

Festschrift für Günther H. Roth zum 70. Geburtstag

von

Prof. Dr. Holger Altmepfen, Prof. Dr. Hanns Fitz, Prof. Dr. Heinrich Honsell

1. Auflage

[Festschrift für Günther H. Roth zum 70. Geburtstag – Altmepfen / Fitz / Honsell](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Festschriften](#)



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 61786 7

beck-shop.de

Festschrift für
GÜNTER H. ROTH

beck-shop.de

beck-shop.de

beck-shop.de



FESTSCHRIFT FÜR
GÜNTER H. ROTH
ZUM 70. GEBURTSTAG

herausgegeben von

DR. HOLGER ALTMEPPEN

Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Handels- und Wirtschaftsrecht I, Universität Passau

und

DR. HANNS FITZ

Universitätsprofessor, Institut für Unternehmens- und Steuerrecht,
Universität Innsbruck

und

DR. HEINRICH HONSELL

Universitätsprofessor (em.) an der Universität Zürich,
Honorarprofessor an der Universität Salzburg



beck-shop.de

Verlag C. H. Beck im Internet:
beck.de

ISBN 978 3 406 61786 7

© 2011 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck und Bindung: Druckhaus „Thomas Müntzer“,
Neustädter Straße 1–4, 99947 Bad Langensalza

Satz: Meta Systems, Wustermark

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

VORWORT

Am 13. April dieses Jahres feierte Günter H. Roth seinen 70. Geburtstag. Und rund 70 Autoren gratulieren und würdigen mit ihren Beiträgen die Verdienste des Jubilars als hochgeschätztem Forscher und Lehrer. Schon die Spannweite seines Schaffens ist beeindruckend, sie reicht weit über das von ihm an der Innsbrucker rechtswissenschaftlichen Fakultät viele Jahre hindurch als Institutsvorstand betreute Fach des Unternehmensrechts hinaus.

Am Anfang der wissenschaftlichen Laufbahn von Günter H. Roth stand bemerkenswerterweise anderes, nämlich Publikationen zum Verfahrensrecht entsprechend seiner Assistentenstelle am Institut für deutsches und ausländisches Prozessrecht bei seinem Lehrer Walther J. Habscheid. Herausragend in dieser Zeit ist die vielbeachtete Dissertationsschrift zum Vorbehalt des „Ordre public“ (1967). Bald danach hat Günter H. Roth seinen Weg zum privaten Wirtschaftsrecht eingeschlagen. 1971 erschien die Habilitationsschrift „Das Treuhandmodell des Investmentrechts – eine Alternative zur Aktiengesellschaft?“. Forschungsaufenthalte in Harvard und Berkeley haben darin ihre Früchte getragen. Mit diesem Buch und in der Folge mit dem Ruf auf die o. Professur für Privatrecht und Rechtssoziologie der Universität Hamburg wurden zwei weitere Entwicklungen dauerhaft gefestigt, die Günter H. Roth seiner Ausbildung und offenbar auch seinem Naturell nach schon mit sich trug: Die doppelte Verzahnung des Unternehmensrechts, sowohl mit dem bürgerlichen Recht als Prüfstand gegen Wildwuchs als auch mit seinen rechtssoziologischen, rechtstat-sächlichen und ökonomischen Grundlagen. Günter H. Roth beherrschte diese Disziplinen schon früh und machte sie mit der nötigen Disziplin für das Recht brauchbar, nämlich immer mit der klaren Unterscheidung zwischen „Sein“ und „Sollen“.

Nach der Berufung an die Universität Innsbruck ist Günter H. Roth seiner mehrdimensionalen Ausrichtung treu geblieben. In zahlreichen Kommentaren, Lehrbüchern und Aufsätzen wurden weitere Themenfelder, vor allem des bürgerlichen Rechts, Gesellschaftsrechts sowie Wertpapier- und Kapitalmarktrechts bearbeitet, nunmehr auch in erheblichem Maße zum österreichischen Recht und mit dementsprechendem Einfluss auf dessen Rechtsprechung und Lehre. Vom Gesellschaftsrecht aus warf er schließlich einen kritischen Blick auf europäische Rechtsentwicklungen, der sich in einigen Aufsehen erregenden Schriften der letzten Jahre niederschlug. Das dieser Festschrift beiliegende Schriftenverzeichnis belegt seine Produktivität und Vielseitigkeit, es erzählt von einer langen Reise durch das Privatrecht, mit zahlreichen Stationen, von denen nur wenige mehr als einmal aufgesucht wurden.

Die Qualität des Oeuvres wird aber vor allem zu schätzen wissen, wer im Zuge seiner eigenen praktischen oder rechtswissenschaftlichen Fragestellung einer der Arbeiten von Günter H. Roth begegnet. Er findet, wie Walther J. Habscheid in seinem Beitrag zu dieser Festschrift bemerkt, einen „höchst seltenen Zusammenfall von Analyse und Synthese in Gleichgewichtung“. Den Lehrer und Förderer Günter H. Roth weiß zu schätzen, wer bei ihm studieren oder unter seiner Führung arbeiten durfte, mit mehr als ausreichend Zeit für die eigene Forschung. Und unter den Kollegen von Günter H. Roth sind es vor allem die Mitglieder der Innsbrucker Rechtsfakultät, die zu würdigen wissen, dass er sechs Jahre hindurch als Dekan für deren Interessen mit Elan, Strategie und geschickter Taktik eingetreten ist und später ihr einzigartiges Gemeinschaftsprojekt zum Europarecht angestoßen hat. Für seine Treue zur Innsbrucker Fakultät gibt es keinen besseren Beweis, als dass er drei Rufe an renommierte deutsche Universitäten abgelehnt hat. Dafür dankt besonders herzlich der österreichische Teil der Herausgeberschaft dieser Festschrift.

Wie wir Günter H. Roth als Freund und Menschen kennen, ist er für lobende Grußworte nur in sehr eingeschränkter Dosis empfänglich. Wahrscheinlich ist ihm schon das

bisher Gesagte zu viel. Wir wollen also sein berufliches Lebenswerk hier nicht weiter beschreiben. Es erscheinen uns aber doch drei Begebenheiten erwähnenswert, nicht spektakulär und bislang nur im Kreise des Jubilars und seiner ehemaligen Mitarbeiter bekannt, aber bezeichnend für eine charakterliche Facette, die seinen beruflichen Erfolg durchaus begünstigt haben dürfte.

„Wenn dir jemand eine Zitrone gibt, ...“

- 1973, auf einem Bahnhof zwischen Würzburg und Hamburg, Genauerer wissen wir nicht, wartete Günter H. Roth als junger Dozent auf jenen Zug, mit dem er, wie so oft in diesem Jahr, zur Lehrstuhlvertretung an der Universität Hamburg anreiste. An diesem Tag: anreisen wollte. Denn der Zug traf auch nach längerem Warten ebenso wenig ein, wie jegliche Information an die Reisenden über das apodiktische ausgeschilderte Wort „Verspätung“ hinausgehend. Günter H. Roth hatte einige Optionen. Die Reise abbrechen, untätig weiter warten, den Unmut am ratlosen Bahnpersonal ausleben etc. Letztlich entschied er sich für die Bahnhofskneipe, um dort, „bewaffnet“ mit leerem Papier und einer kleinen Gesetzesausgabe, spontan das Verhalten der Bahn auf den Prüfstand des BGB zu stellen. Nur skizzenhaft natürlich und anfänglich vom Zorn in die Feder diktiert, waren nach kurzer Zeit Überlegungen zu Papier gebracht, die manches von dem vorweg nahmen, was in den Jahren danach über Leistungsstörung und Risikozurechnung im Bahnverkehr, verbraucherrechtliche Gestaltungsgrenzen in Beförderungsbedingungen oder pauschalierten Schadensersatz für Verspätungen gesagt oder gesetzlich unternommen wurde. Die Skizze wurde nie zum Manuskript weiterverfolgt, fiel aber Jahre später neugierigen Assistenten in die Hände, die sie nicht nur fasziniert von der sprachlichen Eleganz und Gedankenfülle lasen, sondern sich die eine oder andere pointierte Formulierung notierten. Jedenfalls hat damals unser Jubilar seine mehrstündige Wartezeit als durchaus kurzweilig empfunden und möglicherweise als einziger Fahrgast seine Reise frei von Ärger und entspannt fortgesetzt.
- Es gibt nur wenige Gründe, warum ein an die Innsbrucker Universität berufener Professor seine vorzeitige Entlassung befürchten muss. Einer davon ist die mangelnde Integrationsbereitschaft durch Nicht-Erlernen des alpinen Skilaufes auf ortsüblichem Niveau und in zumutbarer Frist (ein Jahr). Als Günter H. Roth 1978 nach Tirol kam, konnte er zwar leidlich Ski fahren, war aber in erster Linie ein leidenschaftlicher Segler. Dieser Passion konnte er in den Tiroler Bergen nicht nachgehen. Doch fühlte er sich dort bald heimisch und verlegte Institutsbesprechungen und geselliges Beisammensein häufig in Skihütten. Eines Tages mussten die Mitarbeiter feststellen, dass gelungene Integration denjenigen, die sie einfordern, auch Probleme bereiten kann. Sie wurden fortan von ihrem Vorstand über die schwarzen Pisten seines Hausberges, des Patscherkofels, und durch anderes steiles Gelände gejagt. Günter H. Roth hat bis heute wenig von seiner guten Skitechnik eingebüßt.
- 1978 gab es noch kein Institut für Handels- und Gesellschaftsrecht; der Lehrstuhl von Günter H. Roth war in das Institut für Zivilrecht integriert, hatte kein eigenes Budget und war, von den Berufungszusagen abgesehen, entsprechend bescheiden ausgestattet. Um dies nachhaltig zu ändern, sah Günter H. Roth nur die Möglichkeit, offensiv für ein eigenständiges Institut zu werben und zu kämpfen. Er tat dies mit dem Erfolg, dass 1983 im Einvernehmen mit der Kollegenschaft ein neugegründetes Institut für Handels- und Gesellschaftsrecht entstand, dessen personelle und sachliche Ausstattung sich in den Jahren danach erheblich verbesserte. Günter H. Roth hat bis zu seiner Emeritierung für einen hohen Organisationsstandard und einen ausgezeichneten Ruf des Institutes gesorgt.

„Wenn dir jemand eine Zitrone gibt, dann mach Limonade daraus.“

Wie sich zeigt, bekam auch Günter H. Roth mitunter Zitronen, und die Limonade, die er nach dieser Devise dann oft hergestellt hat, war nicht immer süß, aber durchweg erfrischend.

beck-shop.de

Vorwort

IX

Seine positive und konstruktive Einstellung zu Gegenwind, Anstieg und Hindernissen hat unserem Jubilar ein Stück Jugendlichkeit bewahrt, weit entfernt vom siebzigsten Geburtstag. Für all dies braucht es Kraft und eine ihrer Quellen ist gewiss die bewundernswert harmonische Ehe und die Liebe, die ihn mit seiner Frau Heidi seit jungen Jahren verbindet. Wir wünschen ihm Glück und Freude im Kreise der Familie, immer guten Wind und eine Handbreit Wasser unter dem Kiel. Zuletzt wünschen wir, dass seine Schaffenskraft der wissenschaftlichen Gemeinde noch lange erhalten bleibt.

Ad multos annos!

Passau, Innsbruck und Salzburg, Januar 2011

Die Herausgeber

beck-shop.de

INHALTSVERZEICHNIS

| | |
|---|-----|
| <i>Holger Altmeyden</i> Ausschlussklage und Gewinnbeteiligung des ausscheidenden Gesellschafters der Personengesellschaft und GmbH | 1 |
| <i>Rainer Arnold</i> Konstitutionalisierung im europäischen Recht | 13 |
| <i>Eveline Artmann</i> Kreditgewährung im Konzern – Zum Konkurrenzverhältnis zwischen Ausschüt- tungsverbot und Eigenkapitalersatzrecht | 23 |
| <i>Gregor Bachmann</i> Abschaffung der Hauptversammlung? | 37 |
| <i>Reinhold Beiser</i> Gesellschaften bürgerlichen Rechts als Unternehmer im Sinne des UGB? – Rech- nungslegung, Gewinnermittlung, Rechtsfähigkeit? (eine Analyse des status quo und Vorschläge de lege ferenda) | 53 |
| <i>Manfred Büchele</i> Vertrauen ist gut, Vorratsdatenspeicherung ist besser – Das Spannungsverhältnis zwischen Datenschutz und Auskunftspflicht eines Internet Access Providers | 69 |
| <i>Peter Bydlinski</i> „Schwarze“ Werkverträge und allgemeines (deutsches) Zivilrecht | 79 |
| <i>Jens Ekkenga</i> Zum Gläubiger- und Gesellschafterschutz bei Sachfinanzierungen einer AG: Wel- che Gestaltungsspielräume gewährt das AktG? | 91 |
| <i>Volker Emmerich</i> Schriftformklauseln in Mietverträgen | 103 |
| <i>Hanns Fitz</i> Verhaltensökonomische Überlegungen zum Fremdwährungskredit mit Tilgungsträ- ger | 109 |
| <i>Margarethe Flora</i> Das österreichische Bankgeheimnis im Spannungsfeld ausländischer Steuerinteres- sen | 125 |
| <i>Helmut Gamerith</i> Zur Anwendung des Nahversorgungsgesetzes insbesondere im Handel zwischen den Mitgliedstaaten | 139 |
| <i>Michael Gruber</i> Einsichts- und Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters | 153 |

| | |
|---|-----|
| <i>Stefan Grundmann</i> Das Finanzierungsdreieck im Filmlizenzvertrieb (sog. Defeasance) – Die Abgrenzungsleitlinien zwischen akzessorischen und abstrakten Personalsicherheiten | 165 |
| <i>Barbara Grunewald</i> Gesellschafterpflichten in der überschuldeten Gesellschaft | 187 |
| <i>Thomas Haberer</i> Actio pro socio und Kostenersatz bei der Personengesellschaft | 195 |
| <i>Walther J. Habscheid</i> Günter H. Roth – Mein letzter Habilitand | 207 |
| <i>Friedrich Harrer</i> Treuwidrige Stimmabgabe im Recht der GmbH | 211 |
| <i>Martin Häublein</i> Die rechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts: gelungene Rechtsfortbildung oder Alptraum für den Rechtsverkehr? – eine kritische Analyse des § 899a BGB und Überlegungen zur Registerpublizität der GbR – | 221 |
| <i>Helmut Heiss</i> Optionales europäisches Vertragsrecht als „2. Regime“ | 237 |
| <i>Peter Hilpold</i> Der Hochschulzugang in der EU – Das Urteil in der Rs. C-73/08 vom 13. April 2010, „Bressol“ | 247 |
| <i>Heribert Hirte/Arne Burmester</i> Die Neuregelung des Rechts der Zustellung an juristische Personen durch das MoMiG und ihre Vereinbarkeit mit europäischem Recht | 257 |
| <i>Peter Hommelhoff</i> Zur SPE-Sitzaufspaltung | 269 |
| <i>Heinrich Honsell</i> Die Strafbarkeit der Untreue | 277 |
| <i>Norbert Horn</i> Ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz bei Rekapitalisierung eines Kreditinstituts | 287 |
| <i>Uwe Hüffer</i> Compliance im Innen- und Außenrecht der Unternehmen | 299 |
| <i>Hannes Ischia</i> Schiedsrichterhaftung in Österreich – quo vadis? | 309 |
| <i>Arno Kahl/Klaus Wällnöfer</i> Wettbewerbsdruck ohne Liberalisierungsrecht am Beispiel der Trinkwasserversorgung | 323 |
| <i>Susanne Kals</i> Kursmanipulation mit Genussrechten | 337 |

| | |
|--|-----|
| <i>Rainer Kanzleiter</i> Die Zuordnung von Verantwortung und Risiko aufgrund der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen an einer GmbH nach deutschem Recht | 355 |
| <i>Peter Kindler</i> Pflichtverletzung und Schaden bei der Vorstandshaftung wegen unzureichender Compliance | 367 |
| <i>Bernhard A. Koch</i> Strafe muss sein – auch im Haftungsrecht? | 379 |
| <i>Hans-Georg Koppensteiner</i> Über die Haftung der Kommanditisten bei Zuwendungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG (Nachlese zu OGH II Ob 225/07p) | 395 |
| <i>Michael Kort</i> Rechtsfragen der Compliance-Organisation von Unternehmen außerhalb spezial- gesetzlich geregelter Branchen im deutschen Recht | 407 |
| <i>Heinz Krejci</i> Zur Vertragstypzuordnung von Prozessfinanzierungsverträgen | 423 |
| <i>Guido Kucsko</i> Wie verhindert man die Entwicklung einer Marke zum Freizeichen? | 439 |
| <i>Stefan Leible</i> Warten auf die Sitzverlegungsrichtlinie | 447 |
| <i>Walter F. Lindacher</i> Das lauterkeitsrechtliche Irreführungsverbot – Tatbestandsprägung durch empiri- sche und normative Elemente | 461 |
| <i>Thomas M.J. Möllers</i> Ein Vierstufen-System zur Rationalisierung der Grenze zulässiger Rechtsfortbil- dung | 473 |
| <i>Thomas Müller</i> Vorbemerkungen zur Wettbewerbsverfassung – Begriff, System, Kernfragen – | 499 |
| <i>Welf Müller</i> Unternehmenswert und börsennotierte Aktie | 517 |
| <i>Wilhelm Niemeier</i> „Triumph“ und Nachhaltigkeit deutscher Ein – Euro – Gründungen – Rechtstat- sachen zur Limited und ein Zwischenbericht zur Unternehmensgesellschaft | 533 |
| <i>Christian Nowotny</i> Fragen der „Drittanstellung“ von Organmitgliedern | 553 |
| <i>Walter G. Paefgen</i> Die NewCo Holding-SE als M&A-Vehikel | 563 |
| <i>Hans-Joachim Priester</i> Kapitalbildung bei der UG (haftungsbeschränkt) – einer GmbH mit ernst zu neh- menden Sonderregeln – | 573 |

| | |
|---|-----|
| <i>Hanns Prütting</i> Neue Rechtssubjekte im deutschen Grundbuch | 585 |
| <i>Robert Rebhahn</i> Europäisches Sozialmodell, Europäische Sozialstaatlichkeit und der Vertrag von Lis- sabon | 593 |
| <i>Norbert Reich</i> The ECJ and the Autonomy of Member States – Some critical remarks on the use and methodology of the proportionality principle in the internal market case law of the ECJ? | 615 |
| <i>Johannes Reich-Rohrwig</i> Kapitalerhöhung bei der börsennotierten AG in Österreich | 635 |
| <i>Thomas A. Roth</i> Kickback und Margen | 657 |
| <i>Franz Jürgen Säcker</i> Die Konvergenz von unionsrechtlicher und mitgliedstaatlicher Verfassung der Wirt- schaft gemäß der Zielvorgabe in Art. 3 Abs. 3 EUV | 671 |
| <i>Martin Schauer</i> Zum Schadensbegriff bei der Haftung der Organe im Gesellschaftsrecht | 687 |
| <i>Peter F. Schlosser</i> Einstweiliger Rechtsschutz bei zweifelhaften Übergängen von GmbH-Gesell- schaftsanteilen | 695 |
| <i>Karsten Schmidt</i> Treuhand, Unterbeteiligung und § 723 Abs. 3 BGB – Wiederbegegnung mit einem BGH-Urteil und mit offen gebliebenen Rechtsfragen – | 709 |
| <i>Klaus Schredelseker</i> Unternehmenspublizität aus kapitalmarkttheoretischer Sicht | 721 |
| <i>Werner Schroeder</i> Grenzen der Rechtsprechungsbefugnis des EuGH | 735 |
| <i>Joachim Schulze-Osterloh</i> Ergebnisverwendungsbeschluß der GmbH für länger zurückliegende Geschäfts- jahre | 749 |
| <i>Hubertus Schumacher</i> Fruchtgenuss und Begünstigung in der Stiftung | 757 |
| <i>Francesco A. Schurr</i> Der Trust im Fürstentum Liechtenstein – Rechtsdogmatische und rechtsverglei- chende Überlegungen | 765 |
| <i>Rolf A. Schütze</i> Probleme der Hemmung der Verjährung durch Erhebung einer Klage im Ausland vor einem staatlichen Gericht oder Schiedsgericht im deutschen internationalen Privat- und Prozessrecht | 791 |

| | |
|---|-----|
| <i>Sebastian Spiegelberger</i> Vermögensverwaltende Kapitalgesellschaften | 801 |
| <i>Manfred Straube</i> Leitlinien und Grenzen der „klassischen“ Haftungsvermeidungsinstrumente für GmbH-Geschäftsführer nach österreichischem Recht | 809 |
| <i>Rudolf Streinz</i> Mangold nicht hinreichend qualifiziert ultra vires – Zur Reduktion der Ultra- vires-Kontrolle im Honeywell-Urteil des Bundesverfassungsgerichts | 823 |
| <i>Ulrich Torggler/Hellwig Torggler</i> Zum (rechtsformübergreifenden) Kern der gesellschaftsrechtlichen Kernbereichs- lehre | 831 |
| <i>Manfred Umlauf</i> Insolvenzeröffnung als gesellschaftsvertraglich vereinbarter Grund des Ausscheidens aus der Gesellschaft: Zulässigkeit nach IRÄG 2010? | 845 |
| <i>Eberhard Vetter</i> Die Vertretung der AG gegenüber den Mitgliedern des Vorstands im rechtsge- schäftlichen Verkehr – Anmerkungen zur Anwendung von § 112 AktG – | 855 |
| <i>Simone Wasserer</i> Neue Grundsätze für eine angemessene Vergütungspolitik – Zur Umsetzung der Vergütungsempfehlung der Europäischen Kommission im Rechtsvergleich Öster- reich und Deutschland | 871 |
| <i>Marc-Philippe Weller</i> Von der GbR zur OHG: Abkehr „Vom Geist der Gesetze“ durch richterliche Rechtsfortbildung? | 881 |
| <i>Harm Peter Westermann</i> Erbrechtsreform und Gesellschaftsrecht | 893 |
| Schriftenverzeichnis | 905 |

beck-shop.de