BGB hat das System des deutschen BGB größtenteils – besonders in bezug auf Personenrecht – rezipiert. Das koreanische Recht hat jedoch für die Rechtsfähigkeit der juristischen Person zugleich die im anglo-amerikanischen Rechtskreis entwickelte ultra-vires-Doktrin übernommen und in § 34 KBGB normiert. Deswegen kommt der ultra-vires-Doktrin in der koreanischen Rechtspraxis eine Kardinalbedeutung zu. Das Problem des Umfangs der Rechtsfähigkeit juristischer Personen ist einer der schwierigsten Streitpunkte im Bereich des Zivilrechts in Korea.

2. Ultra-vires-Doktrin im deutschen und koreanischen Recht

a) Deutsches Recht

aa) Grundsätzliches

Von der vorstehenden Erörterung der Eigenschaft der Rechtsfähigkeit her läßt es sich auf die umfassende Rechtsfähigkeit der juristischen Person des Privatrechts schließen. Hierin unterscheidet sich die deutsche Vorstellung von der Rechtsfähigkeit der juristischen Person von der ultra-vires-Lehre des anglo-amerikanischen Rechts, wonach die Rechts- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person durch den satzungsmäßigen Zweck beschränkt ist. Das deutsche Privatrecht räumt einem Verband auf dem Wege der Eintragung oder Konzessionierung mit der Anerkennung als juristische Person unabhängig von dem Verbandszweck grundsätzlich unbeschränkte, umfassende Rechtsfähigkeit ein. Somit findet die ultra-vires-Lehre in den Bereich des deutschen Privatrechts grundsätzlich keinen Eingang.[791] Die Ablehnung der anglo-amerikanischen ultra-vires-Lehre führt zu einer besseren Sicherheit des Rechtsverkehrs und zu größerem Vertrauen des Geschäftspartners auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts im deutschen Privatrecht. Der Mitgliederschutz und das Wohl der juristischen Person treten demgegenüber in den Hintergrund.

Anders ist jedoch die Situation im Bereich des öffentlichen Rechts. Denn der Tätigkeitsbereich der juristischen Personen des öffentlichen Rechts ist gesetzlich festgelegt. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts ist nur ein Mittel zu ihrem Hauptzweck, der auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts liegt.[792] Nach der in BGHZ 20, 119 vertretenen Ansicht des BGH sind juristische Personen des öffentlichen Rechts nur im Rahmen des ihnen durch Gesetz oder Satzung »zugewiesenen Aufgaben- und Wirkungskreises« zum rechtswirksamen Handeln befugt. Außerhalb dieses Wirkungskreises können ihre Organe Privatrechtsgeschäfte für die juristische Person nicht vornehmen. Damit hat sich der BGH der ultra-vires-Lehre des anglo-amerikanischen Rechts in Hinblick auf den Umfang der Rechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts stark angenähert.

---

791 Vgl. MünchKomm-REUTER, Vor § 22 Rz. 13 a; SOERGEL-HADDING, Vor § 21 Rz. 24; Karsten SCHMIDT, Verbandszweck, S. 40; JOHN, Die organisierte Person, S. 118 ff; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 209; aber a.A. EGGERT, JA 1978, S. 6 ff., der die Notwendigkeit des MitglieDERS chutz in den Vordergrund stellt (S. 11 f.).

792 STAUDINGER-WEICK, Einl. zu §§ 21-89 Rz. 25.

bb) Ultra-vires-Gedanke im deutschen Privatrecht ?

In deutschem Recht wirkt sich der Verbandszweck – wie er in den Statuten festgelegt wurde – auf die Rechtsfähigkeit in der Regel nicht aus. Aber dort, wo die Identität des Verbandszwecks in Frage steht, wird nicht selten von dem ultra-vires-Gedanken im deutschen Privatrecht gesprochen. Hierbei handelt es sich um den Liquidationszweck zum einen und um den Gründungszweck zum anderen.

aaa) Im Liquidationsrecht

Bei der GmbH hat sich verbreitet die Meinung gebildet, daß die aufgelöste GmbH vollrechtsfähig sei und die Vertretungsmacht der Liquidatoren nicht durch den Liquidationszweck beschränkt werde.[793] Demgegenüber wird für den in Liquidation befindlichen Verein vorherrschend vertreten, daß seine Rechtsfähigkeit auf die Erfüllung des Liquidationszwecks beschränkt sei.[794] Zur Begründung dafür verweist die h.M. auf den Wortlaut des § 49 Abs. 2 BGB, wonach der Verein bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend gilt, jedoch nur soweit der Zweck der Liquidation dies erfordert.

Aber diese Auffassung ist in der Praxis in Hinsicht auf die Verkehrssicherheit problematisch. Die Liquidatoren müssen zur Abwicklung schwebender Geschäfte regelmäßig neue Geschäfte eingehen (§ 49 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 48 Abs. 2 BGB). Dabei ergibt sich für den Rechtsverkehr die Schwierigkeit, abzugrenzen, welche Geschäfte dem Liquidationszweck dienen und welche nicht. *Fabricius*[795] nimmt die Abgrenzung danach vor, ob die Geschäfte vom Standpunkt eines objektiven Beobachters der beteiligten Verkehrskreise nach den Erfahrungen des Lebens generell geeignet sind, überhaupt Zwecken der Abwicklung zu dienen oder nicht. Dies bietet dem Geschäftspartner, der mit einem in Liquidation befindlichen Verein ein Geschäft abschließt, kein akzeptables Kriterium an, weil er dann ein unüberschaubares und unkalkulierbares Risiko hinnehmen muß. Aber diejenigen, die von der begrenzten Rechtsfähigkeit des Liquidationsvereins ausgehen, ziehen aus ihrer Auffassung nicht die strenge Konsequenz, daß vom Liquidationszweck nicht gedeckte Geschäfte nichtig, d.h. wegen mangelnder Rechtsfähigkeit unheilbar nichtig sind. Denn der Verein soll die Beweislast für die Überschreitung des Liquidationszwecks ebenso tragen wie für die fehlende Schutzwürdigkeit des Dritten.[796] Das Problem ist letztlich durch diese Beweislastlösung dogmatisch in den Bereich des Vertretungsrechts verlagert.

Diese hergebrachte Auffassung scheint insgesamt der These zu widersprechen, daß die Rechtsfähigkeit der juristischen Person umfassend und die ultra-vires-Doktrin dem deutschen Privatrecht fremd ist. Die Beschränkung der Rechtsfähigkeit auf den Liquidationszweck würde vor allem den Rechtsverkehr mit unvertretbaren Risiken belasten. Geht man von der Notwendigkeit eines ausreichenden Verkehrsschutzes aus, wie ihn

---

793 BAUMBACH/ HUECK, § 70 GmbHG Rz. 2; LUTTER/ HOMMELHOFF, § 69 GmbHG Rz. 4; HACHENBURG-HOHMER, § 69 GmbHG Rz. 11.

794 RGRK-Steffen, § 49 Rz. 4; PALANDT-HEINRICHS, § 49 Rz. 4; ERMAN-WESTERMANN, § 49 Rz. 5; ENNECCERUS/ NIPPERDEY, AT, § 114 I 6.

795 FABRICIUS, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 105.

796 RGZ 146, 376, 378; BAG DB 1971, 483; BGH NJW 1984, 982 (betr. KG); RGRK-STEFFEN, § 49 Rz. 3; FLUME, Juristische Person, S. 374 f.

die hergebrachte Meinung auch im Prinzip anerkennt, erscheint eine Gegenansicht[797] konsequenter, die sich im Interesse des Verkehrsschutzes auch für umfassende Rechtsfähigkeit des Liquidationsvereins und damit für unbeschränkte Vertretungsmacht der Liquidatoren ausspricht. Diese Ansicht beruft sich auf § 269 AktG.[798] Der Gesetzgeber hat sich in § 269 AktG mit Rücksicht auf die »erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten« und die damit verbundene »Unsicherheit des Rechtsverkehrs«[799] für einen lückenlosen Verkehrsschutz entschieden: Die Abwickler vertreten die Aktiengesellschaft gerichtlich und außergerichtlich (§ 269 Abs. 1 AktG), wobei die Vertretungsbefugnis der Abwickler nicht beschränkt werden kann (§ 269 Abs. 5 AktG). Man kann zwar beanstanden, daß diese Ansicht die mögliche Ausstrahlungswirkung des § 269 AktG für das Verbandsrecht überdehnt,[800] aber sie findet im Ergebnis in der Literatur[801] in Hinblick darauf zunehmend Zustimmung, daß der Liquidationsverein wie der werbende Verein umfassend rechtsfähig und die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren nicht kraft Gesetzes beschränkt ist. Dabei werden für die Lösung des Konflikts zwischen Pflichtbindung der Liquidatoren und Verkehrsschutz die Grundsätze des Mißbrauchs der Vertretungsmacht vorgeschlagen: Im Innenverhältnis sind die Liquidatoren an den Liquidationszweck gebunden. Gehen die Liquidatoren beim Abschluß von Rechtsgeschäften über diese interne Pflichtbindung hinaus, so handeln sie pflichtwidrig, aber nicht ohne Vertretungsmacht. Diese Pflichtwidrigkeit kann nach den Grundsätzen des Mißbrauchs der Vertretungsmacht im Einzelfall nach außen durchschlagen, wenn die Liquidatoren »evident« liquidationsfremde Geschäfte vornehmen.[802] Ferner fällt an einem Urteil des BGH vom 1. 12. 1983 auf, daß der Standpunkt des BGH im Ergebnis einer Anerkennung unbegrenzter Vertretungsmacht entspricht. Der BGH befand[803]:

> »Eine Gesellschaft ist an liquidationsfremde Geschäfte ihres Liquidators nicht gebunden, wenn der Geschäftsgegner wußte oder wissen mußte, daß sich das Geschäfte nicht mehr im Rahmen des Liquidationszweck hielt.«

Bemerkenswert ist der Ausgangspunkt dieses Urteils; der BGH ging noch im Prinzip von der Begrenzung der Organvertretungsmacht durch den »Liquidationszweck« aus. Das ist nach *Karsten Schmidt*[804] »ultra-vires-Denken par excellence!«. Die Ansicht, die von der unbeschränkten Rechtsfähigkeit des Liquidationsvereins ausgeht, wendet sich

797 Grundlegend Karsten SCHMIDT, AcP 174 (1974), S. 55, 64; ders., Verbandszweck, S. 298.

798 Karsten SCHMIDT, AcP 174 (1974), S. 55, 69; ders., AcP 184 (1984), S. 529, 533.

799 KROPFF, Aktiengesetz, S. 358 mit der Begründung zum RegE zu § 269.

800 So MünchKomm-REUTER, § 49 Rz. 9.

801 MünchKomm-REUTER, § 49 Rz. 9; SOERGEL-HADDING, § 49 Rz. 13; STAUDINGER-WEICK, § 49 Rz. 11, 14.; REICHERT/ VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Rz. 2140.

802 Karsten SCHMIDT, AcP 184 (1984), 536 ff.; ders., Gesellschaftsrecht, S. 322 ff.; SOERGEL-HADDING, § 49 Rz. 13; STAUDINGER-WEICK, § 49 Rz. 15; FLUME, Juristische Person, S. 374–377. Zur »Evidenztheorie« des Mißbrauchs der Vertretungsmacht: vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 790.

803 BGH ZIP 1984, 312 = NJW 1984, 982 = DB 1984, 1137. Aber kritische Bemerkung dazu vgl. Karsten SCHMIDT, AcP 184 (1984), S. 529 ff.

804 Karsten SCHMIDT, AcP 184 (1984), S. 529, 532.

in bezug auf den Liquidationszweck weithin gegen die herrschende Auffassung[805], daß die Auflösung zu einer Änderung des den Verband konstituierenden Zwecks führt. Nach dieser vordringlichen Ansicht[806] ändere sich der Verbandszweck nicht dadurch, daß der Verband in ein Liquidationsverfahren eintritt. Der Verbandszweck bleibe bis zur Vollbeendigung für den Rechtsträger verbindlich. Liquidationszweck sei also bloßer Verfahrenszweck. Demnach wird die Kontinuität des Verbandszwecks im Liquidationsrecht durchgesetzt. Diese Auffassung läßt im Liquidationsrecht keinen Raum, den die ultra-vires-Lehre durch den Liquidationszweck einnehmen könnte.

bbb) Im Gründungsrecht

Fraglich ist auch, ob der ultra-vires-Gedanke für Gründungsrecht gilt. Nach der herkömmlichen Auffassung[807] ist der Zweck der Vorgesellschaft auf den Gründungszweck beschränkt und dementsprechend ist die Organvertretungsmacht im Gründungsstadium durch den Gründungszweck auf gründungsnotwendige Geschäfte beschränkt. Nach *Rittner*[808] gilt hier das ultra-vires-Prinzip. Eine gegenteilige Ansicht geht davon aus, daß der Zweck der Vorgesellschaft mit dem der späteren juristischen Person identisch ist. Nach dieser Ansicht[809] ist der Umfang der organschaftlichen Vertretungsmacht für die Vorgesellschaft unbeschränkt. Für den Gesellschafterschutz im Außenverhältnis schlägt diese Ansicht wie beim Liquidationsrecht die Grundsätze der Vertretungsmacht vor. Danach hat das ultra-vires-Prinzip im Gründungsrecht keine Geltung mehr.

Soweit das sog. Vorbelastungsverbot im Gründungsrecht herrscht, kann die herkömmliche Auffassung aufrechterhalten bleiben. Aber der BGH hat in dem schon erwähnten Grundsatzurteil vom 9. 3. 1981[810] das Prinzip des Vorbelastungsverbots aufgegeben. Insofern hat der ultra-vires-Gedanke großen Teil seiner dogmatischen Grundlage in der Praxis des Gründungsrechts verloren. In dieser Hinsicht ist dieses Urteil sicherlich ein bedeutsamer Schritt. Betreffs des Umfangs der Vetretungsmacht ist jedoch der BGH in diesem Urteil immer noch davon ausgegangen, daß die Vertretungsmacht grundsätzlich durch den Gründungszweck auf gründungsnotwendige Geschäfte beschränkt ist. Als Grund dafür wird der Schutz der Gründer gegen eine persönliche Inanspruchnahme aufgrund von Geschäften der organschaftlichen Vertreter (der Geschäftsführer) vermutet.[811] Der BGH hat jedoch in demselben Urteil zugleich angedeutet, daß bei der Sachgründung die organschaftliche Vertretungsmacht im Gründungsrecht einer fertigen juristischen Person (in diesem Fall, einer eingetragenen

805 Vgl. HUECK, Gesellschaftsrecht, § 11 I; KölnKomm-KRAFT, Vor § 262 AktG Rz. 11; MünchKomm-ULMER, Vor § 723 Rz. 6.

806 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 321 ff.; ihm folgend PAURA, Liquidation und Liquidationspflichten, S. 21 ff.

807 RGZ 83, 370, 373; 105, 228, 229; 134, 121, 122; BGHZ 17, 385, 391; 53, 210, 212; BGH LM Nrn 6, 12 zu § 11 GmbHG; so auch HACHENBURG-ULMER, § 11 GmbHG Rz. 54; RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 357.

808 RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 355.

809 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 1019 ff.; RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 285; THEOBALD, Vor-GmbH und Gründerhaftung, S. 23 ff.

810 BGHZ 80, 129 = NJW 1981, 1373. Siehe auch oben Fn 545, 546 vorliegender Arbeit.

811 Vgl. SCHOLZ-Karsten SCHMIDT, § 11 GmbHG Rz. 64.

GmbH) nahekommen kann. In diesem Punkt ist noch offen, ob die richterrechtliche Fortbildung durch Anerkennung der unbegrenzten organschaftlichen Vertretungsmacht das ultra-vires-Prinzip ganz aus dem Gründungsrecht ausschließlichen will. Das muß von der Rechtsprechung noch weiter überprüft werden.

ccc) Zusammenfassung

Wenn man davon ausgeht, daß zwischen dem eigentlichen Verbandszweck und dem Gründungs- sowie Liquidationszweck ein Unterschied besteht, gelangt man zu dem Schluß, daß die Rechtsfähigkeit des im Gründungs- sowie Liquidationsstadium befindlichen Verbandes auf die Erfüllung des Gründungs- sowie Liquidationszwecks beschränkt ist und damit die organschaftliche Vertretungsmacht nach außen auch auf die diesem Zweck dienenden Geschäfte begrenzt ist. Darin ist der ultra-vires-Gedanke im Ansatz zu erkennen. Wenn man im Gegensatz dazu den Gründungs- sowie Liquidationszweck mit dem Verbandszweck als identisch ansieht, dann ist der Umfang der Rechtsfähigkeit eines Verbandes nicht vom Gründungs- sowie Liquidationszweck abhängig und der Umfang der organschaftlichen Vertretungsmacht ist nicht auf die gründungsnotwendigen Geschäfte oder die Liquidationsgeschäfte begrenzt. Dadurch wird dem ultra-vires-Prinzip im Gründungs- und Liquidationsrecht der Boden entzogen. Ob der ultra-vires-Gedanke auf dem Gebiet des Gründungs- und Liquidationsrechts weiter berücksichtigt oder ausgenommen wird, hängt von der künftigen richterlichen Rechtsfortbildung ab.

b) Koreanisches Recht

aa) Allgemeines

§ 34 KBGB schreibt für die Rechtsfähigkeit juristischer Personen Folgendes vor: »Die juristische Person ist ein Rechtssubjekt im Rahmen des durch die entsprechenden Vorschriften ihrer Satzung bestimmten Zwecks.« Aus dieser Vorschrift leitet die koreanische Wissenschaft die Begrenztheit der Rechtsfähigkeit juristischer Personen ab. Vom Wortlaut der Vorschrift her ergebe sich die Begrenzung durch die Gesetzesbestimmung und die Begrenzung durch den Zweck. Außerdem zieht man die Begrenzung durch die natürliche Eigenschaft in Betracht.

Als erste Kategorie sieht man die Begrenzung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen durch die natürliche Eigenschaft an. Zwar gibt es keine dem Art. 53 des schweizerischen ZGB entsprechende Vorschrift im koreanischen Recht, aber die koreanische Wissenschaft legt das koreanische Recht auf die gleiche Weise aus. So kann die juristische Person die Rechte haben, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen voraussetzen. Die juristische Person hat z.B. kein Recht auf Leben (vgl. § 752 KBGB), Familienoberhaupt (§§ 778 ff. KBGB), elterliche Sorge (§§ 909 KBGB), körperliche Freiheit (vgl. § 12 KGG; § 751 KBGB), aber sie kann Vermögensrecht (Forderungs-, Sachen- und Immaterialgüterrecht) und Personenrechtsschutz (Namenschutz, Ehrenschutz, Kreditschutz, Urheberrecht, etc.) genießen. Während das deutsche BGB einer juristischen Person aktive Erbfähigkeit zuerkennt (§§ 2044 Abs. 2, 2101 Abs. 2, 2105 Abs. 2, 2106 Abs. 2, 2109 Abs. 2, 2163 Abs. 2 BGB), hat die juristische Person im

koreanischen Recht keine Erbfähigkeit, weil das KBGB als Erben nur natürliche Personen anerkennt (§§ 1000, 1004 KBGB). Jedoch kann die juristische Person im koreanischen Recht durch Universalvermächtnis dasselbe erhalten, weil die Institution des Vermächtnisses den juristischen Personen offensteht (vgl. § 1078 KBGB[812]).

Bei der zweiten Kategorie handelt es sich um die Begrenzung der Rechtsfähigkeit durch Gesetzesbestimmung. Es gibt kein Gesetz in Korea, das eine allgemeine Einschränkung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen regelt. Nur einige Vorschriften lassen sich zitieren, die im einzelnen die Rechtsfähigkeit der juristischen Person einschränken. Als Beispiel dafür sind § 81 KBGB, §§ 245, 269, 542, 613 KHGB und § 173 KHGB zu nennen. Nach § 81 KBGB bestehen die Rechte und Pflichten der in Liquidation befindlichen juristischen Person (Verein und Stiftung) nur insoweit fort, als der Zweck der Liquidation es erfordert. Gleichermaßen gilt eine in Liquidation befindliche Handelsgesellschaft im Rahmen des Liquidationszwecks als fortbestehend (§§ 245, 269, 542, 613 KHGB)[813]. Gemäß § 173 KHGB dürfen die Handelsgesellschaften nicht eine persönlich haftende Gesellschafterin einer anderen Handelsgesellschaft werden. Demnach ist eine Gesellschaftsform, etwa GmbH & Co. KG nicht zulässig.

Am schwierigsten und wichtigsten ist das Problem der Begrenzung der Rechtsfähigkeit durch den Zweck. Aus dem Wortlaut des § 34 KBGB ist eine solche Begrenzung ersichtlich. Was den Umfang der Rechtsfähigkeit juristischer Personen betrifft, konzentriert sich die koreanische Wissenschaft im wesentlichen auf dieses Problem. Deshalb geht die folgende Untersuchung diesem Problem nach, das sich unmittelbar auf die ultra-vires-Lehre bezieht.

bb) Die Problematik des dem ultra-vires-Prinzip zugrundeliegenden § 34 KBGB

aaa) Der gesetzgeberische Ursprung des § 34 KBGB

§ 34 KBGB regelt unter der Überschrift »Rechtsfähigkeit« allgemein den Wirkungskreis juristischer Personen. Nach dieser Vorschrift ist die juristische Person im Rahmen des nach den entsprechenden Vorschriften in der Satzung bestimmten Zwecks ein Rechtssubjekt. Bezüglich der Bestandselemente des § 34 KBGB geht man allgemein davon aus, daß § 34 KBGB gesetzgeberisch aus dualistischen Elementen konstruiert ist, die aus gegensätzlichen Rechtskreisen stammen: nämlich aus der ultra-vires-Lehre des anglo-amerikanischen Rechts und aus dem Begriff der Rechts- und Handlungsfähigkeit

812 § 1078 KBGB lautet: [Universalvermächtnis] Wird die Erbschaft dem Vermächtnisnehmer als Ganzes zugewendet, so hat er die gleichen Rechte und Pflichten wie der gesetzliche Erbe.

813 § 245 KHGB lautet: [Gesellschaft in Liquidation] Die Gesellschaft gilt für Zwecke der Liquidation selbst nach der Auflösung als bestehend.
§ 245 KHGB, der für die OHG gilt, findet gem. § 269 KHGB auf KG, gem. § 542 KHGB auf AG und § 613 KHGB auf GmbH entsprechende Anwendung.

des deutschen Rechts.[814] In Hinblick auf die Rezeption des Rechts wird es allgemein angenommen, daß das koreanische Recht sich systematisch und dogmatisch sehr stark an dem deutschen Recht orientiert hat. Wenn es so ist, hätte das koreanische Recht die im anglo-amerikanischen Rechtskreis verbreitete ultra-vires-Lehre nicht übernommen. Besser gesagt, das koreanische Recht hätte keine Einschränkung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen vorgesehen oder zumindest wie das deutsche BGB über die Rechtsfähigkeit juristischer Personen geschwiegen. Jedoch soweit § 34 KBGB von der Beschränkung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen durch den in der Satzung bestimmten Zweck spricht, steht außer Zweifel, daß die im anglo-amerikanischen »case law« entwickelte ultra-vires-Lehre im koreanischen Recht rezipiert worden ist.[815] Hier drängt sich die Frage auf, warum und auf welchem Weg ausgerechnet die anglo-amerikanische ultra-vires-Lehre in § 34 KBGB normiert worden ist.

Eine der wichtigen wissenschaftlichen Aufgaben zur Gesetzesauslegung ist Ermittlung des Willens der Gesetzgeber.[816] Da es aber leider keine Motive zum KBGB-Entwurf gibt,[817] kann man den Willen der historischen Gesetzgeber des KBGB auf diese Weise nicht ermitteln. Den Wille der Gesetzgeber könnte man zwar in den stenographischen Protokolle des damaligen Parlaments erkennen, aber das ist auch vergeblich, weil der damals vorgeschlagene Entwurf des § 33 KBGB (entsprechend geltendem § 34 KBGB) ohne Einwand verabschiedet worden ist. Deshalb muß man sich bezüglich des § 34 KBGB zur Erkennung der Regelungsabsicht des Gesetzgebers mit ähnlichen ausländischen Rechtsordnungen beschäftigen. *Sang-Yong Ko*, der sich besonders auf das japanische Recht spezialisiert hat, legt dar, daß die Gesetzgeber des KBGB angesichts des § 34 KBGB die Bestimmung des § 43 des japanischen BGB übernommen haben. § 43 JBGB lautet[818]:

---

814 Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 195; Yong-Han KIM, AT des BGB, S. 173; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 256; Seok-In HUANG, Modernes Zivilrecht I, S. 111; Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 47.

815 Seok-In HUANG, Modernes Zivilrecht I, S. 111.

816 Dazu vgl. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 316 ff.

817 Nach der Befreiung von der japanischen Besatzung im Jahre 1945 hat die koreanische Regierung 1948 eine Redaktionskommission zum KBGB eingesetzt. Im Verlauf der Arbeit dieser Kommission brach 1950 der sog. Korea-Krieg aus. Während dieses Krieges war das Entwurfsmaterial verschwunden und einige Kommissionsmitglieder wurden nach Nordkorea entführt. So wurde die Arbeit der Kommission zwangsläufig unterbrochen. Das ist der Grund dafür, daß es in Korea keine Motive zum KBGB-Entwurf gibt. Die Redaktionsarbeit zum KBGB wurde erst nach dem Krieg 1953 wieder fortgesetzt. Die Redaktionskommission legte 1954 den neuen Entwurf zum KBGB ohne Motive vor. Dieser Entwurf wurde im Legislationskomittee des Parlaments geprüft und schließlich 1958 in der Vollsitzung des Parlaments beschlossen. Das heute geltende KBGB trat am 1. 1. 1960 in Kraft. Hinsichtlich der Gesetzgebung des KBGB wurde kritisiert, daß sie in zu kurzer Zeit vorgenommen wurde. Dazu Chong-Hyu CHUNG, Der legislative Verlauf des koreanischen BGB, in: Festschrift für Yoon-Jik GWACK, S. 29.

818 Diese Übersetzung wurde aus ISCHIKAWA/ LEETSCH, Das japanische BGB in deutscher Sprache, S. 8, übernommen.

> »Rechte und Pflichten juristischer Personen ergeben sich aus Gesetzen und Verordnungsbestimmungen und innerhalb des durch Satzung oder Stiftungsgeschäft bestimmten Zwecks«.

Die Inhalte der beiden Gesetzestexte (§ 34 KBGB und 43 JBGB) sind im wesentlichen gleich. Das hängt sicherlich mit der Gesetzgebungsgesichte des KBGB zusammen. Zunächst einmal betrachten wir kurz die Vorgänge der Gesetzgebung des § 43 JBGB.

Im Jahre 1893[819] hat die damalige japanische Regierung eine Redaktionskommission eingesetzt und die drei jungen Hochschulprofessoren – *Kenjiro Ume*, *Nobushige Hozumi* und *Seisho Tomii* – beauftragt, einen neuen Entwurf zum JBGB aufzustellen. Sie haben systematisch den damals bereits vorgelegten »Ersten Entwurf« des deutschen BGB übernommen und inhaltlich teilweise den französischen »Code civil« aufgenommen. Der Entwurf des Allgemeinen Teils, Sachenrechts und Schuldrechts wurde im Jahre 1895, der Entwurf des Familienrechts und Erbrechts wurde im Jahre 1897 vorgelegt. Die beiden Entwürfe wurden jeweils im Jahre 1896 und 1897 verkündet und traten am 16. 7. 1898 in Kraft. Das ist das geltende JBGB.

Bei der Redaktionskommission hat Professor *Hozumi*, der als einer der Kommissionsmitglieder gearbeitet hat, folgendermaßen den Entwurf des § 43 JBGB begründet:

> »Die juristische Person ist eine Schöpfung des Staates und des Gesetzes und sie existiert zugunsten eines bestimmten Zwecks. Sie besitzt daher nur innerhalb der Bestimmung des Gesetzes und im Rahmen des bestimmten Zwecks Rechtsfähigkeit. Außerhalb dieser Grenze ist die juristische Person rechtlich nicht existent. ... Seit dem Mittelalter wurde der Tätigkeitsbereich juristischer Personen meist durch Fiktion erheblich erweitert. Der juristischen Person wurden schließlich die gleichen Fähigkeiten wie der natürlichen Person eingeräumt. In neuester Zeit geht man jedoch davon aus, daß die juristische Person nur beschränkte Fähigkeiten hat und diese Fähigkeiten sich nach dem Gründungszweck richten. Also, falls eine juristische Person außerhalb dieses Gründungszwecks gehandelt hat, bedeutet das eine Überschreitung der erteilten Macht (*ultra vires*). Es bedarf daher keiner Erörterung, daß diese Handlung nichtig ist.«[820]

Wie dieses Zitat zeigt, hat *Hozumi* in seiner Begründung ausdrücklich »*ultra vires*« erwähnt. Vor diesem Hintergrund besteht in Japan Einigkeit darüber, daß in § 43 JBGB unter dem Gesichtspunkt der Fiktionstheorie die ultra-vires-Lehre des anglo-amerikanischen Rechts verankert ist.[821] Wie bereits erwähnt, lehnte sich das JBGB stark an das deutsche und französische Gegenstück an. Auffallend ist die Tatsache, daß das JBGB betreffs des Tätigkeitsbereichs der juristischen Person vom deutschen und französischen Recht abweicht und statt dessen die im anglo-amerikanischen Rechtskreis herausgebildete ultra-vires-Lehre aufgenommen hat. Der entscheidende Grund für die Aufnahme

---

819 Im ganzen gesehen kann die Entstehungsgeschichte des japanischen BGB in drei Stufen eingeteilt werden: (1) Erste Stufe (1870–1878), (2) Zweite Stufe (1879–1892), (3) Letzte Stufe (1893–1898) (Vgl. Kitakawa ZENTARO, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, S. 27 ff.). Zur Entstehungsgeschichte des japanischen BGB siehe URAKAWA/ V. BAR, RabelZ 43 (1979), S. 147, 148 ff.

820 Abgedruckt in: Sang-Yong KO, Die Fähigkeit der juristischen Person und Tragweite des Zwecks, in: Zivilrechtsvorlesung, S. 97.

821 Eiichi HOSINO, Gesammelte Aufsätze für Zivilrecht, Bd. I (japanisch), S. 123.

dieser Lehre ins JBGB liegt in der »zufälligen Sachlage«[822], daß *Hozumi*, der für das rechtsvergleichende Vorarbeiten des Gesetzesentwurfs einmal in England studiert hat und daher ein Fachmann der englischen Rechtswissenschaft war,[823] bei der Redaktionsarbeit gerade den Abschnitt über die juristische Person (§ 33–§ 84 JBGB) verfaßt hat.

Daraus kann man folgern, daß das koreanische Recht mittelbar durch diese »zufällige Sachlage« die ultra-vires-Lehre aufgenommen hat, weil § 34 des geltenden KBGB direkt aus § 43 des alten KBGB ohne Veränderung – abgesehen von einer sprachlichen Abrundung – übernommen worden ist. Dieses alte KBGB, das von Anfang der japanischen Besatzungszeit bis vor Inkrafttreten des geltenden KBGB Geltung hatte, ist ein und dasselbe wie das 1898 in Kraft gesetzte JBGB, welches das geltende JBGB ist.[824] Folglich kann man sagen, daß die ultra-vires-Lehre nicht durch den direkten Einfluß des anglo-amerikanischen Rechts, sondern durch die Übernahme des Wortlautes des JBGB Eingang in das KBGB gefunden hat.

bbb) Diskrepanz des § 34 KBGB zu den handelsrechtlichen Normen

Die vor diesem Hintergrund entstandene Regelung des § 34 KBGB führt bei näherer Betrachtung zu einer nicht zu übersehenden Diskrepanz zu einigen Vorschriften des Handelsrechts. Alle Handelsgesellschaften (AG, GmbH, KG und OHG) sind nach § 171 KHGB juristische Personen. Die Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft wird im KHGB nicht geregelt. Im Fall eines Mangels an handelsrechtlichen Vorschriften sind nach § 1 KHGB[825] die Vorschriften des KBGB zu berücksichtigen. Da alle Handelsgesellschaften als juristische Person anerkannt sind und dem Handelsgesetzbuch eine einschlägige Vorschrift über den Umfang ihrer Rechtsfähigkeit fehlt, könnte es sein, daß die Handelsgesellschaften auch in bezug auf den Umfang ihrer Rechtsfähigkeit unter § 34 KBGB fallen.[826] Demnach könnte man behaupten, daß das ultra-vires-Prinzip auch für die Handelsgesellschaften gilt. Dem widerspricht nach meiner Ansicht aber § 209 KHGB[827]: Nach § 209 Abs. 1 KHGB können die zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter alle gerichtlichen und außergerichtlichen Handlungen vornehmen, die die Geschäfte der Gesellschaft betreffen. Da die Bestimmung über Befug-

822 Akio TAKEUCHI, Aufhebung des ultra-vires-Prinzips im Gesellschaftsrecht, in: Das amerikanische Recht (japanisch), Vol. 1 (1965), S. 23.

823 Vgl. URAKAWA/ V. BAR, RabelZ 43 (1979), S. 147, 150 Fn. 14.

824 In der japanischen Besatzungszeit wurde das JBGB von 1898 nach der »Durchführungsordnung zum Zivilrecht für Korea von 1912« zwangsweise in Korea eingeführt.

825 § 1 KHGB lautet: [Auf Handelssachen anwendbare Vorschriften] Soweit sich aus dem Handelsgesetzbuch nichts anders ergibt, kommt das im Handelsverkehr geltende Gewohnheitsrecht auf Handelssachen zur Anwendung. Besteht kein im Handelsverkehr geltendes Gewohnheitsrecht, so kommt das Bürgerliche Gesetzbuch zur Anwendung.

826 Es ist streitig, ob die Handelsgesellschaften unter dem § 34 KBGB liegen. Zu dieser Problematik: alsbald cc) bbb) (2).

827 § 209 KHGB hat folgenden Wortlaut: [Rechte der vertretungsberechtigten Gesellschafter] (1) Die Gesellschafter, die zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind, kann sie in allen Geschäftsangelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich vertreten.
(2) Eine Beschränkung der Vertretungsmacht ist gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam.

nis der Organpersonen ein fakultativer Satzungsinhalt ist,[828] kann der Umfang der Befugnis solcher Gesellschafter durch Satzung beschränkt werden. Die Beschränkungen solcher Befugnis können jedoch nach § 209 Abs. 2 KHGB einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden. Hier steht der Gedanke der Verkehrssicherheit im Mittelpunkt. § 209 KHGB, der für OHG gilt, ist über § 269 KHGB auf KG, über § 389 Abs. 3 KHGB auf AG und über § 567 KHGB auf GmbH entsprechend anzuwenden. Bezüglich der Handelsgesellschaften stützen sich die Gesetzgeber des KHGB m.E. nicht auf das ultra-vires-Prinzip, sondern er schließt die Anwendung des ultra-vires-Prinzips auf die Handelsgesellschaften eindeutig aus. Denn, wenn sich ein gutgläubiger Dritte für die Gültigkeit des mit einer Organperson abgeschlossenen Geschäftes auf wirksame Handlung der Organperson beruft, befindet sich gemäß § 209 Abs. 2 KHGB für die Beschränkungen der Befugnis der Organpersonen durch Satzung kein Raum mehr.

Die Diskrepanz des § 34 KBGB zu den handelsrechtlichen Normen, bes. zu § 209 KHGB ist auf die Gesetzgebung des KHGB zurückzuführen: Das geltende KHGB, das am 1. 1. 1963 in Kraft getreten ist, basiert redaktionell und inhaltlich auf dem japanischen Handelsgesetz von 1899. Angesichts der Schaffung des japanischen HGB hat der japanische Gesetzgeber das ADHGB und die Entwürfe zum deutschen HGB von 1897 zum Vorbild genommen.[829] § 209 KHGB ist mit dem § 78 JHBG identisch. § 78 JHGB geht wiederum auf § 126 des deutschen HGB von 1897 zurück, der für OHG gilt. Der Bestimmungsinhalt des § 209 Abs. 1 KHGB entspricht auch den heutigen deutschen §§ 26 Abs. 2 BGB, 78 Abs. 1 AktG, 35 Abs. 1 GmbHG und 24 Abs. 1 GenG. Daraus läßt sich folgern, daß das KHGB hinsichtlich der Gesetzgebung unter dem Einfluß des deutschen HGB das ultra-vires-Prinzip nicht eingeführt hat. Die »zufällige Sachlage«, die bei der Schaffung des JBGB bzw. des KBGB eine gewisse Rolle gespielt hat, war an der Bildung des JHGB bzw. KHGB nicht beteiligt.

cc) Rechtsprechung und Lehrmeinungen zur Auslegung und Anwendung des § 34 KBGB

aaa) Analyse der Rechtsprechung

In der Praxis legt man den § 34 KBGB dann zugrunde, wenn eine juristische Person im Streitfall die Zurechnung der Rechtsfolge der von ihrem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte mit dem Argument vermeiden will, die von ihm gefähigten Rechtsgeschäfte lägen außerhalb des in der Satzung festgelegten Zwecks. Erwiese sich, daß die Handlungen des Vertreters einer juristischen Person außerhalb des Satzungszwecks (ultra vires) lägen und daher nichtig seien, müßte der Geschäftspartner, der im Vertrauen auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte mit dem Vertreter einer juristischen Person etwa einen Vertrag abgeschlossen hat, einen unberechenbaren Schaden erleiden. Ein solches Ergebnis schadet der Verkehrssicherheit. So ist die Frage, ob die Handlun-

828 Vgl. Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 111.

829 Vgl. Ichiro KAWAMOTO, Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, S. 51; Ju-Chan SONN, Die Entwicklung des koreanischen Gesellschaftsrechts, in: Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea, S. 75.

gen des Vertreters einer juristischen Person von ihrem Satzungszweck abgedeckt wird, von einer erheblichen Bedeutung für die Interessen des Geschäftspartner. Betreffs der Frage, welche Handlungen als innerhalb des Satzungszwecks liegend angesehen werden, steht der KOGH in der ständigen Rechtsprechung[830] auf folgendem Standpunkt: Die Handlungen, die innerhalb des Satzungszwecks liegen, beschränken sich nicht allein auf die zur Zweckerfüllung in der Satzung ausdrücklich aufgezählten Handlungen. Sie umfassen darüber hinaus alle Handlungen, die unmittelbar oder mittelbar zur Zweckdurchführung notwendig sind. Eine solche Notwendigkeit ist nicht nach dem subjektiven, konkreten Willen der Geschäftsparteien, sondern nach der objektiven Natur der Handlungen abstrakt zu entscheiden.

Diesen Formulierungen des KOGH läßt sich jedoch ein eindeutiges Auslegungskriterium nicht entnehmen, worauf sich ein Geschäftspartner für den Fall weiterer Rechtsgeschäfte mit einem Vertreter der juristischen Person verlassen kann. Daher ist es zum Verständnis des Standpunkts des KOGH notwendig und auch sinnvoll, die Rechtsprechung anhand von konkreten Fällen zu analysieren. Bei der Analyse der Rechtsprechung wird im Großteil der Literatur[831] festgestellt, daß der KOGH für die Interpretation des Satzungszwecks in der Rechtsprechung von einem Unterschied zwischen der wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen juristischen Person ausgeht. Während die Rechtsprechung bei den nichtwirtschaftlichen juristischen Personen die Tragweite des Satzungszwecks im Prinzip relativ eng faßt, erweitert sie bei den wirtschaftlichen juristischen Personen die Auslegung des Satzungszwecks. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch die Rechtsprechung schwankend.

Zunächst einmal sind die Fälle der nichtwirtschaftlichen juristischen Personen zu prüfen. Der KOGH hat folgende Handlungen als innerhalb des Satzungszwecks angesehen: Die Leistung an Erfüllungs Statt von einer privaten Schule (Stiftung), die sich für Ausbau des Schulgebäudes und Anschaffung von Schulinstrumenten verschuldet[832]; Die Einwilligung einer öffentlichen juristischen Person in die Abtretung einer bereits ihr gegenüber bestehenden Forderung an Dritte[833]; Darlehen oder Ausgabe eines Wechselbriefs zur Finanzierung der Produktion und des Handels einer Genossenschaft, die nach dem Einzelfallgesetz gegründet wurde[834]. Bei den nichtwirtschaftlichen juristischen Personen neigt die Rechtsprechung überwiegend zur Verneinung der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte mit Hinweis auf Überschreitung des Satzungszwecks i.S. des § 34 KBGB. Dafür sind beispielsweise folgende Fälle anzuführen, in denen es sich um Wirtschaftsbetriebe der Landwirtschaftsgenossenschaften[835] handelt: Eine Brauerei einer Landwirtschaftsgenossenschaft sei am Gewinn orientiert und deswegen sei nicht unter

830 KOGH v. 8. 2. 1946, 4278 minsang 179; KOGH 8. 9. 1987, daka 1349; KOGH 8. 12. 1987, 86 daka 1230.

831 Vgl. nur Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 196; GWAKKomm-HONG, § 34 KBGB S. 580 ff.

832 KOGH v. 28. 11. 1957, 90 minsang 613.

833 KOGH v. 23. 3. 1976, 73 da 2088.

834 KOGH v. 13. 1. 1981, 80 da 1049, 1050.

835 Genossenschaften gehören nach der Klassifikation Karsten SCHMIDTs zu den wirtschaftlichen juristischen Personen. Dagegen sieht die koreanische Wissenschaft Genossenschaften als nichtwirtschaftliche juristische Personen an.

den zur Zweckdurchführung erforderlichen Handlungen zu subsumieren.[836] Im Gegensatz dazu sieht der KOGH, daß der Reisreinigungsbetrieb derselben Genossenschaft innerhalb des Satzungszwecks liegt.[837] Den Fall, daß eine Landwirtschaftsgenossenschaft mit den nicht von Genossen erzeugten Waren ein Engrosgeschäft betrieben hat, betrachtet der KOGH als mit dem Satzungszweck nicht vereinbar. In diesen Urteilen zeigt sich, daß der KOGH angesichts der nichtwirtschaftlichen juristischen Person den Auslegungsgradius des Satzungszwecks ziemlich eng faßt.

Als Zweites werden die Fälle der wirtschaftlichen juristischen Personen überprüft. Bei diesen Fällen legt der KOGH den Umfang des Satzungszwecks vergleichsweise weit aus. Ein Schulbeispiel liefert ein Urteil vom KOGH v. 21. 5. 1968, 68 da 461: Klägerin ist eine Aktiengesellschaft, die Papier erzeugt und exportiert. Sie ist Genosse in der Dachgenossenschaft für Papierhersteller. Sie hinterlegte zum Import des Papierstoffs bei dieser Dachgenossenschaft eine bestimmte Summe Geld. Ein Vorstand der Dachgenossenschaft unterschlug dieses hinterlegte Geld und wurde deshalb verhaftet. Die Dachgenossenschaft war dadurch nicht in der Lage, das Geld zurückzuzahlen. Der Vater des verhafteten Vorstandes, Vorstandsvorsitzender einer zweiten AG, vereinbarte mit der Dachgenossenschaft die Schuldübernahme und stellte dafür einen Wechsel aus. Diesen Wechsel händigte die Dachgenossenschaft der Klägerin aus, die damit von der zweiten, nun der beklagten AG, eine Rückzahlung verlangte. Die beklagte AG verweigerte die Einlösung des Wechsels mit der Begründung, der Vorstandsvorsitzende habe den Wechsel nur ausgestellt, um eine Freilassung seines inhaftierten Sohnes zu erreichen. Die beklagte AG erhob den Einwand, daß die Schuldübernahme bzw. Wechselausgabe ihres Vorstandsvorsitzenden nicht in den Rahmen des Satzungszwecks einbezogen werden kann. Der KOGH befand in dieser Entscheidung, die Schuldübernahme sei bei den Handelsgesellschaften eine der notwendigen Handlungen zur Geschäftsführung und sie liege daher innerhalb des Satzungszwecks. Obwohl der KOGH in dieser Entscheidung noch für das Beurteilungskriterium von der Prüfung des Satzungszwecks ausging, erweiterte er den Umfang der wirksamen Handlungen der Handelsgesellschaft erheblich. Einen gegenteiligen Standpunkt der Rechtsprechung zeigt ein anderes Urteil[838]: Ein Geschäftsführer einer Baugesellschaft (AG) übernahm eine Solidarbürgschaft[839] für Verbindlichkeiten eines Dritten, für die sich der Dritte bei der Auftragsdurchführung für den Betrieb eines Kinos verpflichtete. Der KOGH betrachtete in diesem Urteil die Übernahme der Solidarbürgschaft nicht als eine vom Satzungszweck der Baugesellschaft gedeckte Handlung und deswegen als nichtig. Bemerkenswert ist, daß diese Nichtigkeit auch nachträglich nicht heilbar ist, selbst wenn die Aktionäre und Vorstandsmitglieder der Baugesellschaft dieser Solidarbürgschaft zu-

836 KOGH v. 5. 7. 1966, 66 nu 57.
837 KOGH v. 31.8. 1970, 70 do 1267.
838 KOGH v. 26. 11. 1974, 74 da 310.
839 Von Solidarbürgschaft spricht man im koreanischen Recht, wenn ein Bürge sich mit dem Hauptschuldner solidarisch verpflichtet. Der Unterschied zu einer normalen Bürgschaft liegt darin, daß für die Solidarbürgschaft kein Subsidiaritätsprinzip gilt.

stimmen. Dieses Urteil wurde in der Literatur[840] in Hinblick auf die Verkehrssicherheit vielfach kritisiert. Die Stellungnahme des KOGH vertritt zumindest in diesem Urteil die gleichen Prinzipien wie die anglo-amerikanische ultra-vires-Lehre.[841]

bbb) Lehrmeinungen in der Literatur

(1) Auffassungen zur Auslegung des § 34 KBGB

Der Wortlaut des § 34 KBGB nämlich »im Rahmen des ... Zwecks« hat in der koreanischen Wissenschaft darüber Diskussionen ausgelöst, worauf sich die Einschränkung des § 34 KBGB eigentlich bezieht. Die Auffassungen weichen voneinander ab.

Die h.M.[842] vertritt, daß der Sinn des § 34 KBGB in der Einschränkung der Rechtsfähigkeit besteht. Diese Auffassung richtet sich offensichtlich unmittelbar nach dem Gesetzeswortlaut des § 34 KBGB. Nach dieser Auffassung kann eine juristische Person lediglich innerhalb des durch die Satzung vorgegebenen Zwecks Rechte genießen und ebenso Pflichten haben. Damit begrenzt diese Auffassung in erster Linie die Rechtsfähigkeit der juristischen Person. Sie läuft jedoch gleichzeitig auf eine Begrenzung der Handlungsfähigkeit der juristischen Person hinaus.[843] Wenn ein Organ einer juristischen Person ein außerhalb des Satzungszwecks liegendes Rechtsgeschäft vorgenommen hat, ist dieses Rechtsgeschäft nichtig. Der Geschäftspartner kann nur unter bestimmten Voraussetzungen einen Schadensersatzanspruch aufgrund deliktischer Handlungen (§ 35 Abs. 1 KBGB[844]) oder Bereicherungsanspruch (§ 741 KBGB[845]) geltend machen. Wie sich in den angeführten Urteilen zeigt, vertritt auch der KOGH diese Auffassung.

---

840 Deok-Sung LEE, Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person (Anmerkung zum Urteil des KOGH v. 26. 11. 1974, 74 da 310), in: Zivilrechtliche Rechtsprechung I, S. 56, 60; Kiuon TSCHE, Gesellschaftsrecht, S. 84.

841 Ki-Bom KWON, Die Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft, in: Festschaft für Hee-Chul CHUNG, S. 101.

842 Yoon-Jik GWACK, AT des BGB, S. 244; Yong-Han KIM, AT des BGB, S. 173; Kyung-Hak CHANG, AT des BGB S. 320; Hyon-Tae KIM, AT des BGB, S. 179; Joo-Soo KIM, AT des BGB, S. 199; Seok-In HUANG, Modernes Zivilrecht I, S. 104. Yong-Woo KWON, Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person, WGKS 90/2, S. 190.

843 Deswegen wird diese Auffassung in der Literatur unterschiedlich bezeichnet, nämlich als die Lehre von der Begrenzung der Rechtsfähigkeit, die Lehre von der Begrenzung der Handlungsfähigkeit oder die Lehre von der Begrenzung der Rechtsfähig- und Handlungsfähigkeit. Jedoch erübrigt es sich, auf einzelne Unterschiede dieser Lehren einzugehen, weil die Inhalte der Lehren im Ergebnis gleich sind. Vgl. dazu ANOLDI, Die Haftung der juristischen Person für ihre Organe nach deutschem und koreanischem Recht, S. 139 ff.

844 § 35 Abs. 1 KBGB hat folgenden Wortlaut: Die juristische Person ist für den Ersatz des Schadens verantwortlich, den der Vorstand oder ein anderer Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangenene Handlung einem Dritten zufügt. Die persönliche Haftung des Handelnden bleibt jedoch dadurch unberührt.

845 § 741 KBGB lautet: [Inhalt der ungerechtfertigten Bereicherung] Wer durch eine Leistung aus dem Vermögen oder den Diensten eines anderen eine Vorteil ohne rechtlichen Grund erlangt und dadurch diesem einen Schaden zufügt, ist ihm zur Herausgabe des erlangten Vorteils verpflichtet.

Bei dieser Auffassung hängt die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes maßgeblich von der Auslegung des Satzungszwecks ab. Hieraus ergibt sich eine Notwendigkeit, einen Auslegungsmaßstab einzubringen. Bisher haben sich im wesentlichen zwei Meinungen herausgebildet. Die eine Meinung[846] rechnet zum inneren Satzungszweck solche Handlungen, die aktiv darauf ausgerichtet sind, den Zweck zu erreichen und zu fördern. Das ist in der Praxis kaum befriedigend, weil nach diesem Kriterium der Kreis der wirksamen Handlungen sehr eng gefaßt wird. Eine andere Meinung[847] grenzt den Satzungszweck negativ ab und legt ihn damit sehr weit aus. Sie sieht im inneren Satzungszweck jede Handlung, die dem in der Satzung festgelegten Zweck nicht zuwiderläuft. Diese Meinung führt zwar zu einer Erweiterung des Satzungszwecks, indem sie jedoch weiterhin auf ihn abstellt, befreit sie sich nicht ganz vom ultra-vires-Gedanken.

Während sich die h.M. in bezug auf § 34 KBGB mit der Begrenzung der Rechts- oder Handlungsfähigkeit beschäftigt, rückt eine Minderheitsmeinung[848] das Problem um die Begrenzung der Vertretungsmacht der Organe bei der Vertretung juristischer Person in den Mittelpunkt. Ein entscheidender Unterschied zwischen der h.M. und dieser Meinung ist folgendes, daß nach der h.M. die Nichtigkeit eine unumstößliche Rechtsfolge von ultra-vires-Handlungen ist, da die juristische Person für solche Handlungen rechtsunfähig ist. Nach der Minderheitsmeinung ist die juristische Person dagegen selbst bei ultra- und intra-vires-Handlungen gleichermaßen rechtsfähig. Stellt sich heraus, daß ein durch ein Organ vorgenommenes Rechtsgeschäft außerhalb des Satzungszwecks liegt, führt das nach dieser Meinung nicht direkt zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, sondern lediglich zur Frage des Vertreterhandelns ohne Vertretungsmacht (vgl. § 130 KBGB[849]): Wenn die juristische Person das Rechtsgeschäft des Organs (also des Vertreters) nachträglich genehmigt oder wenn das Verhalten des Organs die Voraussetzungen für Anscheinsvollmacht gemäß § 126 KBGB[850] erfüllt, kommt der Handlung des Organs eine wirksame Rechtsfolge zu.[851] Aus dieser Konsequenz ist erkennbar, daß diese Ansicht den deutschen Lösungen angenähert ist und sie damit mehr Gewicht auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs als auf den Bestandsschutz der juristischen Person legt.

---

846 Young-Sub LEE, AT des BGB, S. 198; Tae-Jae LEE, AT des BGB, S. 146; Chung-Han KIM, AT des BGB, S. 197.

847 Sun-Won BANG, AT des BGB, S. 107; Hyon-Tae KIM, AT des BGB, S. 179; Yoon-Jik GWACK, AT des BGB, S. 251; Yong-Han KIM, AT des BGB, S. 178; Kyung-Hak CHANG, AT des BGB, S. 319; Sang-Yong KIM, AT des BGB, S. 257; Ki-Son KIM, AT des BGB, S. 147.

848 Grundlegend Sang-Yong KO, AT des BGB, S. 198; ders., Zivilrechtsvorlesung, S. 101; JU & KIMKomm-PARK, § 34 KBGB S. 367; Deok-Sung LEE, Zivilrechtliche Rechtsprechung I, S. 59.

849 § 130 KBGB lautet: [Vertretung ohne Vertretungsmacht] Schließt jemand als Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Vertrag, so wirkt der Vertrag nicht für den Vertretenen, wenn dieser das Geschäft nicht genehmigt.

850 § 126 KBGB lautet: [Vertretung bei Überschreitung] Hat ein Vertreter ein Rechtsgeschäft über die ihm zustehenden Befugnisse hinaus vorgenommen, so ist der Vertretene für die Folgen des Rechtsgeschäfts nur dann verantwortlich, wenn der andere einen triftigen Grund dafür hat, daß er sich auf die Befugnisse des Vertreters verläßt.

851 Vgl. JU & KIMKomm-PARK, § 34 KBGB S. 367.

(2) Diskussion um Anwendbarkeit des § 34 KBGB auf die Handelsgesellschaften

In der gesellschaftsrechtlichen Wissenschaft ist vielfach die Frage diskutiert worden, ob § 34 KBGB überhaupt auf Handelsgesellschaften Anwendung findet. Diese Frage wird gerade deshalb gestellt, weil sich das KHGB bezüglich der Anwendung des § 34 KBGB auf Handelsgesellschaften nicht festlegt. Die Diskussion hat bislang keine einheitliche Antwort hervorgebracht.

Einige Autoren behaupten, daß § 34 KBGB auch auf Handelsgesellschaften analog anzuwenden ist und deswegen die Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft durch den in der Satzung festgelegten Gesellschaftszweck beschränkt ist.[852] Sie gehen davon aus, daß eine Handelsgesellschaft ebenso wie ein BGB-Verein juristische Person ist (vgl. § 171 Abs. 1 KHGB). Es bestehe daher kein Grund, Handelsgesellschaften anders zu behandeln. Der Kritik, daß nach dieser Ansicht wegen der Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaften der Schutz der Verkehrssicherheit nicht befriedigend ist, halten die Autoren[853] entgegen, es könne kaum passieren, daß dem Geschäftspartner ein unberechenbarer Schaden zugefügt wird, weil der Gesellschaftszweck sowohl in der Satzung als auch im Handelsregister veröffentlicht ist. Dieses Argument erscheint jedoch nicht überzeugend, weil der Geschäftspartner im Ergebnis gezwungen wird, zur Prüfung der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts eine Auslegung des Gesellschaftszwecks vorzunehmen.

Dahingegen wird heute im Großteil der handels- und gesellschaftsrechtlichen Literatur[854] die Ansicht vertreten, daß der in der Satzung niedergelegte Gesellschaftszweck der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft keine Grenze setzt. Zur Begründung dafür wird Folgendes angeführt: § 34 KBGB gelte lediglich für die nichtwirtschaftlichen juristischen Personen, weil KHGB keine Vorschrift enthält, die für die Handelsgesellschaften auf § 34 KBGB verweist. Das sei ein Beweis dafür, daß der Gesetzgeber des KHGB bezüglich der Handelsgesellschaften die Verkehrssicherheit vorrangig behandelt. Zwar sei der Gesellschaftszweck in der Satzung und im Handelsregister veröffentlicht, für den Geschäftspartner sei es jedoch schwierig, zu prüfen, ob ein Rechtsgeschäft im Katalog des Gesellschaftszwecks enthalten sei. Das sei ein großes Hindernis bei dem Bemühen, den Rechtsverkehr zu vereinfachen. Daher dürfe die Beschränkung der

852 Hee-Chul CHUNG, Handelsrecht, Bd. I, S. 293; Byung-Tae LEE, Handelsrecht, Bd. I, S. 408; Won-Son PARK/ Chung-Han LEE, Gesellschaftsrecht, S. 70; CHUNG & CHUNG, Handelsrecht, Bd. I, S. 416.

853 Vgl. Hee-Chul CHUNG, Handelsrecht, Bd. I, S. 293; CHUNG & CHUNG, Handelsrecht, Bd. I, S. 416.

854 Wi-Du KANG, Gesellschaftsrecht, S. 56; Don-Gak SEO, Handelsrecht, Bd. I, S. 204; Ju-Chan SONN, Handelsrecht, Bd. I, S. 307; Wan-Seok LEE, Handelsrecht, Bd. I, S. 279; Mu-Dong CHUNG, Handelsrecht, Bd. I, S. 138; Kiuon TSCHE, Gesellschaftsrecht, S. 90 ff.; Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 49 ff.; LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 60; Ki-Bom KWON, Die Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft, in: Festschrift für Hee-Chul CHUNG, S. 106 ff.; Choong-Kee LEE, The Doctrine of ultra vires in Englisch and Korean Laws, Seoul Law Journal (Vol. 36, No. 1) 1995/5, S. 198 ff.

Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft durch ihren Gesellschaftszweck nicht angenommen werden. Diese Ansicht weist darüber hinaus rechtsvergleichend auf die heutige Tendenz zur Bevorzugung der Verkehrssicherheit hin, sie bezieht sich auf die Aufhebung der ultra-vires-Doktrin durch »the Companies Act 1989« in England und auf den Ausschluß des ultra-vires-Einwandes nach dem R.M.B.C.A. in den USA.

dd) Fazit und Ausblick

Im koreanischen Recht lief die Diskussion um die Rechtsfähigkeit der juristischen Person aufgrund § 34 KBGB auf eine Sonderentwicklung der Rechtsprechung und Rechtslehre hinaus. Während in der gesellschaftsrechtlichen Diskussion in den letzten 20 Jahren sich die Ansicht durchzusetzen beginnt, daß § 34 KBGB auf Handelsgesellschaften nicht anzuwenden ist und demnach die Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft nicht durch ihren Gesellschaftszweck beschränkt ist, herrscht auf der zivilrechtlichen Ebene noch die Ansicht vor, wonach die juristische Person (Verein und Stiftung) nach § 34 KBGB im Rahmen des Satzungszwecks rechtsfähig ist. In der Rechtspraxis zeigt sich eine Tendenz, daß die Rechtsprechung bei den wirtschaftlichen juristischen Personen – hauptsächlich den Handelsgesellschaften – den Tätigkeitsbereich ihrer Organe möglichst weit auslegt und bei den nichtwirtschaftlichen juristischen Personen vergleichsweise eng faßt. Immerhin spielt es für den KOGH als Entscheidungsmaßstab eine gewisse Rolle, ob ein Geschäft mit dem satzungsgemäßen Zweck vereinbar ist.

Die Ursache solcher unterschiedlichen Entwicklungen in der Rechtsprechung und der Rechtslehre ist in dem gesetzgeberischen Hintergrund zu finden: Während der Gesetzgeber des KBGB vermittels japanischer Gesetzgebung das anglo-amerikanische ultra-vires-Prinzip aufgenommen hat, hat sich der Gesetzgeber des KHGB am deutschen Handels- bzw. Gesellschaftsrecht orientiert. Die ultra-vires-Doktrin ist in Rechtsverkehr sicher ein großes Hindernis. Deswegen werden heute im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum mehr und mehr Stimmen laut, die fordern, § 34 KBGB *de lege ferenda* aufzuheben oder zumindest für Handelsgesellschaften eine Ausschlußvorschrift des § 34 KBGB in das KHGB einzufügen. Einen solchen Vorschlag halte ich in Hinblick auf die Verkehrssicherheit für plausibel. Im Vergleich dazu ist im zivilrechtlichen Schrifttum von Aufhebung des § 34 KBGB noch nicht die Rede. Nichtsdestoweniger ist die Minderheitsmeinung bemerkenswert, die bei der Auslegung des § 34 KBGB von einer Begrenzung der Vertretungsmacht ausgeht. Das ist eine ernsthafte Bestrebung, um die ultra-vires-Lehre im geltenden § 34 KBGB zu überwinden. Die Aufhebung des § 34 KBGB ist *de lege ferenda* wünschenswert. Aber solange § 34 KBGB nicht aufgehoben wird, wird weiterhin der Versuch unternommen werden, die ultra-vires-Lehre im koreanischen Recht zu beseitigen.

§ 5 Grenzen der Verselbständigung der juristischen Person: Das Durchgriffsproblem bei juristischen Personen

I. Grundlagen

1. Trennungsprinzips und Verselbständigung der juristischen Person

Mit dem Erwerb der Rechtsfähigkeit wird die Verselbständigung als Zuordnungssubjekt für Rechte und Pflichten der juristischen Personen gebilligt. Die Verselbständigung der juristischen Person bedeutet, daß die juristische Person eine eigene Rechts- und Vermögenssphäre hat, die grundsätzlich von der ihrer Mitglieder zu unterscheiden ist. Es wird vom sog. »Trennungsprinzip« gesprochen.[855] Dieses Trennungsprinzip gilt in personeller und vermögensrechtlicher Hinsicht.[856]

In personeller Hinsicht bedeutet das Trennungsprinzip, daß die juristische Person und ihre Mitglieder voneinander zu unterscheidende Rechtssubjekte sind und beide Rechtssubjekte ungeachtet der sozialen und wirtschaftlichen Verflechtungen von der Rechtsordnung grundsätzlich auch als solche behandelt werden. Als Beispiel dafür sei anzuführen[857]: Wer mit einer juristischen Person ein vertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart hat, kann daraus grundsätzlich keine Unterlassungsansprüche gegen deren Mitglieder ableiten.

In vermögensrechtlicher Hinsicht versteht man unter dem Trennungsprinzip die Trennung des Vermögens der juristischen Person von dem Vermögen ihrer Mitglieder. Das bedeutet zugleich »Haftungstrennung«[858]: Die juristische Person haftet nicht mit ihrem Vermögen für persönliche Verbindlichkeiten ihrer Mitglieder; ebenso haften die Mitglieder nicht mit ihren privaten Vermögen für die Verbindlichkeiten der juristischen Person (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG, § 13 Abs. 2 GmbHG; § 331 KHGB[859] für AG, § 553 KHGB[860] für GmbH).

Das Trennungsprinzip gilt auch für die Einmanngesellschaft, solange sie als selbständige juristische Person anerkannt ist. Zwar sind die wirtschaftlichen Interessen der Einmanngesellschaft mit denen ihres Alleingesellschafters identisch, aber die Rechts-

---

855 Vgl. nur STAUDINGER-WEICK, Einl. zu §§ 21 ff Rz. 37; SOERGEL-HADDING, Vor § 21 Rz. 35; RGRK-STEFFEN, Vor § 21 Rz. 12; HÜBNER, AT des BGB, S. 113; aber skeptisch gegenüber dem Trennungsprinzip FLUME, Juristische Person, S. 67 f.

856 Vgl. STAUDINGER-WEICK, Einl. zu §§ 21 ff Rz. 37; Ottmar KUHN, Strohmanngründung, S. 200.

857 AlternativKomm-OTT, vor § 21 Rz. 16.

858 Vgl. BOUJONG, Festschrift für WALTER ODERSKY, S. 739 f.

859 § 331 KHGB lautet: [Haftung des Aktionärs] Die Haftung jedes Aktionärs ist auf den Betrag der von ihm übernommenen Aktien beschränkt.

860 § 553 KHGB lautet: [Haftung der Gesellschafter] Die Gesellschafter haften außer in den in diesem Gesetz genannten Fällen nur in Höhe ihrer Stammeinlagen.

und Vermögenssphäre der Einmanngesellschaft ist von der ihres einzigen Gesellschafters grundsätzlich strikt getrennt. Daher hat die Einmanngesellschaft ihr eigenes, selbständiges Vermögen, das rechtlich von dem ihres Alleingesellschafters zu trennen ist.[861] Die Einmanngesellschaft haftet nicht für Verbindlichkeiten ihres Alleingesellschafters. Ein Gläubiger des Alleingesellschafters kann nicht mit dem Vollstreckungstitel gegen diesen Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken.[862] Es liegt jedoch auf der Hand, daß die Grenze der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person am häufigsten bei der Einmanngesellschaft in Frage steht, weil hier die wirtschaftliche Identität von Gesellschafter und Gesellschaft trotz »formaler« Trennung der Rechtspersönlichkeiten besonders auffällig ist.[863] Dies spiegelt sich in den zahlreichen Entscheidungen wieder, in denen hinsichtlich der Grenze der Geltung des Trennungsprinzips besonders die Einmann-GmbH behandelt worden ist.

2. Einschränkung des Trennungsprinzips in der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Die strikte Trennung der Rechts- und Vermögenssphäre der juristischen Person von der ihrer Mitglieder kann unter besonderen Voraussetzungen zu unangemessenen und unbilligen Ergebnissen führen. In Deutschland zeigt sich bereits seit 1920 der dogmatische Versuch in der Rechtsprechung, das Trennungsprinzip zu korrigieren. Man bezeichnet diese dogmatische Manipulation als »Durchgriff«, der dem anglo-amerikanischen Rechtsbegriff »looking behind the company's legal person«, »disregard of legal entity« oder »lifting or piercing the corporate veil« entspricht. Im Vergleich dazu kam der Durchgriffsgedanke in der koreanischen Rechtsprechung erst Mitte der 70er Jahre zum Ausdruck.

a) Deutsche Rechtsprechung

Die rechtliche Entscheidungen, die sich auf Trennungsprinzip bzw. Durchgriffsproblem beziehen, sind in Deutschland unüberschaubar.[864] Der folgende Überblick über die Rechtsprechung beschränkt sich daher lediglich auf diejenigen Entscheidungen, in denen sich die grundlegenden Formulierungen zur Einschränkung des Trennungsprinzips bzw. zur Mißachtung der juristischen Person finden.

aa) RG

Bis zum Jahr 1920 ging das RG von der strikten Trennung der juristischen Person von ihren Mitgliedern aus. Die Trennung war für das RG selbst im Fall einer Einmann-

---

861 RGZ 68, 172, 174; 98, 289, 291; 169, 240, 247; BGHZ 10, 205, 207; 21, 378, 381; 26, 31, 33; 68, 312. BGH WM 1964, 69, 70.

862 BGH NJW 57, 1817.

863 KRAFT/ KREUTZ, Gesellschaftsrecht, S. 51.

864 Auf den ausführlichen Entscheidungskatalog sind zu verweisen SERICK, Rechtsform und Realität, S. 231 ff. und WILHELM, Rechtsform und Haftung, S. 389 ff. Eine skizzierende Zusammenstellung der Rechtsprechung bei. SCHANZE, Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung, S. 67 ff. und SCHULTE, WM Sonderbeilage Nr. 1/1979 S. 2 ff. Zur Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung: REHBINDER, Festschrift für Robert FISCHER, S. 579 ff.

GmbH so selbstverständlich, daß besondere Erörterungen in seinen Entscheidungen fehlen.[865]

Erst in einer Entscheidung vom 22. 6. 1920 hat das RG den Einwand des beklagten Alleingesellschafters einer GmbH, die geforderte Leistung könne nicht von ihm, sondern müsse von der GmbH, also von einem anderen Rechtssubjekt erbracht werden, zurückgewiesen und damit das Trennungsprinzip relativiert. In der Urteilsbegründung heißt es, der Richter habe »vor der juristischen Konstruktion die Wirklichkeit des Lebens und die Macht der Tatsachen zu berücksichtigen«[866]. Diese Entscheidung ist als der Ausgangspunkt zahlreicher Entscheidungen zu betrachten, in denen die sich aus der Logik der Rechtsfigur der juristischen Person ergebende Trennung der juristischen Person von den hinter ihr stehenden natürlichen Personen oder Organisationen eingeschränkt wurde.[867]

In RGZ 156, 271 ff. wurde der Zugriff einer Bank auf ein Grundstück des Alleingesellschafters einer im Konkurs befindlichen GmbH abgelehnt. In dieser Entscheidung hat RG für die GmbH die Durchgriffsdoktrin formuliert als »Hinteransetzung der personen- und vermögensrechtlichen Selbständigkeit der GmbH und ihrer Gesellschafter«. Nach Ansicht des RG, wie diese Entscheidung hervorhebt, kam die Hinteransetzung des Trennungsprinzips nur ausnahmsweise und insbesondere dann in Betracht, »wenn es sich als notwendig erwies, um einen mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen getretenen Dritten zu der ihm nach *Treu und Glauben* zukommenden Leistung zu verhelfen«. Seitdem ist der Grundsatz Treu und Glauben als Entscheidungskriterium zur Einschränkung des Trennungsprinzips in weiteren Entscheidungen verwendet worden.[868]

bb) BGH

Der BGH hat zunächst in zahlreichen Entscheidungen die Praxis des RG fortgesetzt, die sich mit der Frage der Aufrechenbarkeit von Reichsschulden gegen Forderungen von Kriegsgesellschaften beschäftigen.[869] Das Gericht versagt einzelnen Reichskriegsgesellschaften die Berufung auf die formale Rechtsstellung als selbständige Vermögensträger und läßt damit unter Bejahung der Identität von Gläubiger und Schuldner i.S. des § 387 BGB die Aufrechnung zu. Aber diesen Entscheidungen kann keine gesellschaftsrechtliche Bedeutung zukommen, denn es handelt sich dabei um Sonderfälle, die »eine(r) außergewölnliche(n) Nachkriegssituation«[870] entspringen.

Der BGH hat hingegen in einer späteren Entscheidung vom 30. 1. 1956 betont, daß über die Rechtsform der juristischen Person nicht leichtfertig und schrankenlos hinweggegangen werden dürfe.[871] Bemerkenswert ist in dieser Entscheidung, daß der BGH deutlich im Sinne der Normanwendungstheorie feststellt: »Die Rechtsfigur der juristischen Person kann nur in dem Umfang Beachtung finden, indem ihre Verwendung dem

865 RGZ 85, 380, 382; 87, 18, 25; 92, 77, 84.
866 RGZ 99, 232, 234.
867 COING, NJW 1977, S. 1793 f.
868 Vgl. RGZ 169, 240, 248; BGHZ, 22, 226, 230; BGHZ 68, 314, 315; BGHZ 78, 318, 333
869 BGHZ 2, 300; 3, 316; BGH NJW 1952, 817; BGHZ 10, 205; BGHZ 15, 27; BGH DB 1955, 333; BGH BB 1955, 559; BGHZ 17, 19.
870 BGHZ 26, 31, 37.
871 BGHZ 20, 4, 11.

Zweck der Rechtsordnung entspricht.«[872] Anschließend hat der BGH in einem Urteil vom 29. 11. 1956 diese Begründung weiter ausgebaut und den Leitsatz der Entscheidung formuliert: »Der alleinige Gesellschafter einer GmbH haftet für die Gesellschaftsschulden mit, falls die Verwendung der Rechtsfigur der juristischen Person dem Zweck der Rechtsordnung widerspricht«[873] .

Alle vorstehenden Kernausdrücke zur Einschränkung des Trennungsprinzips sind schließlich im Urteil des 8. Zivilsenats des BGH vom 5. 11. 1980:

> »Es darf zwar über die Rechtsfigur einer juristischen Person nicht leichtfertig und schrankenlos hinweggegangen werden. Regelmäßig ist daher sowohl eine Haftung des hinter einer juristischen Person stehenden Berechtigten für die Schulden der juristischen Person als auch umgekehrt die Haftung der juristischen Person für Verbindlichkeiten des hinter ihr stehenden Berechtigten (Gesellschafters) ausgeschlossen. Eine Ausnahme muß jedoch dann gelten, wenn die Anwendung dieses Grundsatzes zu Ergebnissen führen würde, die mit Treu und Glauben nicht in Einklang stehen und wenn die Ausnutzung der rechtlichen Verschiedenheit zwischen der juristischen Person und den hinter ihr stehenden natürlichen Personen einen Rechtsmißbrauch bedeutet. Es ist Aufgabe des Richters, einem treuwidrigen Verhalten der hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen entgegenzutreten und die juristische Konstruktion hintanzusetzen, wenn die Wirklichkeit des Lebens, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen eine solche Handhabung gebieten«[874]

Mit dieser Formel ist es dem BGH nicht gelungen, die Ausnahmen zum Trennungsprinzip abschließend zu erfassen. Daher ist es notwendig und zweckmäßig, die auf Durchgriff bezogenen Entscheidungen fallgruppenweise zu systematisieren und damit die Begründung der Gerichte zu analysieren (hier unter III).

b) Koreanische Rechtsprechung

In der koreanischen Rechtsprechung finden sich sehr wenige Urteile, die sich mit dem Durchgriffsproblem beschäftigt haben. Bis zum gegenwärtigen Stand lassen sich nur zwei Entscheidungen beobachten, welche von der Mißachtung der juristischen Person handeln. Deshalb kommt den folgenden zwei Entscheidungen sowohl in der Praxis als auch in der Wissenschaft eine erhebliche Bedeutung zu.

aa) Fall *Taewon* AG

Ein Urteil des KOLG Seoul vom 5. 8. 1974[875] lag erstmals der Durchbrechung des Trennungsprinzips zugrunde.

[Zusammenfassung des Sachverhalts]: Der Beklagte, der ein Rechtsanwalt ist, hat mit seiner Ehefrau, mit dem Ehemann der Schwester seiner Frau, zwei Söhnen und einem Angestellten seines Anwaltsbüros ohne das nach dem Gesetz erforderliche Gründungsverfahren nur mit schriftlichen Formalitäten am 10. 7. 1967 die Aktiengesellschaft

872 BGHZ 20, 4, 14.
873 BGHZ 22, 226.
874 BGHZ 78, 318, 333 = BGH NJW 1981, 522 = BB 1981, 200 = DB 1981, 574.
875 KOLG Seoul v. 8. 5. 1974, 72 na 2582.

Taewon gegründet und wurde selbst zum Vorstandsvorsitzenden dieser AG. Sein Anwaltsbüro wurde als Hauptgeschäftsbüro dieser AG benutzt. Den größten Teil des Gesellschaftskapitals hat der Beklagte allein aufgebracht und wurde dadurch zum Hauptaktionär der AG. Die Zuteilung der Aktien an die übrigen formellen Aktionäre (seine Frau, Schwager u.s.w.) erfolgte nach der Willkür des Beklagten im Form von Schenkungen oder Verteilung von Vorzugsaktien. Das Grundkapital dieser AG, 5 Mio. Won[876], war im Verhältnis zum Exportumsatzbetrag, 10.000 Dollar, sehr gering. Wegen der schwachen Finanzgrundlage war diese AG ständig auf Fremdkapital durch Gelddarlehen von Dritten angewiesen. Das Gesellschaftsvermögen war vom Privatvermögen des Beklagten nicht getrennt: In dringenden Fällen der Abrechnung von Gesellschaftsverbindlichkeiten wurde sein Privatvermögen provisorisch zur Verfügung gestellt. Für den Fall, daß die AG wegen der Zunahme von Verbindlichkeiten vor der möglichen Gefahr der Zwangsvollstreckung stünde, hatte der Beklagte das Grundstück der AG unter seinem Namen zur Eintragung vorgemerkt. Nachdem dieser Fall eingetreten war, verkaufte er das Grundstück einem Dritten und verhinderte damit den Zugriff der Gesellschaftsgläubiger auf das Gesellschaftsvermögen. Hinsichtlich des Gesellschaftsbetriebs und der Verfügung des Grundkapitals wurden beinahe alle nach dem Gesellschaftsrecht erforderlichen Verfahren, z.B. Hauptversammlung, Beschlußfassung des Vorstands, Überwachung des Aufsichtsrats u.s.w. außer acht gelassen. Diese AG wurde in Wirklichkeit durch Alleininvestition und Alleinunternehmung des Beklagten betrieben. Der Beklagte hat sich durch Ausgabe von Schecks und Wechseln unter dem Namen der Gesellschaft vom Kläger das Geld geliehen. Später konnten diese Schecks und Wechsel infolge Konkurs der AG nicht eingelöst werden. So hat der Kläger von dem Beklagten Rückgabe des Geldes verlangt mit dem Argument, die Rechtsform dieser AG sei bloß ein »leeres Gerüst«, daher müsse der hinter der AG stehende Beklagte für die Geldverbindlichkeiten aufkommen.

[Zusammenfassung der Urteilsbegründung]: Das KOLG Seoul hat dem Kläger mit der folgenden Begründung stattgegeben:

> »Das geltende Recht hat mit dem System der Normativbestimmungen die Gründung einer AG relativ leicht gemacht. Der Beklagte hat das so ausgenutzt, daß er, wie sich aus dem Sachverhalt erkennen läßt, selbst zum Vorstandsvorsitzenden wurde, seine Familienangehörigen und Bekannten als Organmitglieder der AG eingesetzt hat und materiell nach Belieben in dieser Gesellschaft schalten und walten konnte. ... Der Beklagte hat diese AG als eine juristische Form, Illusion oder einen Schleier benutzt und in Wirklichkeit dahinter den Gesellschaftsbetrieb allein willkürlich gesteuert. ... Im Hinblick auf das Haftungsverhältnis hat er der *Taewon* AG, die mit der beschränkten Haftung für das Minimalkapital so gut wie ein leeres Gerüst war, für die Gesellschaftsverbindlichkeiten verantwortlich gemacht, aber auf dem formellen Wege seiner Tätigkeit als Vorstandsvorsitzende profitierte er allein vom Gewinn der AG. ... So läuft die juristische Persönlichkeit, die einem Verband aufgrund seiner sozialen und wirtschaftlichen selbständigen Tätigkeit verliehen wird, ins Leere. Das kann sogar zu gesellschaftlichen Verwirrungen führen. Der Rechtsmißbrauch einer

876 Seit der Neuregelung des KHGB 1984 ist für das Grundkapital einer AG mindestens 50 Mio. Won (etwa 62, 500 DM) erforderlich. Früher sah das KHGB eine solche Anforderung nicht vor.

> solchen AG läuft der konkreten und materiellen Gerechtigkeit zuwider und verstößt gegen Grundsatz von Treu und Glauben. ... Es ist daher als gerecht zu beurteilen, daß betreffs des Haftungsverhältnisses die Rechtspersönlichkeit der *Taewon* AG mißachtet wird und die Gesellschaftsverbindlichkeiten gegenüber dem Kläger als persönliche Verbindlichkeiten des Beklagten, der hinter der fraglichen AG der wirklich existierende Unternehmer ist, angesehen werden.«

Dieses Urteil stößt im Schrifttum deswegen verbreitet auf Zustimmung, weil das Gericht den Durchgriffsansatz in die Rechtspraxis eingeführt hat.[877] Aber der KOGH, der Revisionsgericht ist, hat dieses Urteil zurückgewiesen mit folgender Begründung[878]:

> »Das Berufungsgericht hat sich zur Entscheidung auf die wissenschaftlich erörterte sog. Durchgriffsmethode berufen. Bevor darauf eingegangen wird, ob Anwendung der Durchgriffsmethode auf diesen Fall angebracht ist, muß man die wirkliche Sachlage der *Taewon* AG genau betrachten. ... Es ist schwer anzunehmen, daß der Beklagte als Vorstandsvorsitzender auf widerrechtliche und ungerechte Weise das zum Gesellschaftsbetrieb erforderliche Hauptversammlungsverfahren vernachlässigt hat. Sogar der KOGH sieht die Einmanngesellschaft nicht als Auflösungsgrund an. Es ist daher zu widerlegen, daß das Berufungsgericht die fragliche AG nur als ein ›leeres Gerüst‹ angesehen hat.«

Schließlich hat der KOGH in dieser Entscheidung bedauerlicherweise darauf verzichtet, klar zu stellen, ob er sich die Durchgriffsmethode zu eigen macht oder nicht.

bb) Reederei-Fall

Vom KOGH wurde die Durchgriffsmethode erst 1988 im sog. Reederei-Fall[879] eingesetzt.

[Zusammenfassung des Sachverhalt]: Die Beklagte, die *Hyundai* Schiffbaugesellschaft, hat im Auftrag von *Chipsted Ltd.* (nachstehend: C) ein Schiff repariert. Da aber C die Reparaturkosten nicht bezahlt hat, wurde das Schiff von *Hyundai* mit Arrest belegt. Gegen diesen Arrest hat die Klägerin, *Grand Harmony Inc.* (nachstehend: A), mit dem Argument, Eigentümer des Schiffes sei nicht C sondern A, eine Drittwiderspruchsklage erhoben.

Zur Erklärung: Satzungssitz bzw. registrierter Sitz von A ist in Monrovia, Liberia. Grund dafür ist die Eintragung des Schiffes nach liberianischem Recht in das liberianische Schiffsregister. Die eigentliche Operationszentrale – effektiver Verwaltungssitz – von A befindet sich in Hongkong. Am 1. 4. 1981 hat A mit der *Touchest Shipping Ltd.* (nachstehend B) einen Ship Management Vertrag für das fragliche Schiff abgeschlossen. Am selben Tag wurde außerdem zwischen B und C ein Untermanagement Vertrag über das Schiff abgeschlossen. Bei der Vertragsschließung zwischen A und B hat X als Repräsentant von A, Y als Repräsentant von B unterschrieben. Bei der Vertragsschließung zwischen B und C hat Y als Repräsentant von B und wiederum X als Reprä-

877 Sang-Hyun SONG, Anmerkung zum Urteil KOLG Seoul v. 8. 5. 1974, 72 na 2582, Juristische Zeitung (koreanisch) Nr. 1061 (27. 5. 1974), S. 8.

878 KOGH v. 13. 9. 1977, 74 da 954.

879 KOGH v. 22. 11. 1988, 87 daka 1671. Sehr ähnlich zeigt sich der Sachverhalt bzw. Urteilsgrund bei einem anschließenden Urteil von KOGH v. 1989. 9. 12, 89 daka 678.

sentant von C unterschrieben. A und B nutzen ein gemeinsames Büro in Monrovia. Die tatsächliche Geschäftsadresse von B liegt in Hongkong und ist mit der von C identisch wie auch Telefonnummer und Telexnummer.

In Gesellschaft A fungiert Y als Präsident, X ist Generalsekretär. In Gesellschaft B besetzt Y ebenfalls die Position des Präsidenten, X ist hier Direktor. Der zweiköpfige Vorstand von Gesellschaft C besteht aus Y und X. X und Y sind Brüder.

Der Kapitän des fraglichen Schiffes hatte die *Hyundai* Schiffbaugesellschaft auf Anordnung der Hongkonger Zweigstelle von C mit der Reparatur beauftragt. Als Eigentümer des Schiffes hatte er bei der Hafeneinfahrt auf dem Einfahrtanmeldungsformular Gesellschaft C eingetragen. Auch der Filialeiter der Zweigstelle von C in Tokio hatte auf dem Vertragsformular zur Zahlung der Reparaturkosten C als Eigentümer des Schiffes angegeben. Demnach hat die *Hyundai* Schiffbaugesellschaft das Schiff im Glauben repariert, C sei der rechtmäßige Eigentümer des Schiffes.

[Zusammenfassung der Urteilsbegründung]: Das KOLG Taegu[880] hat den Antrag der Klägerin mit der Begründung abgelehnt:

> »Die Klägerin, Gesellschaft A, wurde lediglich zum Zweck der Eintragung des Schiffes in das liberianische Schiffsregister gegründet. Wenn sie in diesem Falle das Gericht ersucht, den Arrest des Schiffes zu untersagen, mit der Begründung, sie sei die Eigentümerin des Schiffes, überschreitet sie damit die erlaubte Grenze der Gesetzesumgehung, weil sie durch die formelle Gesellschaftsgründung in Wahrheit auf Schuldbefreiung abgezielt hat, die in diesem Falle einen widerrechtlichen Zweck darstellt. So kann dem Antrag der Klägerin nach dem Grundsatz Treu und Glauben nicht stattgegeben werden.«

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Revision eingelegt. Der KOGH hat die Stellungnahme des Berufungsgerichts als richtig bestätigt und die Revision abgelehnt. Zur Begründung heißt es:

> »Die Klägerin A, Gesellschaft B und C sind anscheinend jeweils voneinander getrennte Gesellschaften. Aber A und B sind nur zum Zweck der Schiffseintragung nach liberianischem Recht, intern zugunsten von C gegründet worden, die die wirkliche Eigentümerin des Schiffes ist. ... Wenn Klägerin A zur Gesetzesumgehung vorgibt, sie besitze als eine juristische Person selbständige Rechtspersönlichkeit, verstößt das gegen den Grundsatz Treu und Glauben oder entspricht einem Mißbrauch der juristischen Person. Demzufolge kann diese Behauptung nicht angenommen werden.«

Auf dem Wege der Mißachtung der Rechtspersönlichkeit von A hat der KOGH schließlich Gesellschaft C als rechtmäßige Eigentümerin des Schiffes betrachtet und dadurch C haftbar gemacht.

II. Meinungsstand in der Literatur

1. Deutschland

Wann das Trennungsprinzip aufgehoben wird und in welchen Fällen die vom Gesetz vorgesehene Trennung der haftenden Vermögen nicht mehr aufrechterhalten werden

880 KOLG Taegu v. 4. 6. 1987, 86 na 1100.

kann, ist seit Jahrzehnten Gegenstand eines Theorienstreits. Zur Beantwortung dieser Fragen werden in der Literatur zahlreiche Versuche unternommen. Sie sind im wesentlichen in folgende Kategorien einzuordnen.

a) Mißbrauchslehre

aa) Subjektive Mißbrauchslehre

Ein erster Systematisierungsversuch zum »Durchgriff« wurde im Jahr 1955 von *Serick* anhand von Entscheidungen der deutschen und amerikanischen Rechtspraxis in seiner grundlegenden Abhandlung über »Rechtsform und Realität juristischer Personen« unternommen. *Serick* geht von der Einheitsfigur der juristischen Person aus: Die Rechtsordnung habe die juristische Person für bestimmte Zwecke geschaffen,[881] ein notwendiges Begriffsmerkmal der juristischen Person sei die scharfe Scheidung zwischen Korporation und Gesellschaftern, also das Trennungsprinzip[882]. Der Gesetzgeber habe durch Schaffung und Ausgestaltung der juristischen Person eine Wertabwägung dahingehend vorgenommen, die juristische Person als »vollwertiges Rechtssubjekt« zu achten[883]. Daher sei die Frage, ob schon die objektive Verletzung eines allgemeinen Zwecks genüge, um die Rechtsform der juristischen Person beiseite zu schieben, nach seiner Ansicht zu verneinen.[884] Ein Rechtssatz sei in seiner konkreten Gestalt auf die juristische Person anzuwenden, ohne jeweils zu prüfen, ob sein Zweck nur durch eine Mißachtung der Rechtsform der juristischen Person zu erreichen sei.[885] Die Rechtsform der juristischen Person dürfe nach *Serick* nur mißachtet werden, wenn sie »zu unlauteren Zwecken mißbraucht wird«[886]. Ein Mißbrauch liege dann vor, wenn mit Hilfe der juristischen Person ein Gesetz umgangen, vertragliche Verpflichtungen verletzt oder Dritte fraudulös geschädigt werden sollen.[887] Erst der bewußte und gewollte Mißbrauch der Rechtsform der juristischen Person zu widerrechtlichen Zwecken durch die hinter ihr stehenden Personen rechtfertige einen Durchgriff. Soweit wird dem subjektiven Element also entscheidende Bedeutung beigemessen.[888]

bb) Objektive oder institutionelle Mißbrauchslehre

Dieser subjektive Mißbrauchsansatz stieß zunächst auf verbreitete Zustimmung, wobei jedoch in zunehmendem Maße Gewicht auf objektive Mißbrauchselemente gelegt wurde.[889] Die objektive Variante der Mißbrauchslehre gesteht wie bei der subjektiven Mißbrauchslehre den juristischen Personen einen institutionellen Eigenwert zu. Sie verzichtet aber entgegen der subjektiven Mißbrauchslehre auf die Prüfung des Miß-

---

881 SERICK, Rechtsform und Realität, S. 3; dazu siehe auch Fn. 83 in § 1 vorliegender Arbeit.
882 SERICK, Rechtsform und Realität, S. 1.
883 SERICK, Rechtsform und Realität, S. 24.
884 SERICK, Rechtsform und Realität, S. 22 ff.
885 SERICK, Rechtsform und Realität, S. 24.
886 SERICK, Rechtsform und Realität, S. 24.
887 SERICK, Rechtsform und Realität, S. 17 ff., S. 203.
888 Vgl. SERICK, Rechtsform und Realität, S. 38, S. 203.
889 Insbes. DROBNIG, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, S. 20, 94 ff.; BAUSCHKE, BB 1975, S. 1322, 1324.

brauchswillens des Gesellschafters, sondern stellt vielmehr auf die objektiv-zweckwidrige Verwendung der juristischen Person ab.[890] Die juristische Person ist nach dieser Lehre in der Gesamtheit der Rechts- und Wirtschaftsordnung eingebunden und findet daher auch ihre Grenzen in den Prinzipien dieser Ordnung. Ein Verstoß gegen diese Maximen ist ein Rechtsmißbrauch der juristischen Person, der zu einem Durchgriff führt. Mit anderen Worten ist die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person dann zu mißachten, wenn die Trennung von juristischer Person und Mitglied den Ordnungsprinzipien der Rechts- und Wirtschaftsordnung widerspricht.

b) Normanwendungslehre

Gegenüber der Mißbrauchslehre hat *Müller-Freienfels*[891] in der Rezension zur Abhandlung von *Serick* das grundsätzliche Bedenken erhoben, ob das Problem überhaupt vom einheitlichen Gesichtspunkt des Durchgriffs durch die juristische Person her gelöst werden kann. Er hat sich zunächst gegen *Sericks* einheitliche Konzeption der juristischen Person gewendet. Da das Substrat der überindividuellen, organisatorischen Einheit der juristischen Person im einzelnen sehr verschieden gestaltet sein könne, gebe es keine schematische, generelle Lösung für »die« juristische Person.[892] Die juristische Person sei nur ein bequemer, zusammenfassender Ausdruck für bestimmte Einheiten und eine gedankliche Zusammenfassung von Tatbeständen, Beziehungen und Normen, mithin nur eine »konstruktive Abbreviatur«[893]. Wenn es keine einheitliche Konzeption der juristischen Person gibt, muß von Fall zu Fall je nach Eigenart der Gesellschaft und den jeweils beteiligten Interessen entschieden werden, ob ein Durchgriff statthaft ist. Dabei geht es für *Müller-Freienfels* um die Frage,

> »ob und inwieweit eine bestimmte Norm in einem konkreten Fall auf diese oder jene juristische Person ihrem Sinn und Zweck nach im Zuge richtiger Gestaltung der sozialen Ordnung anwendbar ist«[894].

Die von *Müller-Freienfels* begründete Normanwendungslehre findet heute eine breite Zustimmung[895], und zwar in unterschiedlichen Varianten[896]. Als Normanwendungslehre

---

890 ERLINGHAGEN, GmbHR, 1962, S. 176; Ottmar KUHN, Strohmanngründung, S. 199 ff.: Georg KUHN, Festschrift für Robert FISCHER, S. 354 ff.; OTT, Recht und Realität der Unternehmenskorporation, S. 49.

891 MÜLLER-FREIENFELS, AcP 156 (1957), S. 522 ff.

892 MÜLLER-FREIENFELS, AcP 156 (1957), S. 522, 531.

893 MÜLLER-FREIENFELS, AcP 156 (1957), S. 522, 529.

894 MÜLLER-FREIENFELS, AcP 156 (1957), S. 522, 536.

895 COING, NJW 1977, S. 1793 ff.; SOERGEL-HADDING, Vor § 21 Rz. 40; STAUDINGER-WEICK, Einl zu §§ 21 ff. Rz. 43; HACHENBURG-MERTENS, Anh. § 13 GmbHG Rz. 36 ff.; SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG Rz. 92; RITTNER, Die werdende juristische Person, S. 271, 274 f.; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 218 ff.; KÜBLER, Gesellschaftsrecht, S. 299; HUECK, Gesellschaftsrecht, § 35 IV 2 c); Im Ergebnis auch MÜNCHKomm-REUTER, Vor § 21 Rz. 20 ff. und Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 232 ff.

896 Unter Berufung auf die Formulierung von BGHZ 20, 4 (»in dem ihre Verwendung dem Zwecke der Rechtsordnung entspricht.«) spricht man von einer engen Verwandtschaft zwischen der institutionellen Mißbrauchslehre und der Normanwendungslehre. Eckard REHBINDER hat eine Mischtheorie vertreten, die zwischen der institutionellen Lösung und der

bezeichnet man zunächst allgemein eine Lehre, die zur Erklärung des Zurechnungs- und Haftungsdurchgriffs[897] eine Anwendung von vertraglichen oder gesetzlichen Vorschriften vertritt. Anknüpfungspunkt für die Behandlung des Durchgriffsproblems ist nicht wie bei der Mißbrauchslehre der zu ermittelnde Mißbrauch der juristischen Person. Die Lösung setzt vielmehr an der durch das Mitglied konkret verletzten Rechtsnorm an. Im Mittelpunkt der Betrachtung steht im Gegensatz zu den institutionellen Lehren nicht die juristische Person und ihr Beiseiteschieben im Einzelfall, sondern die jeweils auf den Sachverhalt anzuwendende Norm, deren Zweck durch entsprechende Auslegung und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zur Geltung gebracht werden muß. Die juristische Person bleibt dabei unberührt. Daher kann man sich fragen, ob es sich bei dieser Lehre überhaupt um einen Durchgriff durch die juristische Person handelt.[898] Doch spricht man auch hier allgemein von Durchgriff, weil und soweit sich diese Lehre noch mit dem Trennungsprinzip und mit den Grenzen der Selbständigkeit der juristischen Person und nicht bloß mit der Anwendung von Einzelnormen auf die juristische Person befaßt.[899]

c) Sonstige Lehren ohne Durchgriffsdogmatik

aa) Organhaftungslehre

Eine ganz andere Auffassung wendet sich gegen die bisherigen Durchgriffslehren. Während sich diese mit der Durchbrechung des Trennungsprinzips beschäftigt haben, behauptet *Wilhelm*[900], das Trennungsprinzip ernst zu nehmen. Seine These geht von der rechtlichen Selbständigkeit juristischer Personen aus, die nicht beiseite geschoben werden darf, sondern beachtet werden muß. So hält er die bisherigen Durchgriffslehren schon im Ansatz für verfehlt.[901] Er hebt – in diesem Aspekt in Übereinstimmung mit seinem Lehrer *Flume*[902] – das Innenverhältnis zwischen der juristischen Person und ihren Mitgliedern hervor.[903] Die juristische Person stehe ihren Gesellschaftern wie ein fremder und dementsprechend schützenswerter Dritter gegenüber. Jede fremdbezogene Machtausübung sei aber pflichtgebunden.[904] Er folgert analog aus § 43 GmbHG, §§ 117, 311, 317 AktG, daß für jeden Gesellschafter eine organschaftliche Sorgfaltspflicht be-

---

Normzwecklösung vermittelt (Konzernaußenrecht, S. 103 ff.). SCHANZE hat den Versuch einer »vom Durchgriffsdenken losgelösten Zurechnung« unternommen (Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung, S. 102 ff.). Ihre Theorien können i.w. Sinne zur Normanwendungstheorie gezählt werden, soweit sie im Ansatz den von MÜLLER-FREIENFELS entwickelten Gedanken fortführen.

897 Zur Unterscheidung zwischen dem Zurechnungsdurchgriff und dem Haftungsdurchgriff: vgl. RAISER, Kapitalgesellschaften S. 329 ff.

898 Vgl. Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 230; FLUME, Juristische Person, S. 84: »Setzung einer Norm«. Zur Unterscheidung auch HUECK, Gesellschaftsrecht, § 35 IV 2 c).

899 Vgl. COING, NJW 1977, S. 1793, 1796 f.

900 WILHELM, Rechtsform und Haftung, S. 12 ff.

901 WILHELM, Rechtsform und Haftung, S. 5 ff, 291 ff.

902 FLUME, Juristische Person, S. 68 f., der von einer »Wirkungseinheit« von juristischer Person und Mitgliedern spricht.

903 WILHELM, Rechtsform und Haftung, passim. v.a., S. 13 f.

904 WILHELM, Rechtsform und Haftung, S. 340 ff.

steht, wenn er einen beherrschenden Einfluß auf die Geschäftsführung ausübt, selbst wenn er nicht Geschäftsführer ist.[905] Diese Gesellschafterhaftung aus der Sorgfaltspflichtsverletzung wird als »Organhaftung«[906] bezeichnet. Die bisherige Durchgriffshaftung ist nach *Wilhelm* durch Organhaftung zu ersetzen.

bb) Die Lehre von der Verhaltenshaftung des Mitglieds

Während die Durchgriffslehren beim Durchgriff auf die Aufhebung des Trennungsprinzips und die Gleichsetzung der Mitglieder mit der juristischen Person abstellen, bemerkt *Flume*[907], die gesetzlichen Regelungen – sowohl die Regelungen des BGB wie die Sondergesetze – wüßten nichts von einem »Trennungsprinzip«. Nach *Flume*[908] involviert der Begriff der Rechtsfähigkeit der juristischen Person nicht das Trennungsprinzip und ordnet die Mitglieder der körperschaftlichen juristischen Person nicht als hinter der juristischen Person und getrennt von ihr stehende Personen ein. Die Mitglieder der juristischen Person gehörten vielmehr als Wirkungseinheit zu der juristischen Person, also zu dem »idealen Ganzen«; gleiches gelte für das Unternehmen der juristischen Person.[909] »Ebenso wie die Mitglieder nicht von der juristischen Person zu trennen sind,« so führt *Flume*[910] fort, »sind die Mitglieder durch den Durchgriff oder das ›lifting the veil‹ nicht mit der juristischen Person zu identifizieren«.

Aus dieser Sichtweise unterscheidet *Flume* das Problem der Selbständigkeit der juristischen Person scharf von dem Problem der Durchgriffshaftung: Abgesehen von der Durchgriffshaftung gehe es bei der Problematik, welche in der Durchgriffslehre behandelt wird, gar nicht um die Mitglieder, sondern um die juristische Person. Demgegenüber handele es sich bei der Durchgriffshaftung in Wahrheit nicht um die juristische Person, durch die erst durchgegriffen werden müßte, um zur Haftung des Mitglieds zu kommen, sondern um die Haftung des Mitglieds aus seinem eigenen Verhalten oder eigenem Handeln.[911]

2. Korea

a) Vorbemerkung

Wenn im koreanischen Recht ein Mißbrauch der juristischen Person (bes. der Handelsgesellschaft) vorliegt, kann man im wesentlichen zwei Lösungsmethoden in Betracht ziehen.

Die eine ist die vorbeugende Methode: Für den Gläubigerschutz muß eine Kapitalgesellschaft ein Mindestkapital sicherstellen, d.h. eine Aktiengesellschaft und eine GmbH müssen ein Mindestgrundkapital bzw. ein Mindeststammkapital aufbringen und erhalten

905 WILHELM, Rechtsform und Haftung, S. 334 ff., 355 f. 364.
906 WILHELM, Rechtsform und Haftung, S 337, 349, 355, 359.
907 FLUME, Juristische Person, S. 67.
908 FLUME, Juristische Person, S. 67–68.
909 FLUME, Juristische Person, S. 68.
910 FLUME, Juristische Person, S. 68.
911 FLUME, Juristische Person, S. 68.

(§§ 329 Abs. 1, 546 Abs. 1 KHGB)[912]. Im Zusammenhang damit muß die Börsenaufsichtsbehörde in Korea regelmäßig das Gesellschaftskapital und den Vermögenszustand der Gesellschaft nachprüfen.

Die andere ist die nachträgliche Methode, die in zwei Varianten auftritt: Eine davon ist die gerichtliche Auflösungsanordung einer Handelsgesellschaft. Das Gericht kann aus öffentlichem Interesse gemäß § 176 KHGB auf Antrag eines Betroffenen, des Staatsanwaltes oder von Amts wegen in folgenden Fällen die Auflösung der Gesellschaft anordnen, nämlich, wenn der Zweck einer Gesellschaft gesetzwidrig ist; wenn eine Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb ohne besonderen Grund binnen eines Jahres nach ihrer Gründung noch nicht aufgenommen oder mehr als ein Jahr unterbrochen hat; wenn ein Vorstandsmitglied oder ein geschäftsführender Gesellschafter gegen Gesetz oder Satzung verstoßen hat und infolgedessen der Fortbestand der Gesellschaft unzulässig ist.[913] Wenn die Auflösungsanordnung festgesetzt wird, wird die Gesellschaft zwangsläufig aufgelöst (§§ 227 Nr. 6, 269, 517 Nr. 1, 609 Nr. 1 KHGB). Demzufolge werden die Existenz und die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft im Rechtsleben gänzlich und endgültig verneint. Demgegenüber berührt die Durchgriffsmethode, welche die andere nachträgliche Methode ist, die Existenz der Gesellschaft grundsätzlich nicht, sondern sie ignoriert, um eine befriedigende Lösung zu finden, lediglich die Rechtspersönlichkeit der juristischen Person in bestimmten Rechtsbeziehungen, welche ungerechte Ergebnisse herbeiführen könnten. Dadurch zielt die Durchgriffsmethode durch Mißachtung der juristischen Person darauf ab, daß ein Durchgriff auf das Vermögen des hinter der juristischen Person stehenden Gesellschafters ermöglicht wird. In sonstigen Rechtsbeziehungen bliebt die Existenz und die Rechtspersönlichkeit der juristischen Person unberührt.

---

912 Bei der KHGB-Novelle 1984 wurde die Regelungen über das Mindestkapital und das Stammkapital eingeführt (für AG § 329 Abs. 1; für GmbH § 546 Abs. 1 KHGB). Danach muß das Grundkapital einer AG mindestens 50 Mio. Won (etwa 62.500 DM), das Stammkapital einer GmbH mindestens 10 Mio. Won (etwa 12.500 DM).

913 Von der gerichtlichen Auflösungsanordnung zu unterscheiden ist ein Auflösungsurteil. Während bei der Auflösung der Gesellschaft durch die gerichtliche Auflösungsanordnung ein öffentliches Interesse in dem Mittelpunkt steht, richtet sich ein Auflösungsurteil nach den Gesellschaftsmitgliedern. Bei den Personengesellschaften (OHG, KG) kann jeder Gesellschafter bei Gericht einen Antrag auf Auflösung der Gesellschaft wegen unvermeidbarer Gründe stellen (§§ 241 Abs. 1, 269 KHGB). Bei der AG können Aktionäre, deren Anteile mindestens 10 Prozent der Gesamtzahl der ausgegebenen Aktien erreichen – dementsprechend bei der GmbH die Gesellschafter, die 10 Prozent des Gesamtkapitals besitzen – , in folgenden Fällen bei Gericht die Auflösung der Gesellschaft beantragen, soweit unvermeidbare Gründe vorliegen:

(α) wenn die Geschäfte der Gesellschaft ernst stagnieren und die Gesellschaft nicht wieder gutzumachenden Schaden erleidet oder wenn ihr ein solcher droht,

(β) wenn die Geschäftsführung der Gesellschaft grob vernachlässigt wird und ihr Fortbestand dadurch gefährdet wird (§§ 520, 613 Abs. 1 KHGB).

b) Ansichten

Die Durchgriffslehre ist in der koreanischen Wissenschaft Anfang der sechziger Jahre erstmals[914] vorgestellt worden. Seither ist umstritten, ob ein Durchgriff auch im koreanischen Recht ein notwendiges rechtliches Mittel ist. Dieses wird im größten Teil des Schrifttums[915] befürwortet. Jedoch findet man im Schrifttum keine einheitliche Meinung über die normative Grundlage zur Durchgriffshaftung und die Anwendungsvoraussetzungen, den Anwendungsbereich und die Rechtsfolge des Durchgriffs. Die koreanische Wissenschaft befaßt sich noch mit der Diskussion dieser Probleme. Die Befürworter der Durchgriffslehre versuchen unter Zuhilfenahme der Diskussionsbeiträge aus U.S.A. und Deutschland die Durchsgriffslösungen auch für das koreanische Recht zu nutzen.[916] Die Durchgriffslehre wird in der koreanischen Literatur nicht in unterschiedlichen Spielarten vertreten, weil sich die Vertreter der Durchgriffslehre nicht einen bestimmten Ansatzpunkt zu eigen machen. So lassen sich die in Korea vertretene Durchgriffslehren nicht in die eine oder die andere Kategorie einordnen. Über den Inhalt der Durchgriffslehre herrscht Unklarheit. Jedoch beschäftigen sich die Befürworter der Durchgriffslehre mehr mit den Einzelfragen.

Streitig ist zunächst einmal, mit welcher Rechtsgrundlage der Durchgriff – also die Mißachtung der Rechtspersönlichkeit der juristischen Person – gerechtfertigt wird. Einige[917] berufen sich auf den Grundsatz Treu und Glauben gemäß § 2 Abs. 1 KBGB, andere[918] auf das Verbot des Rechtsmißbrauchs gemäß § 2 Abs. 2 KBGB[919]. Außerdem wird gelegentlich vertreten, daß § 171 Abs. 1 KHGB eine immanente Grenze der juristischen Selbständigkeit der Handelsgesellschaften voraussetzt.[920] Aus der Formulierung der obigen Rechtsprechung, – » ... verstößt das gegen den Grundsatz Treu und Glauben oder entspricht einem Mißbrauch der juristischen Person«[921] –, läßt sich erkennen, daß

914 Sin-Hi HONG, Institutionsmißbrauch der Gesellschaft und die Lehre von Mißachtung der Rechtspersönlichkeit, Zeitschrift für Rechtswissenschaft (Universität Chungju), Vol. 5, 1961, S. 45–52.

915 Vgl. Statt vieler Chan-Hyung CHUNG, Festschrift für Jae-Chul LEE, S. 367 ff.; LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 39 m.w.N. Dagegen verneinend Ki-Nam CHUNG, Festschrift für Don-Gak SEO, 1981, S. 321 ff.; Pyung-Seok KO, Festschrift für Ju-Chan SONN, 1984, S. 73 ff.

916 Etwa, Dong-Yun CHUNG, Die Regulierung der Gesellschaftsformen und die Mißachtung der Rechtspersönlichkeit, Justice 1972 (Vol. 10, Nr. 1), S. 95 ff.

917 KOLG Seoul v. 8. 5. 1974, 72 na 2582; Seung-Kyu YANG, Anmerkung zum Urteil des KOGH v. 13. 9. 1977, 74 da 954, Juristische Zeitung (koreanisch), Nr. 1243 (v. 13. 3. 1978), S. 12.; LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 41.

918 Ju-Chan SONN, Handelsrecht, Bd. I, S. 298; Wi-Du KANG, Gesellschaftsrecht, S. 37; Byung-Tae LEE, Handelsrecht, Bd. I, S. 390; Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 32; Kiuon TSCHE, Gesellschaftsrecht, S. 59.

919 § 2 KBGB hat folgenden Wortlaut: [Treu und Glauben]
(1) Die Rechtsausübung und Pflichterfüllung haben nach Treu und Glauben zu erfolgen.
(2) Das Recht darf nicht mißbraucht werden.

920 Chan-Hyung CHUNG, Festschrift für JAE-CHUL LEE, S. 403–404. CHUNG & CHUNG, Handelsrecht, Bd. I, S. 403.

921 Auszug von dem Urteil des KOGH v. 22. 11. 1988, 87 daka 1671.

sich der KOGH auf den Grundsatz Treu und Glauben bzw. das Verbot des Rechtsmißbrauchs beruft.

Zu den Anwendungsvoraussetzungen bedarf es nach der verallgemeinerten Ansicht[922] folgender Elemente:

(α) Ein bestimmter Gesellschafter übt auf die Gesellschaft großen Einfluß aus. Als Merkmale dafür können folgende Fälle genannt werden: wenn das Vermögen des Gesellschafters und das der Gesellschaft miteinander vermischt sind, wenn die gesellschaftsrechtliche Prozedur – z.B. Abhaltung der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrats – ignoriert wird, wenn die Gesellschaft im Vergleich zu ihrem Geschäftsvolumen mit einem deutlich zu geringen Kapital ausgerüstet ist, oder wenn ein Gesellschafter den meisten oder ganzen Teil des Gesellschaftskapitals besitzt. Diese Merkmale können den von der deutschen Judikatur herausgebildeten Durchgriffsfallgruppen entsprechen, nämlich Vermögensvermischung, Institutsmißbrauch, Unterkapitalisierung und Fremdbeherrschung.

(β) Der selbe Gesellschafter begeht aufgrund seiner herrschenden Position eine unlautere Handlung, die sich etwa als eine Umgehung der vertraglichen Pflicht oder einen Verstoß gegen die Rechtsordnung bzw. Treu und Glauben darstellt.

(χ) Das vorliegen eines subjektiven Elementes ist dabei nicht erforderlich, weil die Absicht des Gesellschafters zum Mißbrauch der juristischen Person schwer nachzuweisen ist. Darüber besteht in der Literatur[923] Einigkeit.

Angesichts der Frage, inwiefern die Durchgriffslehre verwendet werden kann, gehen die Meinungen auseinander. Einige wollen die Durchgriffslehre in dem Maß erweitert verwenden, wie diese Lehre nicht eindeutig mit den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen oder anderen Haftungsinstituten konkurriert.[924] Nach ihrer Ansicht setzt die Verwendung der Durchgriffslösung die Unzulänglichkeit der Tatbestände anderer allgemeinen Rechtsinstitute nicht voraus. So schließe das Bestehen der anderen allgemeinen Rechtsinstitute für den Gläubiger die Durchgriffslösung nicht aus. Dagegen überwiegt die Ansicht[925], daß die Durchgriffslösung nur subsidiarisch verwendet werden darf, wenn man mit den herkömmlichen allgemeinen Rechtsinstituten für die konkrete Gerechtigkeit und Billigkeit keine befriedigende Lösung erzielen kann. Nach dieser Ansicht wird dann die Durchgriffslösung ausgeschlossen, wenn ein Rechtsproblem z.B. statt dessen auch durch allgemeine Prinzipien des Vertragsrechts oder durch zweckmäßige Auslegung der Normen gelöst werden könnte. Das Grundkonzept dieser Ansicht erinnert an die deutsche Normanwendugslehre. Darüber hinaus wird in Korea eine

---

922 Vgl. nur Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 30 f.; LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 44.

923 Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 31; LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 44.

924 Gyo-Chang KIM, Die Rechtslehre von der Mißachtung der juristischen Persönlichkeit. in: Grundfragen des Gesellschaftsrechts, 1982, S. 170, 203; Chan-Hyung CHUNG, Festschrift für Jae-Chul LEE, S. 367, 402.

925 Dong-Yun CHUNG, Justice 1972 (Vol. 10, Nr. 1), S. 151; ders., Gesellschaftsrecht, S. 28; LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 42; Sang-Hyun SONG, Juristische Zeitung (koreanisch) Nr. 1061 (27. 5. 1974), S. 8; Sang-Jo PARK, Gesellschaftsrecht, S. 53.

Ansicht[926] vertreten, welche die Durchgriffslösung für ganz unbrauchbar hält. Diese Ansicht versucht den Sinn und Zweck der anzuwendenden Normen des geltenden Rechts herauszufinden und sie will dadurch den Durchgriff als Rechtsinstitut ganz ablehnen. Jedoch schlägt sie keinen systematischen Lösungsansatz vor, durch den die Durchgriffslehre ganz zu ersetzen wäre. Man könnte daher diese Ansicht als eine extreme Variante der Normanwendungslehre bezeichnen.

Der Durchgriff hat nach Ansicht der Befürworter der Durchgriffslehre die Aufhebung des Trennungsprinzips zur Folge. Demnach wird in bestimmten Rechtsbeziehungen die Selbständigkeit einer Gesellschaft verneint und statt dessen die Rechtspersönlichkeit des hinter der Gesellschaft stehenden Gesellschafters in den Vordergrund gerückt, d.h. im Falle des Mißbrauchs der juristischen Person ist die Gesellschaft mit dem Gesellschafter zu identifizieren. So wird die Verbindlichkeit der Gesellschaft mit der des Gesellschafters selbst als identisch betrachtet. Falls eine Gesellschaft eine Verbindlichkeit nicht begleicht, haftet somit der Gesellschafter mit seinem Privatvermögen für die Verbindlichkeit. Diese Haftungskonstellation gilt auch für das Verhältnis einer Gesellschaft zu einer herrschenden Gesellschaft. Demgemäß haftet etwa eine Muttergesellschaft unter den oben genannten Voraussetzungen auch für die Verbindlichkeit ihrer Tochtergesellschaft.

3. Fazit

Trotz vielfältiger Versuche einer Systematisierung der Durchgriffslösungen ist die Durchgriffsproblematik heute noch in Einzelheiten ein ungeklärter Rechtsbereich. Im gegenwärtigen Stand des Theorienstreits dominiert die Ansicht[927] in Deutschland, daß eine einheitliche Konzeption der Durchgriffsproblematik nicht möglich sei, und statt dessen zur Lösung des Durchgriffsproblems die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften heranzuziehen sind. Dabei wird für Durchgriffsfälle die Auslegung der in Betracht zu ziehenden Rechtsordnungen in den Mittelpunkt gestellt. Nur soweit man wegen fehlender gesetzlicher Regelungen keine befriedigende Lösung aus den Rechtsordnungen herleiten kann, jedoch ein Streitfall einer Lösung bedarf, kann die Durchgriffsmethode angewandt werden. Somit kann man vom Durchgriff als *ultima ratio* sprechen.[928] Diese Konsequenz ist vergleichbar mit denen der herrschenden Ansicht in Korea, welche den Durchgriff nur zulassen will, wenn keine anderen allgemeinen Rechtsinstitute den Fragenkomplex regeln. Die Grundidee der heute in Deutschland verbreiteten Ansicht geht eigentlich auf die von *Müller-Freienfels* begründete Normanwendungstheorie zurück. Was hat dann die Diskussion um den Durchgriff seither erge-

---

926 Ki-Nam CHUNG, Festschrift für Don-Gak SEO, S. 321, 327 ff.; Pyung-Seok KO, Festschrift für Ju-Chan SONN, S. 70, 92 ff.

927 SOERGEL-HADDING, Vor § 21 Rz. 35, 35 a; SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG Rz. 92; HACHENBURG-MERTENS, Anh. § 13 GmbHG Rz. 36, 37; HUECK, Gesellschaftsrecht, § 36 II 5; SCHANZE, Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung, S. 102 ff.; ähnlich auch Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 232.

928 Vgl. KölnKomm-KRAFT, § 1 AktG Rz. 58; BGHZ 20, 4, 11; 61, 380; 78, 318, 333; BAG NJW 1975, 708, 709 (Über die Rechtsnatur einer juristischen Person darf nicht »leichtfertig und schrankenlos hinweggeganen« werden).

ben? Sie ist in Deutschland, wie *Schanze*[929] zutreffend angemerkt hat, auf »Entwicklung und Verfeinerung von Zurechnungskriterien bei der Normanwendung« gegenüber juristischen Personen grundsätzlich ohne Durchgriffsschema hinausgelaufen.[930] Es ist jedoch schwer einzuschätzen, ob alle denkbaren Durchgriffsfälle allein mit Hilfe von Anwendung der allgemeinen zivilrechtlichen Normen zu lösen sind. Dieser Zweifel kommt auch im Zusammenhang mit den Lösungsansätzen ohne Durchgriffsproblematik von *Wilhelm* und *Flume* auf; ob nämlich allein ihre Ansätze – Organhaftung bzw. Verhaltenshaftung des Mitglieds – bezüglich des Haftungsdurchgriffs an Stelle der Normanwendungslehre verallgemeinerungsfähige Lösungen einbringen können. Ebenso fraglich ist, ob die Minderheitsmeinung in Korea, die den Durchgriff als Rechtsinstitut ganz ablehnt, alle Durchgriffsfälle klären kann. Aus diesem Grund ist es erforderlich, die häufig als Durchgriffsfälle bezeichneten konkreten Fälle im einzelnen dahingehend zu prüfen, mit welcher Sichtweise man eine befriedigende Lösung erreichen kann.

III. Fallkonstellationen zur Erläuterung der Durchgriffsprobleme

1. Fallkonstellationen anhand von Fällen aus der deutschen Rechtspraxis

Man kann vom »Durchgriff« sprechen, wenn Rechtsfolgen auf einen hinter dem eigentlichen Normadressaten stehenden Dritten erstreckt werden.[931] Dabei kann »Durchgriff« sowohl für die Zurechnung rechtserheblicher Elemente als auch für Fragen der Haftung in Betracht kommen. Demnach ist zwischen *Zurechnungsdurchgriff* und *Haftungsdurchgriff* zu unterscheiden.[932]

a) Zurechnungsdurchgriff

Als die wichtigsten in Rechtsprechung und Schrifttum herausgearbeiteten Konstellationen des Zurechnungsdurchgriffs sind folgende zu nennen:

α) Veräußerung aller oder nahezu aller Geschäftsanteile: Beim Verkauf eines Unternehmens trifft den Verkäufer die Sachmängelhaftung (§§ 459 ff. BGB). Im Vergleich dazu haftet der Verkäufer eines Geschäftsanteils gegebenenfalls lediglich für den rechtlichen Bestand (gem. § 437 BGB). Aber die Veräußerung aller oder nahezu aller Geschäftsanteile ist als Unternehmensverkauf anzusehen, so daß den Verkäufer die volle Sachmängelhaftung wie beim Verkauf eines Unternehmens trifft. Das ist kein Durchgriff auf das sachliche Substrat der juristischen Person (also hier den Verkäufer), wovon der BGH[933] ausgegangen ist, sondern eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Sachmängelhaftung auf den Kauf von Geschäftsanteilen.[934]

---

929 SCHANZE, AG 1982, S. 42, 44.

930 Ähnlich auch Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 232, 233.

931 BORK, ZGR 1994, S. 237, 240.

932 Vgl. RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 329 ff.; HUECK, Gesellschaftsrecht, § 36 II 5; ähnlich auch Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 233. BORK sieht »Durchgriff« als Oberbegriff zu »Zurechnung« und »Haftung« an (ZGR 1994, S. 237, 240).

933 BGHZ 65, 246, 251; gegen Durchgriffsansatz BGH LM § 433 Nr. 31 = NJW 1969, 184.

934 Das ist ganz h.M. Vgl. MünchKomm-REUTER, Vor § 21 Rz. 24; WILHELM, Rechtsform und Haftung, S. 26; HUECK, Gesellschaftsrecht, § 36 II 5 b), Karsten SCHMIDT, Gesellschafts-

β) Wettbewerbsverbot oder andere Verhaltenspflichten: Ob Wettbewerbsverbote oder andere Verhaltenspflichten, die einer Gesellschaft obliegen, auch deren Gesellschafter treffen, ist eine Frage der Auslegung, für deren Beantwortung es maßgeblich auf die Struktur der Gesellschaft und die Stellung des Gesellschafters innerhalb der Gesellschaft ankommt. In einer Entscheidung des BGH[935] heißt es, daß das Wettbewerbsverbot Ausdruck der Gesellschafter-Treupflicht ist und daß es für diese nicht auf die »äußere«, sondern auf die »innere« Stellung des verpflichteten Gesellschafters ankommt. Demnach ist eine Erstreckung des Wettbewerbsverbots i.S. des § 112 HGB auf die Muttergesellschaft, die neben ihrer dem Wettbewerbsverbot unterliegenden Tochtergesellschaft eine neue GmbH gründet und diese den verbotenen Wettbewerb treiben läßt, kein Durchgriff, sondern Normanwendung.[936]

χ) Gutgläubiger Erwerb: Der gutgläubige Erwerb setzt nach allgemeiner Ansicht ein Verkehrsgeschäft zwischen dem nichtberechtigten Veräußerer und dem Erwerber voraus.[937] Die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbs (§§ 892, 932 ff BGB, 366 HGB, Art. 16, 17 WG, 21, 22 ScheckG) finden auf die Übertragung zwischen Gesellschaft und Alleingesellschafter keine Anwendung, gleich ob der Alleingesellschafter oder die Gesellschaft auf der Erwerberseite steht, weil in diesen Fällen kein Verkehrsgeschäft der nach dem jeweiligen Normzweck vorausgesetzten Art vorliegt.[938] Bei diesem Problem geht es also nicht um einen Durchgriff, sondern um eine teleologische Reduktion der Gutglaubensvorschriften.

δ) Maklervertrag: Ein Makler verdient seine Provision nach § 652 BGB nur dann, wenn er einen Vertrag mit einem Dritten vermittelt. Überdies muß seine Unparteilichkeit gewährleistet sein. Daher verliert der Makler den Provisonsanspruch, wenn er einen Vertragsabschluß mit einer Gesellschaft vermittelt, an der er selbst in erheblichem Maße beteiligt ist.[939] Dasselbe gilt, wenn umgekehrt die Maklergesellschaft vom Vertragspartner beherrscht wird.[940] In diesen Fälle geht es auch um eine sachgerechte Anwendung des § 652 BGB auf Fälle der

---

recht, S. 233; RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 14; SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG, Rz. 68; REHBINDER, Festschrift für Robert FISCHER, S. 579, 591.

935 BGHZ 89, 162.

936 SOERGEL-HADDING, Vor § 21 Rz. 35 a; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 234.

937 Vgl. statt aller BAUER/ STÜRNER, Sachenrecht, § 23 III 3 d.

938 Vgl. zu § 892 BGB RGZ 117, 257, 264 ff.; 119, 126, 128 f. 126, 46, 48 f.; 130, 390, 392; 143, 202; BGHZ 78, 318, 325; zu Art 16, 17 WG OLG Hamm JZ 1965, 416 und AG 1977, 268; OLG Stuttgart JZ 1965, 415.; aus der Literatur FLUME, Juristische Person, S. 69 ff.; SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG Rz. 74; HACHENBURG-MERTENS, Anh. § 13 GmbHG, Rz. 65 ff.; MünchKomm-REUTER, Vor § 21 Rz. 26 f.; a.A. KölnKomm-KRAFT, § 1 AktG Rz. 45; WILHELM, Rechtsform und Haftung, S. 266 ff.

939 BGH NJW 1971, 1839; 1973, 1649; WM 1975, 542, 543; 1976, 1228; 1978, 708, 710.

940 BGH NJW 1974, 1130, 1131; WM 1978, 708; BGH NJW 1985, 2473, 2474; OLG Stuttgart NJW 1973, 1975.

wirtschaftlichen Verflechtung zwischen dem Makler und dem Vertragspartner des Auftraggebers.[941]

ε) Sicherungshypothek eines Bauunternehmers: § 648 BGB gewährt für den Schutz eines Bauunternehmens einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek. Damit stellt sich die Frage, ob ein Bauunternehmer eine Sicherungshypothek aufgrund § 648 BGB auch dann verlangen kann, wenn das Baugrundstück nicht der Gesellschaft gehört, die das Werk bestellt hat, sondern einem Gesellschafter, der an der Gesellschaft maßgeblich beteiligt oder ihr Alleingesellschafter ist. Die Bemühungen um Beantwortung konzentrieren sich auf die Auslegung des Tatbestandsmerkmals »Besteller« i.S. von § 648 BGB. Der BGH sprach sich in einer Entscheidung vom 22. 10. 1987 aus,[942] Grundstückseigentümer und Besteller müßten rechtlich dieselbe Person sein; wirtschaftliche Identität reiche regelmäßig nicht. Aber er behandelte im Ergebnis den Gesellschafter (also den Grundstückseigentümer) als Besteller i.S. von § 648 BGB, wenn der Gesellschafter die Möglichkeit hat, die Ergebnisse der Werkleistung finanziell für sich zu nutzen. Das ist letztendlich ein Problem der zweckmäßigen Auslegung des Bestellerbegriffs i. S. von § 648 BGB.

ϕ) Stimmverbote: Das Gesetz schließt die Stimmabgabe eines Mitglieds der Körperschaft aus, soweit das Mitglied selbst Beteiligter oder Betroffener des Gegenstands der Beschlußfassung ist (§ 34 BGB, § 136 Abs. 1 AktG, § 47 Abs. 4 GmbHG, § 43 Abs. 6 GenG). Die Geltung der Stimmverbote zu Lasten eines Mitglieds erstrecken sich auch auf die Körperschaft, die unter dem beherrschenden Einfluß dieses betroffenen Mitglieds steht.[943] Umgekehrt kann ein herrschender Gesellschafter das Stimmrecht aus seinen Geschäftsanteilen nicht ausüben, sofern die Gesellschaft dem Stimmverbot unterliegt.[944] In diesen Fällen braucht nicht von der »Gleichstellung der juristischen Person mit der hinter ihr stehenden natürlichen Person«[945] ausgegangen zu werden. Es geht vielmehr um den Umgehungsschutz bei Stimmverboten, also ein Normanwendungsproblem.[946]

γ) Absichtsanfechtung im Insolvenzverfahren: Nach § 31 Nr. 2 KO und § 3 Nr. 2 AnfG und § 138 Abs. 2 künftiger InsO sind masseverkürzende Rechtshandlungen zugunsten naher Angehöriger anfechtbar, sofern nicht der Leistungsempfänger beweist, daß ihm die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war. Im Konkurs einer Gesellschaft können die Gesellschafter und deren Angehörige als nahe Angehörige der Gesellschaft behandelt werden.[947] Umgekehrt ist im Konkurs einer natürlichen Person eine Gesellschaft dann als nahe Angehörige des Gemeinschuldners anzusehen, wenn sie von einem solchen Angehörigen

---

941 MünchKomm-REUTER, Vor § 21 Rz. 30; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 235; SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG Rz. 67.

942 BGHZ 102, 95 ff.

943 RGZ 146, 385, 391 f.; BGHZ 36, 296, 299; 56, 47, 53; 68, 107; BGH NJW 1973, 1039; BGH JZ 1977, 267.

944 Vgl. RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 331.

945 RGZ 146, 385. 391.

946 SCHOLZ-Karsten SCHMIDT, § 47 GmbHG Rz. 148.

947 BGHZ 58, 20, 24; OLG Hamm ZIP 1986, 1478.

beherrscht wird.[948] In diesem Fällen kann man von ausdehnender Auslegung der Anfechtungsvorschriften sprechen.[949]

η) Versicherungsfall: Nach § 61 VVG ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeiführt. Im Fall[950], daß ein gegen Feuer versichertes Haus einer Einmann-GmbH infolge grober Fahrlässigkeit des einzigen Gesellschafters abbrennt, kann der Versicherer Leistungsbefreiung nach § 61 VVG geltend machen. So verliert die Gesellschaft ihren Versicherungsschutz. Die Konsequenz hat nichts mit dem Durchgriff zu tun, es geht lediglich um die Auslegung des Gesetzes (vgl. §§ 162 BGB, 61 VVG).

b) Haftungsdurchgriff

aa) Grundsätzliches

Der »Durchgriff« als ein eigenständiges Rechtsinstitut wird besonders im Zusammenhang mit persönlicher Haftung der Gesellschafter diskutiert. Bei Kapitalgesellschaften haftet für Verbindlichkeiten der Gesellschaft im Grunde nur das Gesellschaftsvermögen (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG, § 13 Abs. 2 GmbHG; §§ 331, 553 KHGB). Die Gesellschafter haften jedoch für Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund (Haftungstatbestand) vorliegt: Eine persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten kann sich nicht nur aus vertraglichen Verpflichtungsgründen[951], sondern auch aus unerlaubten Handlungen[952] sogar auch aus *culpa in contrahendo*[953] sowie aus Rechtsschein- und Vertrauensgrundsätzen[954] ergeben.

---

948 BGHZ 96, 352, 356 ff.

949 SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG Rz. 72.

950 Georg KUHN, Festschrift für Robert FISCHER, S. 351, 356 m. w. N.

951 In Betracht kommen z.B. die von einem Gesellschafter für eine Verpflichtung der GmbH übernommene Bürgschaft, die Abgabe eines Garantieversprechens, die Schuldübernahme, der Schuldbeitritt, der Kreditauftrag oder die Abgabe einer sog. Patronatserklärung für die Verpflichtung der Gesellschaft.

952 Deliktshaftung der Gesellschafter kann sich vor allem aus §§ 823 Abs. 2 BGB (i.V.m. §§ 64 Abs. 1 und 84 GmbHG; §§ 263, 266 StGB) und § 826 BGB sowie § 1 UWG ergeben. Daneben ist u.U. eine Haftung der Gesellschafter neben der Gesellschaft als mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen denkbar (§ 830 BGB); Siehe dazu SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG Rz. 65 m.w.N.

953 Die Haftung eines Gesellschafters für Gesellschaftsschuldens aus *culpa in contrahendo* kommt namentlich in Betracht, wenn er für die GmbH als Gesellschafter-Geschäftsführer Vertragsverhandlungen führt und dabei die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft falsch darstellt oder auf die schlechte finanzielle Lage der Gesellschaft nicht hinweist, obwohl dazu eine vorvertragliche Aufklärungspflicht besteht (vgl. BGH NJW 1986, 586, 587; NJW 1988, 2234, 2235 f.; WM 1988, 1673, 1674; WM 1992, 735).

954 Eine Rechtsscheinhaftung kann z.B. im Rahmen einer dauernden Geschäftsbeziehung in Betracht kommen, wenn ein Kaufmann sein Unternehmen in eine GmbH umwandelt, ohne dem Geschäftspartner die dadurch eingetretene Haftungsbeschränkung mitzuteilen (vgl. BGHZ 62, 216, 222 f; 64, 11, 16 f.; BGH NJW 1991, 2627 m.w.N.).

Dies hat mit dem Durchgriff nichts zu tun. Zutreffend besagt der BGH in BGHZ 31, 258, 271:

> »Wenn der Gesellschafter aus einem besonderen Rechtsgrunde (Bürgschaft, Schuldbeitritt, Kreditauftrag, Garantievertrag, Verschulden beim Vertragsschluß oder unerlaubte Handlung) ohnehin haftet, geht es nicht um das Durchgriffsproblem.«

Bei der Durchgriffshaftung geht es schließlich um die Frage, ob die Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten in Anspruch genommen werden können, obwohl kein besonderer »bürgerlich-rechtlicher« Verpflichtungsgrund besteht.[955] Die Frage ist vielmehr, ob man sich unabhängig von besonderen Verpflichtungsgründen zur Begründung einer persönlichen Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten auf den Durchgriff stützen kann. Im Schrifttum[956] werden als Hauptanwendungsfälle für den Haftungsdurchgriff »Vermögens- und Sphärenvermischung«, »Fremdsteuerung« und »Unterkapitalisierung« herausgestellt. Daneben wird oft auch »Institutsmißbrauch der juristischen Person« als weitere Haftungsgruppe hinzugefügt.[957] Aber Institutsmißbrauch ist kein kategorisches Merkmal, sondern nur ein Anhaltspunkt für die Durchgriffshaftung.[958] Daher bildet Institutsmißbrauch keine eigene Fallgruppe des Haftungsdurchgriffs, sondern gehört zu anderen Fallgruppen, meistens zur Fallgruppe »Unterkapitalisierung«.

bb) Fallgruppe

aaa) Haftung aufgrund von Vermögens- und Sphärenvermischung

Von Vermögensvermischung kann man in den Fällen sprechen, in denen die Trennung zwischen dem Privatvermögen der Gesellschafter und dem Gesellschaftsvermögen nicht gegeben ist. Wegen dieser Aufhebung der Trennung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen entfällt die Legitimation der Haftungstrennung. Der BGH hat neuerlich in zwei Entscheidungen[959] näher zum Tatbestand der Vermögensvermischung Stellung genommen. Von einer Vermögensvermischung läßt sich nach Auffassung des BGH nur sprechen, »wenn sich nicht ermitteln läßt, welcher Vermögensgegenstand zum Gesellschafts- und welcher zum Gesellschaftervermögen gehört«[960]. Dazu hat der BGH ausgeführt, daß dies in der Regel nur dann der Fall sein wird,

> »wenn das Gesellschaftsvermögen in den Büchern der Gesellschaft unzureichend ausgewiesen, die Buchführung aus anderen Gründen undurchsichtig oder die Ver-

955 Vgl. SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG Rz. 59.

956 Vgl. statt vieler SCHOLZ-EMMERICH § 13 GmbHG Rz. 75; Zuletzt BOUJONG, Festschrift für Walter ODERSKY, S. 739, 742 ff. m.w.N.

957 Vgl. WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 227; RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 23; LUTTER, ZGR 1982, S. 244, 252.

958 Für zweifelhaft hält den Institutsmißbrauch als ein haftungsrelevanter Tatbestand auch STIMPEL, Festschrift für Reinhard GOERDELER, S. 603, 611. Nach Karsten SCHMIDT paßt der Institutsmißbrauch als dogmatisches Durchgriffskonzept nicht in den Katalog der Durchgriffshaftung (Gesellschaftsrecht, S. 241).

959 BGH NJW 1985, 740; BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188, sog. »Autokran«-Urteil.

960 BGH NJW 1985, 740.

> mögensabgrenzung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern sonst verschleiert worden ist«[961].

Einzelne Privatentnahmen der Gesellschafter bildeten nicht ohne weiteres einen Durchgriffstatbestand, sondern lösten lediglich Ansprüche der betroffenen GmbH auf Rückzahlung gem. §§ 30, 31 GmbH aus.[962] Erst wenn die buchmäßig zu belegende Trennung von Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen nicht mehr gegeben ist und insbesondere der Abfluß von Werten aus dem Gesellschaftsvermögen unkontrollierbar wird, fehlen die unverzichtbaren Voraussetzungen des Haftungsprivilegs; dann funktionieren die dem Gläubigerschutz dienenden Kapitalsicherungsvorschriften, die ein vom Eigenvermögen des Gesellschafters abgrenzbares Gesellschaftsvermögen voraussetzen, nicht mehr.[963] Dabei wird ein Verschulden oder etwa eine Schädigungsabsicht der Gesellschafter als Voraussetzung nicht gefordert.

Wenn der Ausnahmetatbestand der Vermögensvermischung vorliegt, tritt eine persönliche Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern entsprechend §§ 105, 128 HGB ein.[964] Demnach haften die Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern als Folge dieses Tatbestandes unbeschränkt und gleichrangig für grundsätzlich alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner. Das gilt nur, soweit die Gläubiger sich nicht mehr aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigen können.[965] Der Haftungsgrund dafür wird in der Literatur mit dem Verbot eines *venire contra factum proprium* i.S. von § 242 BGB begründet[966]: Wer selbst nicht die Regeln der Vermögenstrennung einhält, kann sich dann dem Gläubiger der Gesellschaft gegenüber nicht auf die Vermögenstrennung berufen, haftet dann also auch persönlich mit seinem Vermögen für die Schulden der Gesellschaft.

Ähnlich wie bei der Vermögensvermischung werden unter den Stichworten Sphärenvermischung die Fälle zusammengefaßt, in denen die Gesellschafter die Regeln der Selbständigkeit der juristischen Person nicht genügend beachten.[967] Betreibt z.B. der Gesellschafter sein Einzelunternehmen unter der Geschäftsadresse der GmbH und verwendet er für beide Unternehmen den gleichen Sitz, die gleichen Geschäftsräume, den gleichen Telefonanschluß oder gleiche Bedienstete, dann veranlaßt er die Gläubiger zu unzutreffenden Annahmen über die Identität seiner Unternehmen. In einem solchen Fall wird die rechtliche Trennung zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern nach außen hin nicht deutlich, so kann sich der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der

961 Ebenda.

962 BGH NJW 1985, 740; BGHZ 95, 330, 333 f.

963 BGHZ 95, 330, 334 und im Anschluß daran BGHZ 125, 366, 368.

964 BGHZ 95, 330, 332; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 243; HACHENBURG-MERTENS, Anh. § 13 GmbHG Rz. 49.

965 Dazu SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG Rz. 88 b.

966 LUTTER, ZGR 1982, S. 244, 251; COING, NJW 1977, S. 1793, 1795; ERLINGHAGEN, GmbHR 1962, S. 169, 172; RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 333.

967 In der neueren Literatur hat sich die Unterscheidung der Vermögensvermischung von den Fällen der Sphärenvermischung durchgesetzt. Vgl. LUTTER, ZGR 1982, S. 244, 251 f.; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 242 ff.; SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG Rz. 81 und 88.

GmbH wiederum nicht auf rechtliche Trennung berufen. Dabei steht nicht der Gedanke der Durchgriffshaftung im Mittelpunkt, sondern das allgemeine Prinzip der Rechtsscheinhaftung[968]: Der Rechtsschein der Identität führt auch zur Identität der Haftung.

bbb) Haftung aufgrund von Fremdbeherrschung

Die Fallgruppe der Durchgriffshaftung wegen Fremdsteuerung kennzeichnet sich dadurch, daß das Handeln der juristischen Person statt durch ihr eigenes Interesse durch externe Sonderinteressen bestimmt wird.[969] Von solch einem Fall spricht man dann, wenn über das bloße Abhängigkeitsverhältnis hinaus (vgl. § 17 AktG) nicht lediglich eine »einfache« Beherrschung der Gesellschaft durch die Gesellschafter vorhanden ist, sondern die Willensbildung der abhängigen juristischen Person besonders intensiv eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen ist (vgl. § 311 AktG).[970] Wenn ein Gesellschafter oder eine herrschende Gesellschaft durch Einflußnahme auf die Geschäftsführung eine andere Gesellschaft beherrscht, kann dafür die Mißachtung der Selbständigkeit der beherrschten Gesellschaft in Frage kommen. In diesem Sinne vertritt *Klaus Müller*[971], daß sich die unmittelbare Haftung des herrschenden Unternehmens für die Verbindlichkeiten der beherrschten Gesellschaft aus dem Gesichtspunkt der Durchgriffshaftung ergeben kann. Er begründet diese Auffassung wie folgt:

> »Da durch die Konzernverbindung die Konzerntochter institutionell zum Instrument der Interessen der Konzernmutter wird, ergibt sich demnach die sachliche Notwendigkeit, daß das Vermögen der Konzernmutter als Haftungssubstanz für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft zur Verfügung steht.«[972]

Davon ausgehend macht er geltend, daß im Aktienkonzernrecht die Konzernmutter neben den Schadenersatzpflichten nach Maßgabe des § 309 AktG (im Fall des Vertragskonzerns) und des § 317 AktG (im Fall des faktischen Konzerns) aufgrund von Durchgriffshaftung in Anspruch genommen werden kann.[973]

Entgegen dieser Ansicht wird überwiegend vertreten, ein solcher Haftungsdurchgriff sei dem geltenden Recht fremd.[974] Diese Gegenansicht betrachtet, daß ein an die Abhängigkeitslage anknüpfender Durchgriff der nach geltendem Konzernrecht bestehenden Rechtslage widerspricht. Die Beherrschung der Gesellschaft sei gerade der Fall, der dem deutschen Konzernrecht unterliegt.[975] Nicht die Aufhebung der Trennung von wirtschaftlicher und rechtlicher Einheit, sondern ein differenziertes System von Nachteils-, Verlust- und Schadensausgleichsregeln liege dem Aktienkonzernrecht zugrunde.[976] Die

968 HACHENBURG-MERTENS, Anh. § 13 GmbHG Rz. 49; SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG Rz. 88 a; LUTTER, ZGR 1982, S. 244, 252.

969 Vgl. MünchKomm-REUTER, Vor § 21 Rz. 39.

970 MÖLLERS, Internationale Zuständigkeit bei der Durchgriffshaftung, S. 31; auch im selben Sinne MünchKomm-REUTER, Vor § 21 Rz. 40.

971 KLAUS MÜLLER, ZGR 1977, S. 1, 25.

972 KLAUS MÜLLER, ZGR 1977, S. 1, 26.

973 KLAUS MÜLLER, ZGR 1977, S. 1, 26 - 27.

974 EMMERICH/ SONNENSCHEIN, Konzernrecht, S. 256; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 246; Bork, ZGR 1994, S. 237, 256 ff.; PASCHKE, Die AG 1988, S. 196, 199.

975 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 246; SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG Rz 84 a.

976 PASCHKE, Die AG 1988, S. 196, 199.

Risikoerweiterung des herrschenden Unternehmens, welche sich aus einer qualifizierten Abhängigkeit ergebe, begründe keine Außenhaftung, sondern eine Verlustausgleichspflicht in den Binnenbeziehungen der Konzernunternehmen (vgl. § 302 AktG).[977] Was den Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen Konzern anbelangt, müsse nicht die Durchgriffshaftung, sondern die analoge Anwendung der §§ 302, 303 AktG in den Vordergrund gerückt werden, nach dem Motto der »Subsidiarität der Durchgriffshaftung«[978]. Das gelte nicht nur für die beherrschte Aktiengesellschaft, sondern auch für die beherrschte GmbH. Die Rechtspraxis hat seit dem sog. dem Autokran-Urteil ebenfalls diesen Weg beschritten.

Dem Autokran-Urteil[979] liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beklagte hatte sein Unternehmen in sieben nebeneinanderstehende GmbH aufgespalten, deren Anteile sich im wesentlichen in seiner Hand befanden. Diese hatten insgesamt 39 Autokräne auf dem Wege des Finanzierungsleasings erworben. Nachdem die Gesellschaften rückständige Leasingraten wegen Vermögenslosigkeit nicht bezahlen konnten, nahm die Leasinggeberin mit Erfolg den Beklagten in Anspruch. Der 2. Zivilsenat des BGH lehnte eine Inanspruchnahme des beklagten Gesellschafters aus Überlegungen des Haftungsdurchgriffs ab[980], statt dessen bejahte er einen direkten Zahlungsanspruch der Gläubigerin gegen den beklagten Gesellschafter in analoger Anwendung der §§ 303, 322 Abs. 2 und 3 AktG[981].

Anschließend erkannte der BGH im Tiefbau-Urteil[982] für den qualifizierten faktischen GmbH-Konzern auch die interne Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens analog § 302 AktG an.

Darin zeigt sich, daß der BGH angesichts des Gläubigerschutzes im Fälle der Fremdbeherrschung nicht den Weg einer Durgriffs-, sondern den einer Konzernhaftung geht. Das Schrifttum[983] stimmt dem vom BGH in den Entscheidungen »Autokran« und »Tiefbau« entwickelten Haftungskonzept im wesentlichen zu. Es läßt sich somit feststellen, daß im deutschen Recht neben der Konzernhaftung eine eigenständige Durchgriffsfallgruppe wegen Fremdbeherrschung nicht anzuerkennen ist.[984]

ccc) Haftung aufgrund von Unterkapitalisierung

Im Mittelpunkt einer heute kontroversen Debatte um Durchgriffshaftung steht das Problem der Gesellschafterhaftung im Falle der Unterkapitalisierung. Dabei handelt es sich um die Frage, ob die Gesellschafter einer GmbH oder AG in bestimmten Fällen über die Haftung mit dem eingebrachten Stamm- bzw. Grundkapital (§§ 5 GmbHG, 7 AktG) hinaus wegen Unterkapitalisierung persönlich in Anspruch genommen werden können.

977 Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 246; BORK, ZGR 1994, S. 237, 259.
978 BORK, ZGR 1994, S. 237, 259.
979 BGHZ 95, 330 ff.
980 BGHZ 95, 330, 339.
981 BGHZ 95, 330, 345 f.
982 BGHZ 107, 7 ff.
983 Vgl. nur RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 334 f. m.w.N.
984 Vgl. KölnKomm-KRAFT, § 1 AktG Rz. 61; SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG Rz. 84 a.; BAUMBACH/ HUECK, § 13 GmbHG Rz. 15.

Für die Lösung dieser Problematik muß zunächst der Begriff der Unterkapitalisierung näher erläutert werden.

Das RG charakterisierte die Unterkapitalisierung als Mißverhältnis zwischen Kapitalgrundlage und »Aufgabe«[985] und der BGH sprach wiederholt von einem Mißverhältnis zwischen Haftkapital und »Gesesllschaftszweck«[986]. Diese Definition findet aber in der Literatur keine Zustimmung, weil die Kriterien der Gesellschaftsaufgabe oder des Gesellschaftszwecks zu abstrakt sind, um sie als Voraussetzung für entscheidende Rechtsfolgen zu Lasten der Gesellschafter zu verwenden. Demgegenüber stößt eine von *Ulmer* vorgeschlagene Definition auf zunehmende Anhängerschaft:[987]

> »Eine Gesellschaft ist unterkapitalisiert, wenn das Eigenkapital nicht ausreicht, um den nach Art und Umfang der angestrebten oder tatsächlichen Geschäftstätigkeit unter Berücksichtigung der Finanzierungsmethoden bestehenden, nicht durch Kredite Dritter zu deckenden mittel- oder langfristigen Finanzbedarf zu befriedigen.«

Innerhalb dieses Unterkapitalisierungsbegriffs ist zwischen den Tatbeständen der nominellen und der materiellen Unterkapitalisierung zu unterscheiden.

Die nominelle Unterkapitalisierung liegt vor, wenn die Gesellschafter zwar für eine ausreichende Kapitalausstattung der Gesellschaft sorgen, aber nicht mit haftendem Eigenkapital, sondern mit Fremdkapital, inbes. durch Gesellschafterdarlehen. Die nominelle Unterkapitalisierung löst keine Durchgriffshaftung aus.[988] Es geht hier nicht um eine persönliche (Ausfall-) Haftung des Gesellschafters wie beim Haftungsdurchgriff, sondern um die Umqualifizierung von bereits vorgenommenen Finanzierungsleistungen des Gesellschafters in haftendes Eigenkapital.[989] Durchgriffsprobleme ergeben sich dagegen bei der materiellen Unterkapitalisierung.

Die materielle Unterkapitalisierung wird im Fall einer unzureichenden Ausstattung der Gesellschaft mit Eigenkapital (Grund- bzw. Stammkapital) angenommen. Sie wird dadurch spürbar, daß erforderliches Vermögen und erforderliche Finanzmittel tatsächlich fehlen.[990] In der Literatur besteht keine Übereinstimmung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen die Gesellschafter bei der materiellen Unterkapitalisierung persönlich haften sollen. Einige Autoren[991] lehnen im Falle der materiellen Unterkapitalisierung jeden Haftungsdurchgriff auf die Gesellschafter mit der Begründung ab, daß die positivrechtliche Verankerung eines Gebotes zur angemessenen Kapitalausstattung nicht gegeben ist, folglich eine Haftungssanktion unter diesem Gesichtspunkt nicht gerechtfertigt ist. Demgegenüber soll nach einer Gegenansicht ein Haftungsdurchgriff auf den Gesellschafter bei jeder Unterkapitalisierung der Gesellschaft – d.h. auch schon

---

985 RGZ 166, 51, 57.

986 BGHZ 31, 258, 268; 68, 312, 316.

987 HACHENBURG-ULMER, Anh. § 30 GmbHG Rz. 16; ihm zustimmend Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 248; WÜST, DStR 92, S. 1388, 1389; WEITBRECHT, Haftung der Gesellschafter, S. 24.

988 BGHZ 81, 311, 317.

989 BGHZ 105, 168, 175 f.

990 Karsten SCHMIDT, JZ 1984, S. 771, 777.

991 BAUMBACH/ HUECK, § 5 GmbHG Rz. 6; KAHLER, BB 1985, S. 1429, 1431; WEITBRECHT, Haftung der Gesellschafter, S. 66 ff. im Ergebnis auch FLUME, Juristische Person, S. 84; WILHELM, Rechtsform und Haftung, S. 316.

bei einfacher Unterkapitalisierung – stattfinden.[992] Die heute überwiegende Meinung bezieht einen vermittelnden Standpunkt zwischen der generellen Ablehnung oder Anerkennung des Haftungsdurchgriffs, indem sie nur in Fällen einer eindeutigen oder qualifizierten Unterkapitalisierung die Inanspruchnahme der Gesellschafter zuläßt.[993] Danach tritt eine qulifizierte Unterkapitalisierung der Gesellschaft ein, wenn ihre finanzielle Ausstattung unter Einbeziehung der Gesellschafterdarlehren für Art und Umfang der tatsächlichen oder angestrebten Geschäftstätigkeit eindeutig und für Insider klar erkennbar unzureichend ist und einen Mißerfolg zu Lasten der Gläubiger bei normalen Geschäftsverlauf mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten läßt.[994]

Die Entscheidungen zur Haftung wegen Unterkapitalisierung ergeben kein einheitliches Ergebnis. Für den Fall der Anerkennung des Durchgriffs wegen Unterkapitalisierung wird im größten Teil der Literatur[995] die sog. »Siedlerverein«-Entscheidung[996] angeführt. Dabei handelt es sich um einen Fall, in dem ein eingetragener Verein einen Garten gepachtet hatte. Die Mitglieder hatten den Verein als Pächter zwischen sich und dem Verpächter geschaltet, um sich der der Vollstreckung eines Urteils über eine Pachtzinserhöhung durch Vermögenslosigkeit des Vereins zu entziehen. Der BGH nahm im Wege des Durchgriffs die anteilige Haftung der Vereinsmitglieder für die rückständigen Pachtzinsen an. Der BGH stützte sich bei der Begründung dieses Urteils für Durchgriffshaftung sowohl auf die Unterkapitalisierung des Vereins, als auch auf individuellen Rechtsmißbrauch der Mitglieder.[997] Jedoch ist diese Entscheidung nicht verallgemeinerungsfähig für den Durchgriffsfall wegen Unterkapitalisierung, weil es im Vereinsrecht keine Kapitalerhaltungsvorschriften gibt, der betroffene Verein außerdem von Anfang an völlig vermögenslos war und auch keine Aussicht hatte, jemals Vermögen zu erwerben.[998] Schließlich handelt es sich bei dieser Entscheidung nicht um die Haftung der Vereinsmitglieder für die Vereinsschulden, sondern in Wirklichkeit um Eigenschulden der Vereinsmitglieder.[999]

---

992 WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 226, 565 ff.

993 Grundlegend HACHENBURG-ULMER, Anh. § 30 GmbHG Rz. 50 ff.; so Georg KUHN, Festschrift für Robert FISCHER, S. 351, 359 f.; REHBINDER, Festschrift für Robert FISCHER, S 579, 585; KÜBLER, Gesellschaftsrecht, S. 238 f.; RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 32 f. LUTTER/HOMMELHOFF, § 13 GmbHG Rz. 9; WÜST, DStR 1991, S. 1424, 1427; zustimmend auch Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 249 ff., jedoch mit der Rechtsfolge einer Haftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung) anstelle einer Durchgriffshaftung (Außenhaftung). Ähnlich wie ULMER bereits ERLINGHAGEN, GmbHR 1962, S. 169, 173.

994 Das ist die ULMERSCHE Formel über die qualifizierte materielle Unterkapitalisierung. Vgl. HACHENBURG-ULMER, Anh. § 30 GmbHG Rz. 23; ULMER, Festschrift für KONRAD DUDEN, S. 661, 676.

995 Vgl. nur WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 225; RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 335; HACHENBURG-ULMER, Anh. § 30 GmbHG Rz. 43.

996 BGHZ 54, 222: VIII. Zivilsenat des BGH Urt. v. 8. Juli 1970.

997 Dazu REHBINDER, Festschrift für Robert FISCHER, S. 579, 601 f.

998 In diesem Sinne auch WEITBRECHT, Haftung der Gesellschafter, S. 60.

999 FLUME, Juristische Person, S. 80. Im Ergebnis auch Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 235, der aus dem Treuhandcharakter des Vertragsverhältnisses die Lösung sucht; der Verein sei nur als Treuhändler zwischengeschaltet.

Der 8. Zivilsenat des BGH beurteilte in der späteren sog. »Typenhäuser«-Entscheidung vom 4. 5. 1977[1000] die Frage der Unterkapitalisierung erstmals isoliert im Hinblick auf ein sehr gering bemessenes Stammkapital und damit als einen Sachverhalt rein materieller Unterkapitalisierung. Er stellte dort ausdrücklich fest, daß eine Unterkapitalisierung allein einen Haftungsdurchgriff nicht rechtfertigt. Zur Begründung wird angeführt, daß das geltende GmbH-Recht lediglich ein bestimmtes Mindeststammkapital verlange und von Vorschriften darüber absehe, daß die Gesellschaft mit einem angemessenen Eigenkapital ausgestattet werden muß.[1001] Diese Begründungen kritisierte der für Gesellschaftsrecht zuständige 2. Zivilsenat des BGH wenig später »in Anbetracht neuer Tendenzen zu einem verstärkten Gläubigerschutz« als zu eng.[1002] Indes wählte auch dieser Senat 1978 in einem Fall eindeutiger materieller Unterkapitalisierung[1003] – abweichend von der Vorinstanz, die auf Durchgriffshaftung erkannte – eine deliktsrechtliche Lösung (§ 826 BGB). Dem folgend griffen die späteren Entscheidungen auf § 826 BGB zurück, um die Haftung der Gesellschafter für die Schulden der unterkapitalisierten GmbH zu begründen.[1004] Im Unterschied dazu ließ das Bundessozialgericht in der Entscheidung vom 7. 12. 1983[1005] einen Haftungsdurchgriff aufgrund einer Unterkapitalisierung zu.

2. Anwendung der Normanwendungsansätze auf Fälle aus der koreanischen Praxis

Da es, wie erwähnt, sehr wenige Durchgriffsfälle in der koreanischen Praxis gibt, kann man nicht anhand von konkreten Fällen eine Gruppierung der Durchgriffsfälle vornehmen. Daher begnügt sich die folgende Ausführung damit, die oben vorgestellten zwei koreanischen Fälle – nämlich den Fall *Taewon* AG und den Reederei-Fall – zu analysieren. Das Hauptinteresse der koreanischen Wissenschaft liegt bezüglich der beiden Fälle bisher nur darin, zu bestätigen, daß die Gerichte den Durchgriff (die Mißachtung der Rechtsform der juristischen Person) in der Praxis anerkannt haben. Der Großteil des Schrifttums[1006] geht davon aus, daß diese beiden Entscheidungen einen Wendepunkt darstellen, indessen Folge die Durchgriffsmethode für prekäre Fälle in der Praxis befriedigende Lösungen bieten kann, obwohl vielfach die Meinung vertreten wird, daß die Durchgriffsmethode subsidiär verwendet werden soll. Dabei werden auf andere Lösungsversuche für beide Fälle grundsätzlich verzichtet. Die Gegner der Durchgriffsmethode, die ausschließlich mit Hilfe von Norminterpretation das Durchgriffsproblem

---

1000 BGHZ 68, 312.
1001 BGHZ 68, 312, 319.
1002 BGH NJW 1977, 1683, 1686.
1003 BGH vom 30. 11. 1978, NJW 1979, 2104.
1004 BGH DB 1988, 1848; vgl. auch BGH GmbHR 1991, 409, 412.
1005 BSG NJW 1984, 2117 = ZIP 1984, 1217.
1006 Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 27; LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 40 ff.; Chan-Hyung CHUNG, Festschrift für JAE-CHUL LEE, S. 367, 409 ff.; Mun-Gi CHOI, Die Lehre von Mißachtung der Rechtspersönlichkeit, in: Zivilrechtliche Rechtsprechung, Bd. I, S. 46, 55.

lösen wollen[1007], haben in bezug auf diese Entscheidungen keine konkreten Lösungen vorgeschlagen. Aus diesem Grund soll im Folgenden überprüft werden, ob die Normanwendungsansätze für beide Fälle zu angemessenen Lösungen führen können. Charakteristisch ist, daß beide Fälle nicht in die eine oder die andere bestimmte Haftungsfallgruppe einzuordnen sind, sondern sie aus sich überschneidenden Elementen der Fallguppen bestehen.

(α) Der Fall Taewon AG: Das Instanzgericht, KOLG Seoul, hat in diesem Fall den Beklagten für die Gesellschaftsschulden haftbar gemacht, indem es die *Taewon* AG als ein »leeres Gerüst« ansieht. Diese Betrachtungsweise entspricht ganz dem »disregard of legal entity« oder dem Durchgriff durch die juristische Person auf den dahinter stehenden Gesellschafter. Dabei hat sich das KOLG Seoul als Rechtsgrundlage auf den Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 2 KBGB gestützt. Das Revisionsgericht KOGH hat bei der Prüfung offen lassen, ob die Lösungsmethode des KOLG Seoul rechtlich haltbar ist. Es hat vielmehr aus der Prüfung des Sachverhaltes den Schluß gezogen, daß die *Taewon* AG nicht als ein »leeres Gerüst« anzusehen ist. Gerade das hat ihm Kritik eingebracht, weil sich der KOGH als Revisionsgericht ausschließlich mit der Prüfung der Rechtslage hätte beschäftigen müssen.[1008] Die Tatsache, daß der KOGH in diesem Urteil den Ausdruck »leeres Gerüst« des KOLG Seoul direkt übernommen hat, legt jedoch nahe, daß der KOGH den Durchgriffsgesichtspunkt nicht ganz ausgeschlossen hat.[1009]

Aber für die richtige Lösung sollte man von dem Prinzip »Durchgriff als *ultima ratio*« hinsichtlich allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze ausgehen. Dieser Fall kann nach den Maßstäben der deutschen Fallkonstellationen als ein Fall betrachtet werden, bei dem Vermögensvermischung und Unterkapitalisierung zusammentreffen: Der Beklagte hat sein Privatvermögen und das Gesellschaftsvermögen nicht getrennt, so daß für einen Außenstehenden keine Unterscheidung möglich ist (Vermögensvermischung). Der Beklagte hat die AG im Verhältnis zum Geschäftsumfang mit einem völlig unzureichenden Grundkapital ausgestattet, dadurch Konkurs der Gesellschaft verursacht und dem Gläubiger einen Vermögensverlust zugefügt (Unterkapitalisierung).

Im Fall der Vermögensvermischung ist zunächst die Pflichtverletzung der Vorstandsmitglieder zur Aufstellung der Rechnungsunterlagen zu berücksichtigen: Nach § 447 KHGB haben die Vorstandsmitglieder einer AG die Rechnungsunterlagen (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und Rechnungsbelege für Gewinnverwendung und Defizitzuweisung) vorzulegen und die Genehmigung des Vorstands einzuholen. Falls ein Vorstandsmitglied (in diesem Falle also dem Beklagte) diese Pflicht nicht eingehalten und dadurch den Vermögenszustand der Gesellschaft nach außen hin nicht erkennbar gemacht hat, kann der Gläubiger aufgrund der Pflichtverletzung i.S. des

1007 Ki-Nam CHUNG, Festschrift für Don-Gak SEO, S. 321 ff.; Pyung-Seok KO, Festschrift für Ju-Chan SONN, S. 73 ff. Vgl. auch oben Fn 918.

1008 Zutreffend Seung-Kyu YANG, Anmerkung zum Urteil des KOGH v. 13. 9. 1977, 74 da 954, Juristische Zeitung (koreanisch), Nr. 1243 (v. 13. 3. 1978), S. 12

1009 Zustimmend Sang-Jo PARK, Gesellschaftsrecht, S. 52; Kiuon TSCHE, Gesellschaftsrecht, S. 61; Ju-Chan SONN, Handelsrecht, Bd. I, S. 298.

§ 401 KHGB[1010] gegenüber dem Vorstandsmitglied Schadensersatz geltend machen. Außerdem ist ein Anspruch auf Rückzahlung des Vermögens des Gesellschafters (hier der Beklagte) an die AG gem. § 462 Abs. 2 KHGB[1011] denkbar, wenn der Gesellschafter unter dem Namen der Gesellschaft auf Verbindlichkeiten – z.B. Gelddarlehen – eingeht und das sich daraus ergebende Geld in seine Tasche steckt. Das ist als ungerechte Gewinnverteilung anzusehen. Nach § 462 Abs. 2 KHGB kann der Gesellschaftsgläubiger Rückzahlung verlangen, wenn die Gewinnverteilung nicht ordnungsgemäß stattfindet. Wenn der Gläubiger darüber hinaus durch eine solche Gewinnverteilung Schaden erleidet, kann er auch aufgrund § 401 KHGB gegenüber dem Vorstandsmitglied (hier dem Beklagten) Schadensersatz geltend machen. In diesem Zusammenhang kann man aus § 401 KHGB eine Lösung ohne Durchgriff herleiten.[1012] In diesem Fall kommt auch die Haftung des Vorstandsmitglieds aus einer unerlaubten Handlung (§ 750 KBGB bes. i.V.m. § 347 KStGB: Geldbetrug) in Betracht. Man kann jedoch nicht daraus schließen, daß § 401 KHGB auch auf Fälle der Vermögensvermischung bei anderen körperschaftlichen juristischen Personen (GmbH, BGB-Verein)[1013] analog anzuwenden ist, welche keine solche Spezialvorschrift über die Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber Dritten enthalten. Dafür könnte man als Lösung ein Verbot des *venire contra factum proprium* in Betracht ziehen, welches aus § 2 KBGB (Treu und Glauben) herzuleiten ist.

Problematisch ist die Lösung für Unterkapitalisierung. Das koreanische Recht enthält keine Regelung über die persönliche Haftung der Gesellschafter der unterkapitalisierten Gesellschaft. Daher stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Gesellschafter der unterkapitalisierten Gesellschaft persönlich haften. Jedoch ist diese Problematik in Korea bisher kaum diskutiert worden. Die in Deutschland herausgear-

---

1010 § 401 lautet: [Haftung gegenüber Dritten]
(1) Vorstandsmitglieder, die vorsätzlich oder grob fahrlässig ihre Pflichten verletzt haben, sind Dritten gegenüber gesamtschuldnerisch zum Schadensersatz verpflichtet.
(2) Im Fall des vorigen Absatzes finden die Vorschriften des § 399 Abs. 2 und 3 entsprechende Anwendung.

1011 § 462 KHGB lautet: [Gewinnverteilung]
(1) Die Gesellschaft darf Gewinne verteilen bis zur Höhe des Nettobetrags der Vermögensgegenstände in der Jahresbilanz, der nach Abzug folgender Beträge verbleibt: 1. des Betrages des Grundkapitals, 2. des Gesamtbetrages der Kapital- und Gewinnrücklagen, die bis zum Jahresabschluß gebildet worden sind, 3. des Betrages, der als Rückgabe an dem betreffenden Jahresabschluß zu bilden ist.
(2) Ist Gewinn entgegen den Vorschriften des vorigen Absatzes verteilt worden, können Gläubiger der Gesellschaft Rückzahlung verlangen.
(3) Auf eine Klage im Sinne des vorigen Absatzes findet die Vorschrift des § 186 entsprechende Anwendung.

1012 In diesem Zusammenhang betrachtet Dong-Yun CHUNG § 401 KHGB als Ersatz für die Durchgriffsmethode in bezug auf die personalistische AG (Gesellschaftsrecht, S. 430).

1013 Die Anwendung der Durchgriffsmethode auf Personengesellschaften (OHG, KG) in Form des Haftungsdurchgriffs ist in Korea kein Thema, weil für Gesellschaftsverbindlichkeiten bei der OHG jeder Gesellschafter, bei der KG die Komplementäre unbeschränkt persönlich haften (vgl. §§ 212, 268 KHGB).

beiteten Feststellungsversuche und damit Arten der Unterkapitalisierung[1014] sind auch für die koreanische Rechtspraxis annehmbar. Somit scheidet bei der nominellen und einfachen Unterkapitalisierung die persönliche Haftung der Gesellschafter aus. Problematisch ist allerdings die qualifizierte Unterkapitalisierung. Im Falle der qualifizierten Unterkapitalisierung muß der Gesellschafter (hier der Beklagte) für den finanziellen Ausfall haften, den die Gläubiger durch Konkurs einer solchen Gesellschaft erleiden. Zur Begründung dieser Ausfallhafung sollte man – dem Begründungsansatz von *Peter Ulmer*[1015] folgend – von einem Sinnzusammenhang zwischen den Vorschriften über Mindestkapitalsicherung (§§ 329 Abs. 1, 546 Abs. 1 KHGB) und denen über Ausschluß der Gesellschafterhaftung ausgehen (§ 331, § 553 KHGB): Die gläubigerschützende Funktion des Mindestkapitals ist dann nicht gesichert, wenn das Eigenkapital im Krisenfall keine hinreichende Sicherheit bietet. In diesem Falle ist die in §§ 331, 553 KHGB normierte Haftungsbeschränkung, die ihre Rechtfertigung aus der gläubigerschützenden Funktion des Mindestkapitals erhält, nicht mehr gewährleistet. Dabei ist ein Beiseiteschieben der juristischen Person jedoch nicht notwendig. Beiseitegeschoben wird hier lediglich das Haftungsprivileg der Gesellschafter der unterkapitalisierten Gesellschaft, so daß den Gesellschaftsgläubigern der Zugriff auf das Privatvermögen des Gesellschafters ermöglicht wird, ohne daß ein subjektives Element (z.B. die Absicht der Gesellschafter des Mißbrauchs der juristischen Person) nachzuweisen ist – im Gegensatz zur Haftung aus deliktischen Handlungen.

(β) Der Reederei-Fall ist ein typischer Fall des Haftungsdurchgriffs aufgrund von Sphärenvermischung: Die rechtlichen Sphären der Gesellschaften A, B und C sind nicht voneinander getrennt, so daß sich die Selbständigkeit der jeweiligen Gesellschaften nicht nach außen hin erkennen läßt (etwa gemeinsames Büro, identisches Personal, Tätigkeit im selben Geschäftszweig u.s.w.). Hinzu kommt, daß der Kapitän des fraglichen Schiffes und der Filialleiter der Zweigstelle von C in Tokio bei der *Hyundai* Schiffbaugesellschaft den Eindruck erweckt haben, daß Gesellschaft C Eigentümer des Schiffes sei. Der KOGH hat in diesem Fall im Ergebnis eine Durchgriffshaftung wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben bzw. wegen Mißbrauchs der juristischen Person anerkannt. Aber nach dem Prinzip »Durchgriff als *ultima ratio*« liegt die Lösung dieses Sphärenvermischungsfalls nicht in einer Durchgriffshaftung, sondern in einer Vertrauenshaftung kraft Rechtsscheins[1016] als selbständigem Verpflichtungsgrund.

1014 Siehe vor allem HACHENBURG-ULMER, Anh. § 30 GmbHG Rz. 12–23.

1015 Vgl. HACHENBURG-ULMER, Anh. § 30 GmbHG Rz. 50 ff.; ders., Festschrift für Konrad DUDEN, S. 661, 676.

1016 Nach der herkömmlichen Ansicht in Korea ist das Haftungssystem dichotomisch in Vertragshaftung und in Deliktshaftung zu teilen. Demgegenüber schlägt JAE-HYOUN CHANG im Anschluß an den Ansatz von CANARIS eine Dreiteilung des Haftungssystems im geltenden koreanischen Zivilrecht vor, nämlich in Vertragshaftung, Deliktshaftung und Vertrauenshaftung (Vgl. Claus-Wilhelm CANARIS, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, München 1981; Jae-Hyoun CHANG, Ein Studium über die Rechtslehre vom Schutz des Vertrauens im koreanischen Zivilrechts, Diss. Sung Kyun KWAN Universität/ Seoul Korea 1990)

Wenn in diesem Fall lediglich die Gewährleistung von Anforderung des Auftragnehmers (hier *Hyundai* Schiffbaugesellschaft) in Frage kommt, kann man schon innerhalb der seehandelsrechtlichen Vorschriften eine Lösung finden, ohne die Durchgriffsmethode zu verwenden: Nach § 861 Abs. 1 Nr. 5 KHGB hat ein Schiffsgläubiger ein gesetzliches Vorzugsrecht an dem Schiff, Schiffszubehör und Frachtgeld für die Forderungen, die sich aus einem Vertrag ergeben, den der Kapitän aufgrund von Notwendigkeit der Instandhaltung des Schiffes oder der Fortsetzung der Reise außerhalb des Verschiffungshafens von Amts wegen abgeschlossen hat. Der KOGH hätte sich für die Abweisung der Drittwiderspruchsklage auf diese Vorschrift berufen können.[1017]

3. Ergebnis

Man könnte die meisten als Durchgriffsfall bezeichneten Fälle allein durch angemessene Auslegung, analoge Anwendung vorhandener Zurechungs- und Haftungsnormen oder allgemeiner Rechtsprinzipien lösen, ohne den Durchgriff einzusetzen. Dabei ist das Beiseiteschieben der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person nicht erforderlich. Das Trennungsprinzip ist, wie *Serick* und *Wilhelm* treffend hervorheben, ein ernstzunehmendes (*Wilhelm*[1018]) Charakteristikum der juristischen Person (*Serick*[1019]). Der Durchgriff, der zur Relativierung des Trennungsprinzips führt, kann nur in begrenzten Fälle als *ultima ratio* verwendet werden. Die Lösung mit Hilfe des Durchgriffs ist nur dort denkbar, wo sich eine Regelungslücke findet und daher kein besonderer Zurechnungs- bzw. Verpflichtungsgrund besteht, aber der Schutz der Gesellschaftsgläubiger nicht vernachlässigt werden darf. Als ein solcher Ausnahmefall sei der Fall der (qualifizierten) Unterkapitalisierung anzuführen: Von den Sondervorschriften des KWG, KAGG und VAG abgesehen, enthalten das geltende deutsche bzw. koreanische Gesellschaftsrecht keine Vorschriften über die Verpflichtung der Gesellschafter zu angemessener Kapitalausstattung ihrer Gesellschaftt, welche auf Vermeidung der (qualifizierten) Unterkapitalisierung abstellt.[1020] Jedoch ist die Notwendigkeit des Gläubigerschutzes vor dem Schaden infolge der qualifizierten Unterkapitalisierung in der Rechtspraxis groß. In diesem Falle kann man zur Begründung der persönlichen Haftung der Gesellschafter einen Haftungsdurchgriff heranziehen. In bezug auf Durchgriffshaftung (bes. aufgrund von Unterkapitalisierung) sollte man jedoch nicht die Einschränkung des Haftungsprivileges mit der herkömmlichen Durchgriffsvorstellung, Mißachtung der Rechtsform der juristischen Person, verknüpfen. Man sollte vielmehr zwischen dem Problem der Selbständigkeit der juristischen Person und dem der Gesellschafterhaftung trennen. Wenn eine Gesellschaft als juristische Person anerkannt wird, steht ihre Selbständigkeit als Zuordnungssubjekt von Rechten und Pflichten nicht in Frage, obwohl sie mit völlig unzureichendem Kapital ausgestattet ist. Die Anerken-

---

1017 Vorsichtig eine ähnliche Stellung zieht Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 29.

1018 WILHELM, Rechtsform und Haftung, S. 12; Siehe oben Fn. 892.

1019 SERICK, Rechtsform und Realität, S. 1; Siehe oben Fn. 874.

1020 Es ist umstritten in Deutschland, ob das deutsche Recht überhaupt eine solche Kapitalausstattungspflicht vorsieht. Die herrschende Meinung verneint das: Dazu vgl. nur Weitbrecht, Haftung der Gesellschafter, S. 66 ff. m.w.N. Aber dagegen WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 569. In Korea besteht keine abweichende Meinung.

nung der juristischen Person richtet sich aus Rechtssicherheitsgründen nicht nach der Höhe des Grundkapitals, sondern hängt ausschließlich von der Registereintragung ab.[1021] Falls aber die Gesellschafter die juristische Person von vornherein eindeutig bzw. offenkundig nicht mit hinreichendem Kapital ausgestattet haben, rechtfertigt der Sinnzusammenhang zwischen Kapitalsicherungsvorschriften und Haftungsbeschränkung der Gesellschafter, daß der Haftungsausschluß der Gesellschafter entfällt. Der Haftungsausschluß der Gesellschafter ist nicht notwendig mit der Anerkennung der Gesellschaft als selbständige juristische Person verbunden.[1022] Im Fall der Durchgriffshaftung wird das Trennungsprinzip, also die Verselbständigung der juristischen Person von ihren Mitgliedern, nicht gänzlich beseitigt. Vielmehr wird – wie *Wiedemann*[1023] treffend bildhaft ausdrückt – nur der »Schutzschild der Haftungsbeschränkung zur Seite geschoben«, so daß die Gesellschaftsgläubiger zusätzlich das Privatvermögen des Gesellschafters in Anspruch nehmen können.

VI. Exkurs: Gesellschafterfreundlicher Durchgriff und umgekehrter Durchgriff

Bei den bisher erörterten Fällen geht es um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen zugunsten eines außenstehenden Dritten – meistens eines Gesellschaftsgläubigers – ein Durchgriff durch die juristische Person auf die maßgeblichen Mitglieder zulässig ist. Die vorliegende Untersuchung hat im Anschluß an die Normanwendungsansätze ergeben, daß ein Durchgriff grundsätzlich kein notwendiges Rechtsmittel ist; er ist nur im Fall der qualifizierten Unterkapitalisierung hinsichtlich der Normergänzung und des Gläubigerschutzes verwendbar. Im Gegenzug dazu geht es beim sog. umgekehrten bzw. gesellschafterfreundlichen Durchgriff um die Frage, ob man durch die maßgeblichen Mitglieder auf die juristische Person durchgreifen kann. Dabei sind der umgekehrte Durchgriff und der gesellschafterfreundliche Durchgriff voneinander zu unterscheiden.[1024]

Der umgekehrte Durchgriff liegt dann vor, wenn eine juristische Person für Privatverbindlichkeiten ihrer Mitglieder in Anspruch genommen wird. Einige Autoren[1025] halten einen umgekehrten Durchgriff für zulässig. Dagegen wird ein derartiger umgekehrter Haftungsdurchgriff im größten Teil sowohl des deutschen als auch des koreani-

1021 Vgl. HACHENBURG-ULMER, Anh. § 30 GmbHG Rz. 52. Zur Entstehung der juristischen Person: siehe § 3 in dieser Arbeit.

1022 HACHENBURG-ULMER, Anh. § 30 GmbHG Rz. 52. m.w.N.

1023 WIEDEMANN, WM Sonderbeilage Nr. 4/ 1975, S. 18; ders., Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 221.

1024 Vgl. HACHENBURG-MERTENS, Anh. § 13 GmbHG Rz. 23 ff. bes. Fn. 24; SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG Rz. 94 ff.; LUTTER/ HOMMELHOFF, § 13 GmbHG, Rz. 19 ff. Demgegenüber unterscheidet WIEDEMANN die beide Begriffe nicht (Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 228).

1025 SERICK, Rechtsform und Realität, S. 32, 79 ff.; DROBNIG, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, S. 68 ff.; KUHN, Strohmanngründung, S. 189 ff.; MÖLLERS, Internationale Zuständigkeit bei der Durchgriffshaftung, S. 33.

schen Schrifttum abgelehnt.[1026] Dabei wird zutreffend begründet, daß das Vermögen der Gesellschaft ausschließlich ihren eigenen Gläubigern vorbehalten bleiben muß.

Der BGH hat sich in einem Urteil vom 12. 12. 1990[1027] mit einem Fall beschäftigt, in dem der Beklagte gegen den Anspruch einer GmbH auf Zahlung eingewandt hat, daß der Geschäftsführer der GmbH ihm persönlich Freistellung von dieser Verbindlichkeit zugesagt habe. Der BGH hat in diesem Urteil einen umgekehrten Haftungsdurchgriff ausdrücklich verneint. Dafür hat er unter Hinweis auf die herrschende Ansicht erklärt, ein umgekehrter Durchgriff sei mit den Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Gesetzes unvereinbar, außerdem sei das Vermögen der GmbH ausschließlich für ihre Gläubiger reserviert.

Da die Zulassung eines umgekehrten Haftungsdurchgriffs die Interessen der Gesellschaftsgläubiger übermäßig beeinträchtigen kann, ist ein solcher Durchgriff abzulehnen. Die juristische Person ist für das Verhalten eines Mitglieds in seiner persönlichen Sphäre nicht verantwortlich, es sei denn, daß es als Organperson für die juristische Person fungiert (vgl. § 31 BGB, § 35 KBGB).

Von dem gesellschafterfreundlichen Durchgriff kann man dann sprechen, wenn ein Alleingesellschafter im eigenen Interesse einen Durchgriff auf die juristische Person geltend macht. Der BGH hat sich in den 70er Jahren in zwei schadensrechtlichen Entscheidungen mit dem gesellschafterfreundlichen Durchgriff befaßt.

Dem ersten BGH-Urteil vom 13. 11. 1973[1028] lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Alleingesellschafter einer GmbH wurde in das Schuldnerverzeichnis (§ 915 ZPO) eingetragen, weil sein Rechtsanwalt pflichtwidrig den Offenbarungstermin versäumt hatte. Infolge des Eintrags entzog eine Bank der GmbH den Kredit. Der Alleingesellschafter verlangte von dem Rechtsanwalt aufgrund der Verletzung der Anwaltspflicht einen Schadensersatz. Der BGH billigte dem Kläger (Alleingesellschafter) einen eigenen Schadensersatzanspruch zu und formulierte dabei folgenden Leitsatz:

> »Wird der Alleingesellschafter einer GmbH von einem Dritten schuldhaft verletzt und tritt der Schaden an seinem ›Sondervermögen‹, seiner Gesellschaft, ein, so kann es nach Lage des Falls im Verhältnis zum Schädiger so angesehen werden, daß ihn persönlich ein Schaden getroffen hat.«

Diese Auffassung, die von der Anerkennung des gesellschafterfreundlichen Durchgriffs ausging, ist im Schrifttum mehrfach kritisiert worden.[1029]

1026 [Deutschland] BAUMBACH/ HUECK, § 13 GmbHG Rz. 18; LUTTER/ HOMMELHOFF, § 13 GmbHG, Rz. 19; SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG Rz. 94; HACHENBURG-MERTENS, Anh. § 13 GmbHG, Rz. 24; ROWEDER, § 13 GmbHG Rz. 31; Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 254; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 228; KölnKomm-KRAFT, § 1 AktG Rz. 62.
[Korea] Dong-Yun CHUNG, Gesellschaftsrecht, S. 30; LEE & LEE, Gesellschaftsrecht, S. 43.

1027 NJW-RR 1990, 738 = GmbHR 1990, 295 = WM 1990, 632.

1028 BGHZ 61, 380 ff.

1029 Vgl. Karsten SCHMIDT, GmbHR 1974, S. 178 ff.; KÜBLER, Gesellschaftsrecht, S. 304; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 239 ff.; WILHELM, Rechtsform und Haftung, S. 380 ff.; FLUME, Juristische Person, S. 77 ff.; JOHN, JZ 1979, S. 511, 515; HUECK, Gesellschaftsrecht, § 36 II 5 b) ff).

Anschließend hat sich der BGH in dem Urteil vom 8. 2. 1977[1030] mit dem folgenden Fall beschäftigt: Ein Alleingesellschafter einer AG wurde bei einem vom Beklagten verschuldeten Skiunfall erheblich verletzt und dadurch für einige Zeit arbeitsunfähig. Er machte nun geltend, der AG sei wegen des Unfalls Gewinn entgangen, weil gewisse Lieferverträge allein durch seine erzwungene Untätigkeit nicht zur Durchführung gekommen seien, und verlangte diesen Betrag im eigenen Namen vom Beklagten. Der BGH hat die Auffassung seiner ersten Entscheidung in dem Leitsatz bestätigt:

> »Wird der geschäftsführende Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft infolge Unfallverletzung arbeitsunfähig und entgeht seiner Gesellschaft dadurch ein Geschäftsgewinn, so kann er diesen Verlust als eigenen Schaden von dem für den Unfall Verantwortlichen ersetzt verlangen (Bestätigung von BGHZ 61, 380 ff. = NJW 1974, 134).«

Aber der BGH hat für die Begründung abweichend von der ersten Entscheidung die Durchgriffsargumentation aufgegeben und versucht, die Problematik unter schadensersatzrechtlichen Aspekten in den Griff zu bekommen.

Ebenso wie man die meisten Durchgriffsfälle zu Lasten des Gesellschafters mit Hilfe von Normanwendung oder allgemeinen Rechtsprinzipien lösen kann, sollte man auch für die Schadensberechtigung in den gesellschafterfreundlichen Durchgriffsfällen nach allgemeinen Rechtsprinzipien suchen. In Betracht zu ziehen ist für die Lösung beider Fälle »Drittschadensliquidation« und ggf. »Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte«.[1031] Insoweit ist ein gesellschafterfreundlicher Durchgriff abzulehnen.

1030 BGH, NJW 1977, 1283 ff.

1031 Vgl. v.a. JOHN, JZ 1979, S. 511 ff. Auch zustimmend SCHOLZ-EMMERICH, § 13 GmbHG, Rz. 96; HACHENBURG-MERTENS, Anh. § 13 GmbHG Rz. 27; RAISER, Kapitalgesellschaften, S. 337; ferner schon HÜFFER, NJW 1977, S. 1283, 1285.

Zusammenfassung

Die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

Zu § 1: Die Untersuchung über die klassischen Theorien zur juristischen Person hat ergeben, daß *Savigny* – anders als bislang angenommen wurde – die Existenz der juristischen Person nicht geleugnet hat, und daß *Gierke* zwar die Realität der juristischen Person betont, ihr Wesen aber nicht wirklich klar dargestellt hat. Hinsichtlich der Entstehung der juristischen Person haben sowohl *Savigny* als auch *Gierke* staatliche Mitwirkung als erforderlich betrachtet. In dieser Beziehung gibt es zwischen Lehren von *Savigny* und *Gierke* im Grunde keinen Widerspruch.

Heute überwiegt in der Literatur die Ansicht, daß die Theorien zur juristischen Person für die Rechtspraxis keine Bedeutung mehr haben. Dem ist aber nur unter der Bedingung zuzustimmen, daß für alle die juristische Person umgebenden Probleme ausgereifte gesetzliche Regelungen vorhanden sind. Da das aber nicht der Fall ist, besteht für die Rechtsfigur »Juristische Person« nach wie vor Erklärungsbedarf. Die (historischen) Theorien zur juristischen Person sollten daher nicht für die Klärung der polemischen Frage bemüht werden, ob die juristische Person »Fiktion« oder »Realität« ist. Sinnvoller wäre vielmehr, auf der Grundlage dieser Theorien Lösungen für heutige verbandsrechtliche Probleme zu suchen.

Zu § 2: Was die Arten der juristischen Person betrifft, erkennen sowohl das deutsche als auch das koreanische BGB nur Vereine und Stiftungen an, nicht aber eine Mischform von beiden. Vereine und Stiftungen können zwar begrifflich als »das ideale Ganze« der Wirkungseinheit bezeichnet werden, jedoch spielen personelle Elemente in der Unterscheidung beider eine gewisse Rolle.

Betreffs der Verbandsformen unterscheidet man in Deutschland überlicherweise Körperschaften und Personengesellschaften. Abgesehen vom nichtrechtsfähigen Verein, sind Körperschaften allesamt juristische Personen. Demgegenüber sind die Personengesellschaften sämtlich keine juristischen Personen. Jedoch steht heute dank der Gruppen-Lehre außer Zweifel, daß Personenhandelsgesellschaften Rechtssubjekte sind, welche Teilrechtsfähigkeit besitzen. Im Vergleich dazu erkennt das koreanische HGB als Handelsgesellschaften nach dem *numerus clausus* der Gesellschaftsformen nur AG, GmbH, OHG und KG an. Diese sind allesamt juristische Personen. Ein Formwechsel kann jedoch im koreanischen Recht innerhalb der Personengesellschaften (nur zwischen OHG und KG) bzw. der Kapitalgesellschaften (nur zwischen AG und GmbH) erfolgen. Insofern basiert das KHGB auf dem Konzept der Unterscheidung zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften.

Während das deutsche BGB bei dem nichtrechtsfähigen Verein auf das Recht der Gesellschaft verweist und dem für den Verein Handelnden persönliche Haftung auferlegt (§ 54 BGB), wird im koreanischen Recht ein nichtrechtsfähiger gegenüber einem rechtsfähigen Verein nicht benachteiligt. Er besitzt sogar im koreanischen Recht aktive

Parteifähigkeit und Grundbuchfähigkeit, welche im deutschen Recht nicht anerkannt sind. Diese unterschiedliche Rechtsstellung des nichtrechtsfähigen Vereins nach dem deutschen und koreanischen Recht hängt mit den unterschiedlichen Systemen zur Erlangung der Rechtsfähigkeit zusammen: Ein Idealverein bedarf dazu in Deutschland einer Eintragung, in Korea einer behördlichen Genehmigung.

Zu § 3: Abgesehen von der Entstehungsweise *uno actu* vollzieht sich die Entstehung der juristischen Person in zwei Schritten, nämlich Gründung und Erlangung der Rechtsfähigkeit. Hinsichtlich der Verselbständigung der Rechtssubjekte nimmt ein Verband, welcher anstrebt körperschaftliche juristische Person zu werden, bereits im Gründungsstadium als Rechtsträger am Rechtsverkehr teil. In einem BGH-Urteil von 1956 wurde erstmals ein Gründungsverband als Organisation *sui generis* angesehen. Diese Sichtweise bereitete der Durchsetzung der Einheitstheorie den Weg, welche besagt, daß Gründungsverband und spätere juristische Person identisch sind. Der BGH legte mit einem Urteil vom 9. 3. 1981 den Grundstein für die vollständige Kontinuität der Rechtsverhältnisse zwischen Gründungsverband und späterer juristischer Person, indem er das Vorbelastungsverbot aufgab und statt dessen das Prinzip der Differenzhaftung aufstellte. Dieses Konzept ist auch für die künftige koreanische Rechtspraxis annehmbar.

Im Unterschied zum Gründungsverband einer körperschaftlichen juristischen Person ist die Existenz einer Vor-Stiftung in Deutschland abzulehnen, weil im deutschen Stiftungsrecht die Entstehung eines der Rechtsfähigkeit fähigen Gebildes mit der Erlangung der Rechtsfähigkeit zusammenfällt. Im Vergleich dazu wird die Vor-Stiftung in Korea generell angenommen, weil bezüglich der Erlangung der Rechtsfähigkeit nach dem Zeitpunkt der behördlichen Genehmigung noch eine Eintragung ins Stiftungsregister verlangt wird.

Bezüglich der Systeme zur Erlangung der Rechtsfähigkeit sollte man formelle und materielle Elemente unterscheiden. Demzufolge herrscht das System der Normativbestimmungen, welches für jede Verbandsbildung allgemein gilt, auf der materiellen Ebene. Hingegen befindet sich das Registrierungssystem oder Konzessionssystem auf der formellen Ebene. Hierbei geht es nur um die Frage des Verfahrens zur Erlangung der Rechtsfähigkeit.

Der Modus zur Beendigung der juristischen Person teilt sich in die Beendigung durch Auflösung bzw. Liquidation und in die liquidationslose Beendigung auf. Die erste erfolgt stufenweise, die letzte *uno actu*. Im deutschen Recht führt für Kapitalgesellschaften das Zusammentreffen von Vermögenslosigkeit und Löschung im Handelsregister zur Vollbeendigung der juristischen Person. Ebenso hat im koreanischen Recht die Kombination von Vermögenslosigkeit und Eintragung des Liquidationsabschlusses das Ende der juristischen Person zur Folge.

Zu § 4: Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person ist grundsätzlich umfassend und unbeschränkt. Im Vergleich dazu besitzen andere Gebilde, die nach dem Gesetz nicht rechtsfähig sind, in bestimmten Rechtsbeziehungen nur Teilrechtsfähigkeit.

Es ist zwar allgemein bekannt, daß die ultra-vires-Doktrin dem deutschen Privatrecht fremd ist, aber Spuren des ultra-vires-Gedankens sind nicht selten im Liquidations- und Gründungsrecht zu finden. Wenn man jedoch von der Identität zwischen dem eigentli-

chen Verbandszweck und Gründungs- bzw. Liquidationszweck ausgeht, dann gibt es keinen Raum für die ultra-vires-Doktrin mehr.

Während die anglo-amerikanische ultra-vires-Doktrin durch Übernahme des Wortlaut des § 43 des japanischen BGB in § 34 des koreanischen BGB normiert worden ist, ist sie für Handelsgesellschaften im koreanischen HGB gesetzgeberisch nicht rezipiert worden. Dies führte zur Sonderentwicklung der Rechtsprechung und Rechtslehre in Korea: Die Rechtsprechung tendiert dazu, für den nichtwirtschaftlichen Verein den Satzungszweck relativ eng auszulegen, für den wirtschaftlichen Verein vergleichsweise weit. Unter den Gesellschaftsrechtlern hat sich weitgehend die Ansicht durchgesetzt, daß § 34 KBGB auf Handelsgesellschaften keine Anwendung findet, dementsprechend die Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft nicht durch ihren Gesellschaftszweck beschränkt ist. Demgegenüber überwiegt in der zivilrechtlichen Literatur noch die Ansicht, wonach die juristische Person (Verein und Stiftung) nach § 34 KBGB nur im Rahmen des Satzungszwecks rechtsfähig ist. Daher empfiehlt es sich, in Hinblick auf die Verkehrssicherheit § 34 KBGB *de lege ferenda* aufzuheben.

Zu § 5: Bezüglich der Diskussion um den Durchgriff herrscht heute die Ansicht vor, wonach eine einheitliche Konzeption der Durchgriffsproblematik aufzugeben sei, und statt dessen für den sog. Durchgriffsfall durch Interpretation der im geltenden Recht verankerten Vorschriften bzw. der allgemeinen Rechtsprinzipien Lösungen zu suchen seien. Der Durchgriff sei dabei nur als *ultima ratio* zu verwenden. Die Untersuchung mit Hilfe von Fallkonstellationen erweist, daß diese Ansicht grundsätzlich haltbar ist. Die meisten als Durchgriff gekennzeichneten Fälle können allein durch Auslegung oder Anwendung vorhandener Normen bzw. allgemeiner Rechtsprinzipien gelöst werden. Dabei findet keine Relativierung des Trennungsprinzips statt. Der Durchgriff als *ultima ratio* ist nur im Fall der qualifizierten Unterkapitalisierung in Betracht zu ziehen. In diesem Fall bleibt die Selbständigkeit der juristischen Person unberührt; nur das Haftungsprivileg wird den Gesellschaftern entzogen.

Der gesellschafterfreundliche Durchgriff ist in Hinblick auf den Schutz der Interessen der Gesellschaftsgläubiger abzulehnen. Der umgekehrte Durchgriff ist kein notwendiges Rechtsinstitut, weil er durch allgemeine Rechtsprinzipien zu ersetzen ist.

Literaturverzeichnis

I. Deutsch- und englischsprachige Literatur

Alternativkommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Neuwied 1979.

ARNOLDI, Reinhold, Die Haftung der juristischen Person für ihre Organe nach deutschem und koreanischem Recht, Kritischer Beitrag zu den Problemen der Rezeption von Gesetzen im ostasiatischen Kulturkreis, Berlin, 1997.

BALLERSTEDT, Kurt / SALZWEDEL, Jürgen, Soll das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlicht und reformiert werden, gegebenenfalls mit welchen Grundzügen?, Verhandlungen des 44. DJT in Hannover 1962, Bd. I (Gutachten), 5. Teil., Tübingen 1962 (zitiert als Ballerstedt, DJT-Stiftungsrecht).

V. BAR, Christian/ V. CAROLSFELD, Schnorr, Anmerkung zu einem Urteil des BVerwG. v. 24. 4. 1979 – 1C 8. 74 –.BVerwGE Bd. 58, S. 26; NJW 1979, S. 2261, ZGen. 13 (1981), S. 57 ff.

BAUER, Fritz/ STÜRNER, Rolf, Lehrbuch des Sachenrechts, 17. Aufl., München 1998 (zitiert als Bauer/ Stürner, Sachenrecht).

BAUMBACH, Adolf/ HUECK, Alfred, Kurzkommentar zum GmbH-Gesetz, begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt von Alfred Hueck, bearbeitet von Götz HUECK, Joachim Schulze-Osterloh, Wolfgang Zöllner, 16. Aufl., München 1996.

BAUSCHKE, Hans-Joachim, Durchgriff bei juristischen Personen, BB 1975, S. 1322 ff.

BAYER, Michael, Die liquidationslose Fortsetzung rechtsfähiger Idealvereine, Zur formwechselnden Umwandlung rechtsfähiger Idealvereine auf der Grundlage eigener Rechtssubjektivität des nichtrechtsfähigen Vereins, Berlin 1987.

BEITZKE, Günter, Mitgliedlose Vereine, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg, Graz 1965, S. 19 ff.

BESELER, Georg, Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843.

BOUJONG, Karlheinz, Das Trennungsprinzip des § 13 Abs. 2 GmbHG und seine Grenzen in der neueren Judikatur des Bundesgerichtshofes, in: Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Berlin/ New York 1996, S. 739 ff.

BORK, Reinhard, Die als vermögenslos gelöschte GmbH im Prozeß, JZ 1991, S. 841 ff.

ders. ,Zurechnung im Konzern, ZGR 1994, S. 237 ff.

BÖTTCHER, Roland, Die Beendigung des rechtsfähigen Vereins, Kritische Darstellung mit Änderungsvorschlägen, Rpfleger, 1988, S. 169 ff.

BREHM, Wolfgang, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl., Stuttgart/ München/ Hannover/ Berlin/ Weimar/ Dresden 1997.

BREUNINGER, Gottfried, Die BGB-Gesellschaft als Rechtssubjekt im Wirtschaftsverkehr, – Voraussetzungen und Grenzen –, Köln 1991 (zitiert als Breuninger, BGB-Gesellschaft).

BRINZ, Alois, Lehrbuch der Pandekten, Band I, 2. Aufl., Erlangen 1873.

BRODMANN, Erich, Aktienrecht, Berlin/ Leipzig 1928.

BROX, Hans, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 20. Aufl., Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1996 (zitiert als Brox, AT des BGB).

BUCHNER, Gerhard,Amtslöschung, Nachtragsliquidation und masselose Insolvenz von Kapitalgesellschaften. Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1988.

BÜTTNER, Hermann, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen, Bielefeld 1967.

CAMPENHAUSEN, Axel, Religiöse Wirtschaftsbetrieb als Idealverein?, NJW 1990 S. 887 ff.

CANARIS, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, München 1981.

CHAUSSADE/ KLEIN, Bernadette,Gesellschaftsrecht in Frankreich, 1. Aufl., München 1993.

COING, Helmut, Zum Problem des sogenannten Durchgriffs bei juristischen Personen, NJW 1977, S. 1793 ff.

ders., Europäisches Privatrecht, Band II: 19. Jahrhundert, München 1989.

DILCHER, Gerhard, Rechtsfragen der sog. Vorgesellschaft, JuS 1966, S. 89 ff.

DROBNIG, Ulrich, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt/ Berlin 1959.

EBERSBACH, Harry, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, Göttingen 1882.

EGGERT, Manfred, Die ultra-vires-Lehre als Schranke organschaftlichen Handelns nach deutschem und US-amerikanischem Gesellschaftsrecht, JA 1978, S. 6 ff.

EICHLER, Hermann, Personenrecht, Wien/ New York 1983.

EISENHARDT, Ulrich, Gesellschaftsrecht, 7. Aufl., 1996.

EMMERICH, Volker/ SONNENSCHEIN, Jürgen, Konzernrecht, 6. Aufl., 1997.

ENNECCERUS, Ludwig/ NIPPERDEY, Hans Carl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1958 (zitiert als Enneccerus/ Nipperdey, AT)

ERLINGHAGEN, Peter, Haftungsfragen bei einer unterkapitalisierten GmbH, GmbHR, 1962, S 169 ff.

ERMAN, Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, begründet von Walter Erman, hrsg. von Harm Peter WESTERMAN, 9. Aufl., Münster 1993 (zitiert als Erman-Bearbeiter).

FABRICIUS, Fritz, Relativität der Rechtsfähigkeit, Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts, München/ Berlin, 1963.

FIKENTSCHER, Wolfgang, Schuldrecht, 9. Aufl., Berlin/ New York 1997.

FLUME, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I. Band, 1. Teil, Die Personengesellschaft, Berlin/ Heidelberg/ New York/ Tokyo 1977 (zitiert als Flume, Personengesellschaft).

ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Band, Das Rechtsgeschäft, 3. ergänzte Aufl., Berlin/ Heidelberg/ New York/ Tokyo 1979 (zitiert als Flume, Rechtsgeschäft)

ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I. Band, 2. Teil, Die juristischen Person, Berlin/ Heidelberg/ New York/ Tokyo 1983 (zitiert als Flume, Juristische Person)

ders., Die werdende juristische Person, in: Festschrift für Ernst Gessler zum 65. Geburtstag, München 1971, S. 3 ff.

ders., SAVIGNY und die Lehre von der juristischen Person, in: Festschrift für Franz Wieacker, Göttingen 1978, S. 340 ff.

ders., Körperschaftliche juristische Person und Personenverband, in: Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag, Stuttgart/ Berlin/ Köln/ Mainz 1987, S. 147 ff.

ders., Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), S. 177 ff.

ders., Der nichtrechtsfähige Verein, ZHR 148 (1984), S. 503 ff.

FORSTHOFF, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1973.

GEORGAKOPOULOS Leonidas N., Die Gründung der Aktiengesellschaft, Zugleich Versuch eines Beitrages zur Lehre von der juristischen Person, Hamburg 1959.

V. GIERKE, Otto, Das deutsche Genossenschaftsrecht, 1. Bd., Berlin 1868.

ders., Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887 (zitiert als Gierke, Genossenschaftstheorie).

ders., Deutsches Privatrecht, 1. Bd.: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895.

ders., Das Wesen der menschlichen Verbände, Neudruck der Ausgabe Berlin 1902, Darmstadt 1954.

ders., Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechts, 2. Aufl., Berlin 1902 (zitiert als Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit).

GOWER, L.C.B., Principles of modern company law, 5. Aufl., London 1992.

HABSCHEID, Walter J. ,Der nicht rechtsfähige Verein zwischen juristischer Person und Gesellschaft, AcP 155 (1956), S. 375 ff.

HACHENBURG, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Großkommentar, hrsg. von Peter Ulmer, 8. Aufl., Berlin/ New York 1992 (zitiert als Hachenberg-Bearbeiter)

HAFTER, Ernst, Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, Berlin 1903.

HECKELMANN, Dieter, Der Idealverein als Unternehmen?, AcP 179 (1979), S. 1 ff.

HEMMERICH, Hannelore, Möglichkeiten und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Idealverein, Heidelberg 1982

HENKEL, Wolfgang, Zur Theorie der Juristischen Person in 19. Jahrhundert, Geschichte der Kritik der Fiktionstheorien, Diss. Göttingen 1972.

HOPT, Klaus J./ HEHL, Günter/ VOLLRATH, Hans-Joachim, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., München 1996.

HÜBNER, Heinz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Berlin/ New York 1996 (zitiert als Hübner, AT des BGB).

HUECK, Götz, Gesellschaftsrecht, 19. Aufl., München 1991.

ders., Vorgesellschaft, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992, S. 127 ff.

HÜFFER Uwe, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., München 1996.

ders., Das Ende der Rechtspersönlichkeit von Kapitalgesellschaften, in: Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1987, S. 99 ff.

ISCHIKAWA, Akira/ LEETSCH, Ingo,Das japanische BGB in deutscher Sprache, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1985.

JAUERNIG/ SCHLECHTRIM/ STÜRNER/ TEICHMANN/ VOLLKOMMER, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl., München 1997 (zitiert als JauernigBGB-Bearbeiter).

V. JHERING, Rudolf, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 3, 5. Aufl., Leipzig 1906, Neudruck Darmstadt 1968 (zitiert als Jhering, Geist des römischen Recht III).

JOHN, Uwe, Die organisierte Rechtsperson, System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht, Berlin 1977.

ders., Gesellschafterfreundlicher Durchgriff?, Schadensersatzprobleme bei Schädigung eines für die Gesellschaft tätigen Einmanngesellschafters, JZ 1979, S. 511 ff.

JUNG, Umkirch Jost H., Zur Partei- und Grundbuchfähigkeit nichtrechtsfähiger Vereine, NJW 1986, S. 157 ff.

KAHLER, Ulrich, Die Haftung des Gesellschafters im Falle der Unterkapitalisierung einer GmbH, BB 1985, S. 1429 ff.

KAWAMOTO, Ichiro,Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, hrsg. Harald Baum und Ulrich Drobnig, Berlin/ New York 1994.

KELSEN, Hans, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, unveränderter Nachdruck, Wien 1976.

KITAKAWA, Zentaro, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, Frankfurt am Main/ Berlin 1970.

KNAUTH, Klaus-Wilhelm, Die Ermittlung des Hauptzwecks bei eingetragenen Vereinen, JZ 1978, S. 339 ff.

KOLLHOSSER, Helmut, Der Verzicht des rechtsfähigen Vereins auf seine Rechtsfähigkeit, ZIP 1984, 1434 ff.

Kölner Kommentar, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1. §§ 1–75 AktG, 2. Aufl., Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1988 (zitiert als KölnKomm-Bearbeiter).

KOPP, Ferdinand, Religionsgemeinschaften als wirtschaftliche Vereine i. s. von § 22 BGB, NJW 1989, S. 2497 ff.

ders., Nochmals: Religiöse Wirtschaftsbetriebe als Idealvereine?, NJW 1990, S. 2669 ff.

KRAFT, Alfons/ KREUTZ, Peter, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Neuwied 1997.

KROPFF, Bruno, Aktiengesetz, Düsseldorf 1965.

KRONKE, Herbert, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, Tübingen 1988.

KÜBLER, Friedrich, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Heidelberg 1994.

ders., Rechtsfähigkeit und Verbandsverfassung, Überlegungen zur Problematik der als nicht-rechtsfähige Vereine organisierten Gewerkschaften, Berlin/ New York 1971.

KUHN, Georg, Haften die GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin/ New York 1979, S. 351 ff.

KUHN, Ottmar, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964 (zitiert als Ottmar Kuhn, Strohmanngründung).

LARENZ, Karl, Rechtsperson und subjektives Recht, Berlin 1935.

ders., Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989 (zitiert als Larenz, AT).

ders., Schuldrecht, Bd. 2: Besonderer Teil, 12. Aufl., München 1981.

ders., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/ Heidelberg/ New York/ London/ Paris/ Tokyo/ Hong Kong/ Barcelona/ Budapest 1991.

LARENZ, Karl/ WOLF, Manfred, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997 (zitiert als Larenz/ Wolf, AT).

LEHMANN, Heinrich/ HÜBNER, Heinz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Aufl., Berlin 1966 (zitiert als Lehmann/ Hübner, AT des BGB).

LUTTER, Marcus/ HOMMELHOFF, Peter, GmbH-Gesetz Kommentar, 14. Aufl., Köln 1995.

LUTTER, Markus, Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe, ZGR 1982, S. 244 ff.

MEDICUS, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., Heidelberg 1997 (zitiert als Medicus, AT des BGB).

ders., Schuldrecht II: Besonderer Teil, 8. Aufl., München 1997.

MÖLLERS, Christoph, Internationale Zuständigkeit bei der Durchgriffshaftung, Bielefeld 1987.

Motive, Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Band I: allgemeiner Teil, Berlin/ Leipzig 1888.

MÜLLER, Klaus, Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im Aktienrecht, ZGR 1977, S. 1 ff.

MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram, Zur Lehre vom sogenannten »Durchgriff« bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156 (1957), S. 522 ff.

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Hrsg. Hans-Joachim Priester, Bd. 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, München 1996 (zitiert als MünchHdb.GesR III-Bearbeiter).

Münchener Kommentar, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Kurt Rebmann/ Franz Jürgen Säcker, München 1993 ff. (zitiert als MünchKomm-Bearbeiter)

MUGDAN, Benno, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I: Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Berlin 1899, Neudruck Aalen 1979.

MUMMENHOFF, Winfried, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit, – Die staatliche Mitwirkung bei der Verselbständigung des bürgerlichen Vereins –, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1979.

NITSCHKE, Manfred, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, Bielefeld 1970.

OSTHEIM, Rolf, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht, Ein Beitrag zur Auslegung des § 26 ABGB, Wien 1967 (zitiert als Ostheim, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden).

OTT, Claus, Recht und Realität der Unternehmenskorporation, Tübingen 1977.

PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 57. Aufl., München 1998 (zitiert als Palandt-Bearbeiter).

PASCHKE, Marian, Rechtsfragen der Durchgriffsproblematik im mehrstufigen Unternehmensverbund, AG 1988, S. 196 ff.

PAURA, Jörg, Liquidation und Liquidationspflichten, Pflichten von Organen und Mitgliedern nach Auflösung der Gesellschaft, Diss. Hamburg 1996.

PAWLOWSKI, Hans-Martin,Allgemeiner Teil des BGB, Grundlehren des bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., Heidelberg 1998 (zitiert als Pawlowski, AT des BGB).

PETERS, Frank, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Heidelberg 1991.

PLEIMES, Dieter, Irrwege der Dogmatik im Stiftungsrecht, Münster/ Köln 1954.

PUCHTA, Georg Friedrich, Pandekten, 11. Aufl., Leipzig 1872 (von Adolf Friedrich Rudorff).

RAISER, Thomas, Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969.

ders., Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., München 1992 (zitiert als Raiser, Kapitalgesellschaften).

ders., Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts, AcP 194 (1994) S. 495 ff.

REGELSBERGER, Ferdinand, Pandekten, 1. Bd., Leipzig 1893.

REHBINDER, Eckard, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht, Bad Homburg v.d.H./ Berlin/ Zürich 1969 (zitiert als Rehbinder, Konzernaußenrecht).

ders., Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin/ New York 1979, S. 579 ff.

REICHERT, Bernhard/ VAN LOOK, Frank/ HÄUSER, Franz, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 6. Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin 1995 (zitiert als Reichert/ van Look, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts).

REINHARDT, Rudolf, Die Abgrenzung zwischen Vereinigungen mit oder ohne wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, in: Festschrift für Heinz Paulick zum 65. Geburtstag, Köln 1973, S. 3 ff.

REUTER, Dieter, Zur Abgrenzung von Vereins- und Gesellschaftsrecht, ZGR 1981, S. 364 ff.

ders., Rechtliche Grenzen ausgegliederter Wirtschaftstätigkeit von Idealvereinen, ZIP 1984, S. 1053 ff.

ders., 100 Bände BGHZ: Vereins- und Genossenschaftsrecht, ZHR 151 (1987), S. 355 ff.

ders., Rechtsprobleme unternehmensbezogener Stiftungen, DwiR 1991, Heft 5, S. 192 ff.

RGRK BGB, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., Band I, Berlin/ New York 1982. (zitiert als RGRK-Bearbeiter).

RITTNER, Fritz, Die werdende juristische Person, Tübingen 1973.

ROWEDDER, Heinz, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar von Heinz Rowedder und anderen, 3. Aufl., München 1997.

SACK, Rolf, Der »vollkaufmännische Idealverein«, Zum Verhältnis der Begriffe »wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb« i.S.d. §§ 21, 22 BGB und »Handelsgewerbe« i.S.d. §§ 105, 161 HGB, ZGR 1974, S. 179 ff.

SAUTER/ SCHWEYER, Der eingetragene Verein, 16. Aufl., München 1997.

V. SAVIGNY, Friedrich Carl, System des heutigen römischen Rechts, II. Band, Berlin 1840 (zitiert als Savigny, System II).

ders., Obligationenrecht, II. Band, Berlin 1853.

SCHANZE, Erich, Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptionalisierungsprobleme gesellschaftsrechtlicher Zurechnung, Frankfurt am Main 1975 (zitiert als Schanze, Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung).

ders., Durchgriff, Normanwendung oder Organhaftung?, AG 1982, S. 42 ff.

SCHEYHING, Robert / WILHELM, Matthias Betrachtungen zur Theorie der realen Verbandspersönlichkeit von Otto von Gierke, in: Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag, Düsseldorf 1990, S. 495 ff.

SCHICK, Stefan / RÜD, Eberhard ,Stiftung und Verein als Unternehmensträger, Stuttgart 1989.

SCHIKORSKI, Felix, Die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts, Berlin 1978.

SCHMIDT, Hubert, Zur Vollbeendigung juristischer Personen, Bielefeld 1989.

SCHMIDT, Karsten, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1997.

ders., Die Eigenkapitalausstattung der Unternehmen als rechtspolitisches Problem, JZ 1984, S. 771 ff.

ders., Liquidationszweck und Vertretungsmacht der Liquidation, AcP 174, S. 55 ff.

ders., Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, Heidelberg 1984 (zitiert als Verbandszweck)

ders., Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht, Aktuelle Betrachtungen zur Wirkungsgeschichte von Otto v. Gierkes Genossenschaftstheorie, Göttingen 1987 (zitiert als Karsten Schmidt, Einhundert Jahre Verbandstheorie).

ders., Erlöschen eines eingetragenen Vereins durch Fortfall aller Mitglieder?, JZ 1987, S. 394 ff.

ders., Abgrenzung der beiden Die Vereinsklassen, Rpfleger 1972, S. 286 ff., S. 343 ff.

ders., Der bürgerlich-rechtliche Verein mit wirtschaftlicher Tätigkeit, AcP 182 (1982), S. 1 ff.

ders., Wirtschaftstätigkeit von »Idealvereinen« durch Auslagerung auf Handelsgesellschaften, NJW 1983, S. 543 ff.

ders., Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln 1983 (zitiert als Gutachten III)

ders., Die Partei- und Grundbuchfähigkeit nichtrechtsfähiger Vereins, NJW 1984, S. 2249 ff.

ders., Ultra-vires-Doktrin: tot oder lebendig?, Bemerkungen zur Organvertretungsmacht, AcP 184 (1984), S. 529 ff.

ders., Stiftungswesen – Stiftungsrecht – Stiftungspolitik, Bergisch Gladbach/ Köln, 1987.

ders., Theorie und Praxis der Vorgesellschaft nach gegenwärtigem Stand, Rechtsfortbildung am Ziel oder noch auf dem Wege?, GmbHR 1987, S. 77 ff.

ders., Eintragungsfähige und eintragungsunfähige Vereine, Rpfleger 1988, S. 45 ff.

ders., Wohin führt das Recht der Einmann-Gesellschaft?. Kritische Überlegungen zum Urteil des BGH vom 13. 11. 1973 - VI ZR 53/72, GmbHR 1974, S. 178 ff.

ders., »Fehlerhafte Gesellschaft« und allgemeines Verbandsrecht, – Grundlagen und Grenzen eines verbandsrechtlichen Instituts – , AcP 186 (1986), S. 421 ff.

ders., Eintragung »religiöser Wirtschaftsvereine«?, NJW 1988, S. 2574 ff.

ders., Löschung und Beendigung der GmbH, – Grundfragen der Vermögenslosigkeit, Vollbeendigung und Nachtragsliquidation, GmbHR 1988, S. 209 ff.

ders., Systemfragen des Vereinsrechts, ZHR 147 (1983), S. 43 ff.

SCHNIZER, Helmut, Die juristische Person in der Kodifikationsgeschichte des ABGB, Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg, Graz 1965.

SCHOLZ, Franz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 8. Aufl., Köln 1993 u. 1995 (zitiert als Scholz-Bearbeiter).

SCHULTE, Hans, Grundkurs im BGB, Band 1, 4. Aufl., Heidelberg 1992.

SCHULTE, Wolfgang, Rechtsprechungsübersicht zum Trennungsprinzip bei juristischen Personen, WM Sonderbeilage Nr. 1/ 1979 S. 2 ff.

SCHUMANN, Hans, Zur Haftung der nichtrechtsfähigen Vereins, Köln 1956.

SCHWINGE, Erich, Die Stiftung im Errichtungsstadium, BB 1978, S. 527 ff.

SEIFART, Werner, Handbuch des Stiftungsrechts, München 1987 (zitiert als Seifart-Bearbeiter, Handbuch des Stiftungsrechts).

SERICK, Rolf, Rechtsform und Realität juristischer Personen, Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person, Berlin 1955 (2. unveränderte Aufl. 1980) (zitiert als Serick, Rechtsform und Realität).

SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Stuttgart/ Berlin/ Köln/ Mainz 1985 ff.

SONN, Ju-Chan, Die Entwicklung des koreanischen Gesellschaftsrechts, in: Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea, hrsg. Manfred Rehbinder und Ju-Chan Sonn, Baden-Baden 1990.

STAUDINGER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Buch 1. Allgemeiner Teil: §§ 21–103, 13. Bearbeitung, Berlin 1995 (zitiert als Staudinger-Bearbeiter)

STIMPEL, Walter, »Durchgriffshaftung« bei der GmbH, in: Bilanz- und Konzernrecht, Festschrift für Reinhard Goerdeler, Düsseldorf 1987.

STOLTENBERG, Ulrich, Rechtsfähigkeit nichtrechtsfähigen Vereine, MDR 6/1989, S. 494 ff.

STÖBER, Kurt,Vereinsrecht, 7. Aufl., Köln, 1997.

Studienkommission »Stiftungsrecht« des DJT,Vorschläge zur Reform des Stiftungsrechts, München 1968.

THEIL, Clemens,Anmerkung zu BAG, JZ 1982, 372 f., JZ 1982, 373 f.

THEOBALD, Wolfgang,,Vor-GmbH und Gründerhaftung, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1984

TIETZE, Christian, Zur Theorie der Juristischen Person in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, Diss. Göttingen, 1974 (zitiert als Tietze, Zur Theorie der Juristischen Person).

TIMM, Wolfram, Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung, Notwendigkeit einer Neuorientierung im Anschluß an §§ 191, 202 UmwG, NJW 1995, S. 3209 ff.

V. TUHR, Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I., Berlin 1910 (Nachdruck 1957), (zitiert als v. Tuhr AT I).

ULMER, Peter, Zu einer neuen Theorie der juristischen Person, ZHR 140 (1976), S. 61 ff.

ders., Gesellschafterdarlehen und Unterkapitalisierung bei GmbH und GmbH & Co KG, – Zehn Thesen –, in: Festschrift für Konrad Duden, München 1970.

ders., Die Gesamthandsgesellschaft – ein noch immer unbekanntes Wesen?, AcP 198 (1998), S. 113 ff.

Unternehmensrechtskommission der Bundesregierung, Bericht über die Verhandlung der Unternehmensrechtskommission, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, Köln 1980.

URAKAWA, Michitaro/ V. BAR, Christian, Verschuldens- und Gefährdungshaftung im japanischen Recht, Eine vergleichende Betrachtung unter dem Blickwinkel des deutschen Rechts, RabelsZ 43 (1979), S. 147 ff.

VOIGT, Helmut, Rechtsregeln für entstehende juristische Personen des Privatrechts, Systemgeprägte Strukturen im In- und Ausland, Aachen 1997 (Zugl.: Berlin, Freie Univ. Diss., 1969).

VORMBAUM, Thomas, Die Rechtsfähigkeit der Vereine im 19. Jahrhundert, Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB, Berlin/ New York 1976.

WEITBRECHT, Cornelius, Haftung der Gesellschafter bei materieller Unterkapitalisierung der GmbH, Köln 1989. (zitiert als Weitbrecht, Haftung der Gesellschafter).

WIEACKER, Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1967.

ders., Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts, in: Festschrift E. R. Huber, Göttingen 1967, S. 339 ff.

WIEDEMANN, Herbert, Gesellschaftsrecht, Bd. I, München 1980.

ders., Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, WM Sonderbeilage Nr. 4/1975.

WILHELM, Jan, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1981 (zitiert als *Wilhelm*, Rechtsform und Haftung).

WOLFF, Hans Julius, Organschaft und juristische Person, Band I, Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933.

WOLFF, Martin, On the Nature of Legal Persons, in: the Law Quarterly Review, No. CCXVI.1938, S. 494 ff.

WÜST, Günter, Wege des Gläubigerschutzes bei materieller Unterkapitalisierung einer GmbH, DStR 91, S. 1388–1393 u. S. 1424–1428.

ZITELMANN, Ernst, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Person, Leipzig 1873.

ZÖLLNER, Wolfgang, Rechtssubjektivität von Personengesellschaften?, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993. S. 563 ff.

II. Koreanisch- und japanischsprachige Literatur

(Zitiert in der Arbeit nach dem deutschen Titel)

BANG, Sun-Won, Min beob chong chik (Allgemeiner Teil des BGB), Seoul 1959.

CHANG, Jae-Hyoun, Min beob sang sin roe bo ho eh kwan han yeon ku (Ein Studium über die Rechtslehre vom Schutz des Vertrauens im koreanischen Zivilrecht), Diss. Sung Kyun Kwan Universität, Seoul 1990.

CHANG, Kyung-Hak, Min beob chong chik (Allgemeiner Teil des BGB), Seoul 1991.

CHOI, Mun-Gi, Beob in kyuk bu in ron (Die Lehre von Mißachtung der Rechtspersönlichkeit), in: Min sa pan rye hae seol (Zivilrechtliche Rechtsprechung), Bd. I: AT des BGB, hrsg. von Sang-Yong Ko, Seoul 1990, S. 46 ff.

CHUNG, Chan-Hyung, Beob in kyuk bu in ron (Die Lehre von der Mißachtung der Rechtspersönlichkeit), in: Festschrift für Jae-Chul Lee, Seoul 1984, S. 367 ff.

CHUNG, Chong-Hyu, Han kuk min beob jeon uee je chung kwa chung (Der legislative Verlauf des koreanischen BGB), in: Festschrift für Yoon-Jik Gwack, Seoul 1985, S. 21 ff.

CHUNG, Dong-Yun,Chu sik hoe sa uee beob hyung tae uee nam yong uee kyu je wa beob in kyuk bu in ih ron (Die Regulierung der Gesellschaftsformen AG und die Mißachtung der Rechtspersönlichkeit, Justice 1972 (Vol. 10, Nr. 1), S. 95 ff.

ders., Seol rib jung uee hoe sa (Vorgesellschaft), Zeitschrift für Rechtswissenschaft von Universität Korea, 1984 (Vol. 22), S. 31 ff.

ders., Hoe sa beob (Gesellschaftsrecht), 4. Aufl., Seoul, 1997.

CHUNG, Hee-Chul, Sang beob hag (Handelsrecht), Bd. I, Seoul 1989.

CHUNG, Hee-Chul/ CHUNG, Chan-Hyung, Sang beob won non (Handelsrecht), Bd. I, Seoul 1996 (zitiert als Chung & Chung, Handelsrecht, Bd. I).

CHUNG, Ki-Nam, Heo sa beob in kyuk mu si uee beob li (Die Rechtslehre von der Mißachtung der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft), in: Festschrift für Don-Gak Seo, Seoul 1981, S. 321 ff.

CHUNG, Mu-Dong, Sang beob kang uee (Vorlesung des Handelsrechts), Bd. I, verbesserte Aufl., Seoul 1984 (zitiert als Mu-Dong Chung, Handelsrecht).

GWAK, Yoon-Jik, Min beob chong chik (Allgemeiner Teil des BGB), Seoul 1986.

ders., Mul kwon Beob (Sachenrecht), Seoul 1986.

GWAK, Yoon-Jik, Kommentar, Min beob ju hae (Kommentar zum BGB), Bd. I., hrsg. von Yoon-Jik Gwak, Seoul 1992 (zitiert als GwakKomm-Bearbeiter).

HONG, Sin-Hi, Hoe sa je do uee nam yong kwa beob in kyuk bu in uee ih ron (Institutionsmißbrauch der Gesellschaft und die Lehre von Mißachtung der Rechtspersönlichkeit), Zeitschrift für Rechtswissenschaft von Universität Chungju, Vol. 5, Chungju 1961.

HOSINO, Eiichi, Min po ron shu (japanisch: Gesammelte Aufsätze für Zivilrecht), Bd. I, Tokyo 1970.

HUANG, Seok-In, Hyun dae min beob non I (Modernes Zivilrecht I), Seoul 1985

JU, Jae-Hwang/ KIM, Chung-Han, Ju seok min beob chong chik (Kommentar zum AT des BGB), Bd. I., hrsg. von Jae-Hwang Ju/ Chung-Han Kim, Seoul 1985 (zitiert als Ju & KimKomm-Bearbeiter)

KANG, Wi-Du, Hoe sa beob (Gesellschaftsrecht), Seoul 1990.

KIM, Chung-Han, Min beob chong chik (Allgemeiner Teil des BGB), Seoul 1986.

ders., Min beob non seon (Gesammelte Schriften), Seoul 1982.

KIM, Gyo-Chang, Beob in kyk bu in uee beob li (Die Rechtslehre von der Mißachtung der juristischen Persönlichkeit), in: Hoe sa beob uee je mun je (Grundfragen des Gesellschaftsrechts), Seoul 1982, S. 170 ff.

KIM, Hyon-Tae, Min beob chong chik (Allgemeiner Teil des BGB), Seoul 1973.

KIM, Joo-Soo, Min beob chong chik (Allgemeiner Teil des BGB), 2. Aufl., Seoul 1988.

KIM, Ki-Son, Min beob chong chik (Allgemeiner Teil des BGB), Seoul 1981.

KIM, Sang-Yong, Min beob chong chik (Allgemeiner Teil des BGB), Seoul 1995.

KIM, Yong-Han,Min beob chong chik (Allgemeiner Teil des BGB), Seoul 1986.

KO, Pyung-Seok, Beob in kyuk bu in uee bu in (Die Verneinung der Lehre von der Mißachtung der Rechtspersönlichkeit), in: Festschrift für Ju-Chan Sonn, Seoul 1984, S. 73 ff.

KO, Sang-Yong, Min beob chong chik (Allgemeiner Teil des BGB), Seoul 1993.

ders., Min beob hag tuk gang (Zivilrechtsvorlesung), Seoul 1995.

ders., Dae pyo ih sa uee dae pyo kwon uee nam yong (Anmerkungen zum Urteil des KOGH v. 8. 4. 1980, 79 da 2036), Beob ryul sin mun (Juristische Zeitung), Nr. 1382 (v. 2. 2. 1981), S. 12.

KWON, Ki-Bom, Heo sa uee kwon li nung ryok (Die Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft), in: Festschrift für Hee-Chul Chung, Seoul 1984, S. 91 ff.

KWON, Yong-Woo, Beob in uee kwon ri nung ryuk (Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person), Wol gan ko si (Die monatliche Prüfung), 90/2 S. 190.

LEE, Byung-Tae, Sang beob (Handelsrecht), Bd. I, verbesserte Aufl., Seoul 1988.

LEE, Choong-Kee,The Doctrine of ultra vires in Englisch and Korean Laws, Seoul Law Jounal (Vol 36, No. 1), hrsg. The Law Research Institute Seoul National University, 1995/5, S. 181 ff.

LEE, Deok-Sung, Kwon ri nung ryuk oeb nun sa dan kwa ku seong won uee chaek im (Der nichtrechtsfähige Verein und die Haftung der Vereinsmitglieder), in: Festschrift für Hong-Kyu Kim, Seoul 1993, S. 31 ff.

ders., Seol rib jung in beob in uee haeng wee eh dae han seol rib hu uee beob in uee chaeg im (Haftung der juristischen Person für die Geschäfte ihrer Vorgesellschaft), Anmerkung zum Urteil des KOGH v. 13. 4. 1965, 64 da 1940, in: Min sa pan rye hae seol (Zivilrechtliche Rechtsprechung), Bd. I: AT des BGB, hrsg. von Sang-Yong Ko, Seoul 1990, S. 51 ff.

ders., Beob in uee kwon ri nung ryuk (Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person), Anmerkung zum Urteil des KOGH v. 26. 11. 1974, 74 da 310, in: Min sa pan rye hae seol (Zivilrechtliche Rechtsprechung), Bd. I: AT des BGB, hrsg. von Sang-Yong Ko, Seoul 1990, S. 56 ff.

LEE, Eun-Young,Min beob chong chik (Allgemeiner Teil des BGB), Seoul 1996.

LEE, Ju-Heung, Seol rib jung uee hoe sa wa bal ki in jo hab (Vorgesellschaft und Vorgründungsgesellschaft), Zeitschrift für Justiz und Verwaltung, 1990/11, S. 18 ff.

ders., Kwon ri nung ryuk eob nun sa dan (Der nichtrechtsfähige Verein), in: Sa beob non jib (Sammlung von Abhandlung zur Justiz), Vol. 22 (1991), S. 146 ff.

LEE, Ki-Su, Hoe sa beob (Gesellschaftsrecht), Seoul 1996.

LEE, Tae-Jae, Min beob chong chik (Allgemeiner Teil des BGB), Seoul 1981.

LEE, Tae-Nho/ LEE, Chul-Song, Hoe sa beob (Gesellschaftsrecht), 2 Aufl., 1991 (zitiert als Lee & Lee, Gesellschaftsrecht).

LEE, Wan-Seok ,Sin sang beob (Neues Handelsrecht), Bd. I, Seoul 1984 (zitiert als Wan-Seok Lee, Handelsrecht).

LEE, Young-June, Min beob chong chik (Allgemeiner Teil des BGB), verbesserte Auflage, Seoul 1996.

LEE, Young-Sub, Min beob chong chik (Allgemeiner Teil des BGB), Seoul 1959.

PARK, Sang-Jo, Sin hoe sa beob non (Neues Gesellschaftsrecht), Seoul 1997 (zitiert als Sang-Jo Park, Gesellschaftsrecht).

PARK, Won-Son/ LEE, Chung-Han, Hoe sa beob (Gesellschaftsrecht), verbesserte Aufl., Seoul 1979.

SEO, Don-Gak, Sang beob kang uee (Vorlesung des Handelsrechts), Bd. I, 3. Aufl., Seoul 1985 (Zitiert als Don-Gak Seo, Handelsrecht).

SONG, Sang-Hyun, Pan rye pyung seok (Anmerkung zum Urteil): KOLG Seoul v. 8. 5. 1974, 72 na 2582, in: Beob ryul sin mun (Juristische Zeitung) Nr. 1061 (27. 5. 1974), S. 8.

SONN, Ju-Chan, Sang beob (Handelsrecht), Bd. I, verbesserte Aufl., Seoul 1984.

TAKEUCHI, Akio, Kai sha ho ni o ke ru ultra-vires no gen soku no hai ki (japanisch: Aufhebung des ultra-vires-Prinzips im Gesellschaftsrecht), Amerika po (japanische Zeitschrift: Das amerikanische Recht), Vol. 1 (1965), S. 21 ff.

TSCHE, Kiuon, Sin hoe sa beob non (Neues Gesellschaftsrecht), 7. Aufl., Seoul 1996 (zitiert als Kiuon Tsche, Gesellschaftsrecht)

WAGAZMA, Sakae, Min po ron shu (japanisch: Allgemeiner Teil des BGB), Tokyo 1965.

YANG, Seung-Kyu, Pan rye pyung seok (Anmerkung zum Urteil): KOGH v. 13. 9. 1977, 74 da 954, in: Beob ryul sin mun (Juristische Zeitung), Nr. 1243 (v. 13. 3. 1978), S. 12.