

Michael F. Müller

Kleine und mittlere Unternehmen im Privatrecht

Auf dem Weg zu einem Sonderprivatrecht?



Nomos

Band 11

Neue Schriften zum Zivilrecht



Nomos

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christian Berger

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb

Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit

Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess

Prof. Dr. Abbo Junker

Prof. Dr. Dirk Looschelders

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

Michael F. Müller

Kleine und mittlere Unternehmen im Privatrecht

Auf dem Weg zu einem Sonderprivatrecht?

Nomos Verlagsgesellschaft

Michael F. Müller (geb. 1981) studierte Rechtswissenschaften mit Wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung an der Universität Bayreuth. Nach einem LL.M.-Studium an der Universität von Texas (Austin) und der Promotion mit der Arbeit „Finanzinstrumente in der Rom I-VO“ 2011 absolvierte er sein Referendariat am Kammergericht. Mit der vorliegenden Schrift habilitierte er sich 2019 an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth. Nach Lehrstuhlvertretungen in Erlangen, Bayreuth, Potsdam, Münster und Jena erhielt er 2021 einen Ruf auf eine Professur für Zivilrecht und Unternehmensrecht an der Sigmund Freud Privatuniversität Wien.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds
Wissenschaft der VG Wort.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bayreuth, Univ., Habil., 2019



Onlineversion
Nomos eLibrary

© 2021 Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden

Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Das Buch wurde auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier gedruckt und fadengeheftet.

ISBN 978-3-8487-8001-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-2393-0 (ePDF)

Vorwort

Kleine und mittlere Unternehmen haben sich insbesondere unter der Ägide der Europäischen Union in der jüngeren Vergangenheit unter dem Akronym KMU einen Namen machen können. In Deutschland haben sie als wirtschaftlicher Mittelstand eine noch längere Tradition. Gleichwohl war Mittelstandsförderung lange Zeit eine Domäne des öffentlichen Rechts. In letzter Zeit mehren sich jedoch die Anzeichen, dass KMU auch im Privatrecht eine Sonderbehandlung erfahren. Die Arbeit geht daher der zweiteiligen Frage nach, ob KMU auch im Privatrecht eine besondere, sie relativ begünstigende Behandlung erfahren und erfahren sollten. Sie wurde im Sommersemester 2019 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Habilitationsschrift angenommen.

Der nach Abschluss des Habilitationsverfahrens unverzüglich in Gang gesetzte Veröffentlichungsprozess geriet aus von mir nicht zu vertretenden Gründen, die hier nicht ausgeführt werden sollen, zunächst ins Stocken, doch fand ich dann Unterstützung in Person von Herrn Prof. Dr. Johannes Rux und Herrn Dr. Marco Ganzhorn im Nomos-Verlag. Die Bereitschaft, mein Werk zum Selbstkostenpreis zu publizieren, kann ich nicht hoch genug wertschätzen. Dass ich diese Bereitschaft nicht in Anspruch nehmen musste, verdanke ich der VG Wort und der Johanna und Fritz Buch-Gedächtnisstiftung, die die Veröffentlichung der vorliegenden Arbeit für förderungswürdig hielten. Zuvörderst Ihnen bin ich zu allergrößtem Dank verpflichtet.

Daneben gebührt Dank meinem akademischen Lehrer Herrn Prof. Dr. Stefan Leible, der mir infolge seiner Präsidentschaft an der Universität Bayreuth das Tagesgeschäft an seinem Lehrstuhl anvertraute, sodass ich schon als Habilitand viele wichtige Erfahrungen sammeln durfte. Im Übrigen gilt mein Dank Frau Prof. Dr. Jessica Schmidt, Herrn Prof. Dr. Peter Mankowski und Herrn Prof. Dr. Robert Freitag für die sehr zügige und wohlwollende Begutachtung der vorliegenden Arbeit.

So enttäuschend für mich auch zunächst die Unsicherheit über das Ob der Veröffentlichung war, so sehr bot die verzögerte Veröffentlichung mir die Chance, in den vergangenen beiden Jahren die beachtliche Fortentwicklung der gesetzgeberischen Behandlung von KMU im Privatrecht zu beobachten und sie in der Druckfassung zu berücksichtigen: Nicht zuletzt das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs und die COVID-19-Gesetzgebung (vgl. Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB) haben ihre privatrechtliche Stellung gestärkt. Seit dem ARUG II kennt erstmals auch das Aktienrecht eine formell auf kleine und mittelgroße Gesellschaften abstellende Regelung (vgl. § 120a Abs. 5 AktG). Und im Insolvenzrecht

hat die KMU-Förderung durch die europäische Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz sowie das StaRUG massiven Auftrieb erfahren.

So überwiegt am Ende eines langen wissenschaftlichen Ausbildungsweges die Freude und Dankbarkeit für ein stets sehr unterstützendes privates und kollegiales Umfeld, aus dem einzelne Personen hervorzuheben sich verbietet. Ausgenommen davon sind allein meine Eltern Gerlinde Steinacker-Müller und Dr. Lothar Müller sowie meine Schwester Eva Theron, die meinen Weg in die Wissenschaft immer unterstützt und stets an mich geglaubt haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Bayreuth, September 2021

Inhaltsübersicht

§ 1: Grundlagen	37
A. Anlass der Untersuchung	37
B. Gegenstand der Untersuchung	49
C. Struktur und Methode der Untersuchung	100
D. Forschungsstand zur Untersuchung	134
E. Zweck und Grenzen der Untersuchung	140
F. Gang der Untersuchung	142
Erster Teil	143
§ 2: Kleine und mittlere Unternehmen im Bürgerlichen Recht	143
A. Allgemeiner Teil	144
B. Allgemeines Vertragsrecht	149
C. Besonderes Vertragsrecht	218
D. Außervertragliches Schuldrecht	251
E. Sachen-, Familien- und Erbrecht	271
F. Fazit	271
§ 3: Kleine und mittlere Unternehmen im Gesellschaftsrecht	273
A. Personen(handels)gesellschaften	276
B. Kapitalgesellschaften	283
C. Sonstige formkaufmännische Körperschaften	342
D. Fazit	342
§ 4: Kleine und mittlere Unternehmen im Handelsrecht	343
A. Der Kaufmann	344
B. Selbstständige Hilfspersonen des Kaufmanns	355
C. Handelsgeschäfte	362

D. Die Rechnungslegung	368
E. Fazit	388
§ 5: Kleine und mittlere Unternehmen im Wettbewerbsrecht	388
A. Kartellrecht	389
B. Lauterkeitsrecht	427
C. Fazit	470
§ 6: Kleine und mittlere Unternehmen im Arbeitsrecht	471
A. Individualarbeitsrecht	473
B. Kollektivarbeitsrecht	503
C. Fazit	527
§ 7: Kleine und mittlere Unternehmen im Zivilverfahrensrecht	529
A. Das Erkenntnisverfahren	530
B. Die Einzelzwangsvollstreckung	569
C. Die Gesamtwangsvollstreckung	575
D. Fazit	598
Zweiter Teil	599
§ 8: Das Argument des Schwächerenschutzes	599
A. Grundlagen	600
B. Arbeits-, Miet-, Verbraucherschutz- und Handelsrecht als Referenzgebiete	611
C. Relevanz des Schwächerenschutzes für kleine und mittlere Unternehmen	648
D. Fazit	683
§ 9: Das Argument der Freiheit	684
A. Grundlagen	684

B. Arbeits-, Miet-, Verbraucherschutz- und Handelsrecht als Referenzgebiete	700
C. Relevanz des Arguments der Freiheit für kleine und mittlere Unternehmen	732
D. Fazit	748
§ 10: Das Argument der Effizienz	748
A. Grundlagen	749
B. Arbeits-, Miet-, Verbraucherschutz- und Handelsrecht als Referenzgebiete	757
C. Relevanz des Arguments der Effizienz für kleine und mittlere Unternehmen	800
D. Fazit	808
§ 11: Das Argument gerechter Verteilung	809
A. Grundlagen	809
B. Arbeits-, Miet-, Verbraucherschutz- und Handelsrecht als Referenzgebiete	821
C. Relevanz des Arguments gerechter Verteilung für kleine und mittlere Unternehmen	843
D. Fazit	846
Dritter Teil	847
§ 12: Eine Theorie der kleinen und mittleren Unternehmen	847
A. Einleitung	847
B. Primäre und sekundäre Parameter	848
C. Gesetzgebung	850
D. Rechtsprechung	883
§ 13: Zusammenfassung	884
A. Grundlagen	884
B. Erster Teil	887

C. Zweiter Teil	897
D. Dritter Teil	905
E. Fazit	910
Literaturverzeichnis	911

Inhaltsverzeichnis

§ 1: Grundlagen	37
A. Anlass der Untersuchung	37
B. Gegenstand der Untersuchung	49
I. Unternehmen	49
1. Gemeinsprachlicher Begriff	49
2. Wirtschaftswissenschaftlicher Begriff	50
3. Rechtswissenschaftlicher Begriff	53
a) Nationales Recht	54
b) Unionsrecht	58
4. Zwischenfazit	60
II. Kleine und mittlere	61
1. Gemeinsprachlicher Begriff	61
2. Wirtschaftswissenschaftlicher Begriff	62
a) Der weitgehende Gleichlauf mit dem Begriff des Mittelstands	62
b) Die Abgrenzung zum Begriff des Familienunternehmens	67
3. Rechtswissenschaftlicher Begriff	67
a) Nationales Recht	68
b) Unionsrecht	75
c) Ein kurzer Blick auf die internationale Bühne	81
4. Zwischenfazit, insbesondere Terminologie der Arbeit	83
III. Privatrecht	84
1. Verhältnis zum öffentlichen Recht	86
2. Verhältnis zum Bürgerlichen Recht und zum Zivilrecht	92
3. Zwischenfazit	93
IV. Subjektive Rechte und objektive Pflichten	94
1. Objektive Pflicht	94
2. Subjektives Recht	95
3. Zwischenfazit	97
V. Intendierte relative Begünstigung gegenüber großen Unternehmen	97
1. Begünstigung	97
2. Relativ	99

3. Intendiert	100
C. Struktur und Methode der Untersuchung	100
I. Der erste Teil der These	100
1. Empirisch	100
a) Nicht rechtshistorisch	101
b) Nicht rechtsvergleichend	101
c) Rechtssoziologisch auf rechtsdogmatischer Grundlage ...	102
(a) Das Ob der Größenspezifität	102
(i) „KMU“-spezifisch unterschiedlich geltende Normen	103
(ii) „KMU“-spezifisch unterschiedlich wirkende Normen	103
(iii) „KMU“-spezifisch hybride Normen	106
(b) Das Wie der Größenspezifität	107
(c) Besonderheiten der Größenspezifität in der Rechtsprechung	108
(i) Größere Begriffsvielfalt für die Unternehmensgröße	108
(ii) Unternehmensgröße als Konkretisierungsmerkmal von Generalklauseln	109
(d) Größenspezifität für das Unternehmen als Subjekt	110
2. Induktiv	111
3. Nicht werturteilsfrei	112
4. Zwischenfazit	114
II. Der zweite Teil der These	115
1. Normativ	115
2. Unmöglichkeit einer direkten, deduktiven Begründung	115
3. Indirekte, induktive Begründung	118
a) Die sonderprivatrechtlichen Referenzgebiete: Mietrecht, Arbeitsrecht, Verbraucherschutzrecht und Handelsrecht	118
b) Die Argumente: Schwächerenschutz, die Freiheit, die Effizienz und die gerechte Verteilung	121
(a) Keine ausschließlich sonderprivatrechtliche, nur potentiell andere Relevanz	121
(b) Unterschiedliche Reichweite der Regelungsgegenstände und Heterogenität der Rechtsinstitute	122
(c) Das Verhältnis der Argumente zueinander	124
c) Übertragbarkeit auf kleine und mittlere Unternehmen und Argument der Kohärenz	131

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	13
d) Einordnung des methodischen Vorgehens	132
4. Zwischenfazit	134
D. Forschungsstand zur Untersuchung	134
E. Zweck und Grenzen der Untersuchung	140
F. Gang der Untersuchung	142
Erster Teil	143
§ 2: Kleine und mittlere Unternehmen im Bürgerlichen Recht	143
A. Allgemeiner Teil	144
I. Begriff des Unternehmers	144
1. Existenzgründer	144
2. Internetverkäufer	145
II. Begriff des Verbrauchers	146
1. Die Verwaltung eigenen Vermögens	146
2. Personalsicherheit des geschäftsführenden Allein- oder Mehrheitsgesellschafters einer GmbH	148
3. Gesellschaft bürgerlichen Rechts	148
III. Zwischenfazit	149
B. Allgemeines Vertragsrecht	149
I. Vertragsanbahnung	149
1. Vorvertragliche Schutzpflichten	149
a) Aufklärungspflicht über Vergütungsbestandteil im Optionskaufpreis	149
b) Beratungspflicht über praktische Voraussetzungen der EDV-Nutzung	150
c) Keine größenspezifische Pflicht zum Abschluss einer Kaskoversicherung für Vorführwagen	151
d) Keine größenspezifische Aufklärungspflicht über Deckungslücke einer Kfz-Haftpflichtversicherung	152
2. C.i.c.-Haftung eines Dritten	152
3. Prospektpflicht und Prospekthaftung	153
a) Privilegierung als Berechtigte der Prospekthaftung	155
b) Privilegierung als Verpflichtete der Prospekthaftung	156
4. Diskriminierungsverbot	160

a)	Ausnahme vom zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot für „KMU“-Vermieter	160
b)	Schadensersatz	160
5.	Kontrahierungszwang	162
a)	Kein Kontrahierungszwang für Kreditvergabe gegenüber „KMU“	162
b)	Kontrahierungszwang für Energiebelieferung von Haushaltskunden	163
6.	Zwischenfazit	164
II.	Zustandekommen und Inhalt des Vertrags	165
1.	Auslegung nach §§ 133, 157 BGB	165
a)	Reisevermittlungsvertrag vs. Reisevertrag	165
b)	Frachtvertrag statt Speditionsvertrag	166
c)	Auflösende Bedingung statt Kündigungserfordernis	167
2.	Einbeziehung von AGB	167
3.	Mehrdeutige Klauseln nach § 305c Abs. 2 BGB	168
4.	Überraschende Klauseln nach § 305c Abs. 1 BGB	169
5.	Duldungs- und Anscheinsvollmacht	169
6.	Zwischenfazit	170
III.	Wirksamkeit des Vertrags	171
1.	Formnichtigkeit	171
2.	Verstoß gegen ein Verbotsgesetz	172
3.	Sittenwidrigkeit	172
a)	Gläubigergefährdung durch Sanierungskredit	172
b)	Gefährdung der Entschlussfreiheit	173
4.	Inhaltskontrolle von AGB	174
a)	Keine formelle Privilegierung kleiner Unternehmen	174
b)	Größenspezifisch hybride Privilegierungen kleiner Unternehmen	177
(a)	Vorliegen von AGB	177
(b)	Haftungsbeschränkung eines Energieversorgers gegenüber Sonderkunden	178
(c)	Aufwendungsersatz bei sog. Ein- und Ausbaufällen ..	179
(d)	Zahlungsfristklausel in AGB eines Frachtvertrags	182
(e)	Beschränkung von Mehrvergütungsansprüchen	183
(f)	Schadensersatzbewehrte Vorleistungspflicht des Käufers bei Zahlungsverzug	184
(g)	Bearbeitungsentgelte für Darlehensverträge	185
(i)	Instanzengerichtliche Rechtsprechung	185
(ii)	Obergerichtliche Rechtsprechung	188
(iii)	Höchstrichterliche Rechtsprechung	189

(h) Vertragsstrafenklausel in einer strafbewehrten Unterlassungserklärung	190
(i) Laufzeit- und Verlängerungsklausel	191
(j) Vorhalt sämtlicher Modellreihen als Vorführfahrzeuge	192
(k) Aufrechnung mit Drittforderung	193
(l) Renovierungsklausel mit starrem Fristenplan bei Gewerberaummiete	193
(m) Zwischenfazit	194
5. Bindung an eine Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen	196
6. Zwischenfazit	199
IV. Bindung an den Vertrag	199
1. Anfechtung	199
2. Störung der Geschäftsgrundlage	200
3. Widerrufsrechte	201
4. COVID 19-bedingtes Moratorium	203
5. Zwischenfazit	203
V. Leistungsstörungen	204
1. Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB	205
a) Leistungspflichtverletzung	205
b) Nebenpflichtverletzung	208
(a) Untersuchungspflicht eines Kfz-Händlers	208
(b) Aufklärungspflicht über bereits abgegebene Unterlassungserklärung	209
2. Verzug	211
3. Schlechtleistung	216
4. Zwischenfazit	217
VI. Zwischenfazit	217
C. Besonderes Vertragsrecht	218
I. Der Unternehmerregress	219
II. Der Existenzgründerschutz	224
III. Mietverträge eines „Kleinvermieters“	226
1. Kündigung wegen Eigenbedarfs einer GbR	226
2. Zur Privilegierung von „Kleinvermietern“ de lege ferenda ...	227
IV. Der „Bauhandwerker“-Werkvertrag	227
1. Die Bauhandwerkerversicherung	228
2. Abschlagszahlungen	231
3. Die Durchgriffsfälligkeit	231
4. Exkurs: Fertigstellungsbescheinigung	233

V. Der Pauschalreisevertrag	234
VI. Haftung des Gastwirts	235
VII. Versicherung von Großrisiken	236
VIII. Wertpapierdienstleistungen gegenüber privaten Kunden	238
IX. Exkurs: Gemeinsames Europäisches Kaufrecht	242
X. Zwischenfazit	250
D. Außervertragliches Schuldrecht	251
I. Deliktsrecht	251
1. Rechtsguts- oder Schutzgesetzverletzung	252
a) Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	252
b) Wildschäden	253
c) Vorenthaltung und Veruntreuen von Arbeitsentgelt	254
d) Verstoß gegen kapitalmarktrechtliche ad hoc-Publizität	255
e) Exkurs: Verstoß gegen kapitalmarktrechtliche periodische Publizität	257
2. Rechtswidrigkeit	257
a) (Keine) Pflicht zur Unterlassung einer kritischen Berichterstattung	257
b) Verkehrssicherungspflicht eines Bauherrn	258
c) (Keine) Pflicht zur Unterlassung eines Boykottaufrufs	259
3. Verschulden	260
a) (Keine) Modifizierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs	260
b) Auswahl-, Überwachungs- und Organisationsverschulden	261
4. Haftungsausfüllung	263
a) Objektive Zurechenbarkeit des Schadens	263
(a) Gemeinkosten	263
(b) Rechtsanwaltskosten	264
b) Mitverschulden	265
(a) Unfallersatztarif	265
(b) Erneut: Rechtsanwaltskosten	266
(c) Verkehrssicherungsobliegenheit	266
5. Exkurs: Unionszivilrechtliche Haftung von Ratingagenturen	267
II. Bereicherungsrecht	268
1. Konditionsausschluss wegen Kenntnis der Nichtschuld	268
2. Verwirkung eines Bereicherungsanspruchs	269
III. Zwischenfazit	270
E. Sachen-, Familien- und Erbrecht	271

F. Fazit	271
§ 3: Kleine und mittlere Unternehmen im Gesellschaftsrecht	273
A. Personen(handels)gesellschaften	276
I. Das GbR-Recht	276
1. Die GbR als Organisationsform für Kleinunternehmen	276
2. Privilegierungen für GbR	276
a) Geringerer Detaillierungsgrad	276
b) Größere Dispositivität	277
c) § 176 Abs. 1 HGB als Diskriminierung der GbR?	278
II. Das Menü personengesellschaftsrechtlicher Organisationsformen	279
1. OHG als zusätzliche Organisationsform für Kleinunternehmen	279
2. KG als zusätzliche Organisationsform für Kleinunternehmen	280
3. EWIV als zusätzliche Organisationsform für KMU	281
III. Zwischenfazit	283
B. Kapitalgesellschaften	283
I. Größenspezifische Zugangshürden für Kleinstunternehmen	283
1. Nennkapital als formale Schlechterstellung von Kleinstunternehmen	284
2. Irrelevanz der Gesellschafteranzahl	286
II. Das GmbH-Recht	287
1. Die GmbH als Organisationsform für kleine und mittlere Unternehmen	287
2. Privilegierungen für GmbH	288
a) Geringerer Detaillierungsgrad	288
b) Größere Dispositivität	290
c) Strengere Organpflichten im Verhältnis zur Gesellschaft	292
III. Das Aktienrecht	294
1. Das Recht der nichtbörsennotierten Aktiengesellschaft	294
a) Nichtbörsennotierte Aktiengesellschaften als kleine und mittlere Unternehmen	294
b) Gesellschaft als Berechtigte	297
(a) Verjährung von Organhaftungsansprüchen	297
(b) Mitteilungspflichten über Beteiligungen	298
c) Gesellschaft als Verpflichtete	298

(a) Größere Organisationsfreiheit	299
(b) Größere Verfahrensfreiheit bei der Willensbildung ...	300
(c) Größere Inhaltsfreiheit bei der Willensbildung	305
(d) Geringere Transparenz	305
(e) Größere Freiheit bei der Willensbetätigung	306
(f) Kürzere Pflicht zur Bestellung von Sonderprüfern	307
2. Formell allgemeines Aktienrecht	308
a) Gesellschaft als Verpflichtete	308
(a) Mindestgröße des Vorstands	308
(b) Maximalgröße des Aufsichtsrats	308
b) Gesellschaft als Berechtigte	309
(a) Das Gefahrenfrüherkennungs- und Überwachungssystem	309
(b) Allgemeine Leitungspflicht	311
3. Ein Blick in die Zukunft: Aktienrecht für formelle KMU? ...	315
IV. Die Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer	316
1. Nichtmitbestimmte Unternehmen als kleine und mittlere Unternehmen	317
2. Privilegierungen für nichtmitbestimmte Unternehmen	322
V. Das Umwandlungsrecht	323
VI. Exkurs: Neue unionsrechtliche Kapitalgesellschaftsformen	324
1. Die Societas Privata Europaea (SPE)	324
a) SPE als Organisations- und Handlungsform für KMU ...	324
b) Privilegierung durch SPE	326
(a) Einheitlichkeit als Privilegierung?	326
(b) SPE als zusätzliche Organisationsform für KMU? Zur KMU-Eignung der SE	327
(c) Einfachheit und Flexibilität als Privilegierung	331
c) Scheitern der SPE	334
2. Die Societas Unius Personae (SUP)	335
a) SUP als Organisationsform für Kleinstunternehmen und Handlungsform für KMU	335
b) Privilegierung durch SUP	337
(a) Einheitlichkeit als Privilegierung?	337
(b) SUP als zusätzliche Organisationsform für Kleinstunternehmen	338
(c) Einfachheit und Flexibilität als Privilegierung	338
c) Scheitern der SUP	338
VII. Exkurs: Europäisches Konzernrecht	339
VIII. Zwischenfazit	341

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	19
C. Sonstige formkaufmännische Körperschaften	342
D. Fazit	342
§ 4: Kleine und mittlere Unternehmen im Handelsrecht	343
A. Der Kaufmann	344
I. Einzelkaufmann	344
1. Der Nicht-Kaufmann als kleiner Einzelgewerbetreibender ...	345
2. Wahlmöglichkeit zwischen BGB und Handelsrecht für kleine Einzelgewerbetreibende	350
3. Die fehlende Strenge des Zivilrechts für kleine Einzelgewerbetreibende	352
II. Handelsgesellschaften	352
1. Personen(handels)gesellschaften	352
a) Die Nicht-Personenhandelsgesellschaft als kleingewerbliche Personengesellschaft	353
b) Wahlmöglichkeit zwischen Zivilrecht und Handelsrecht für kleingewerbliche Personengesellschaften	354
c) Die fehlende Strenge des Zivilrechts für kleingewerbliche Personengesellschaften	354
2. Kapital(handels)gesellschaften	355
III. Zwischenfazit	355
B. Selbstständige Hilfspersonen des Kaufmanns	355
I. Handelsvertreter	355
II. Franchisenehmer	359
III. Vertragshändler	360
IV. Zwischenfazit	361
C. Handelsgeschäfte	362
I. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben	362
II. Die kaufmännische Sorgfalt	363
III. Ausschluss des Abtretungsausschlusses	363
IV. Rügeobliegenheit	366
V. Zwischenfazit	367
D. Die Rechnungslegung	368

I. Allgemeine Rechnungslegungspflichten	371
1. Buchführungs- und Inventarpflicht	371
2. Allgemeine Jahresabschlusspflicht	371
II. Besondere Rechnungslegungspflichten	372
1. Die Größenklassen	372
a) Einzelunternehmen	372
(a) Kleine, mittelgroße und große Kapitalgesellschaften sowie große Unternehmen	372
(b) (Nicht-)Kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften und Unternehmen	375
b) Kleine, mittelgroße und große Konzerne	376
2. Besondere Jahresabschluss-, Anhangs- und Lageberichtsspflicht	378
a) Einzelabschluss	378
b) Konzernabschluss	379
3. Die Prüfungs- und Offenlegungspflicht	380
a) Einzelabschluss	380
b) Konzernabschluss	381
III. Exkurs: IFRS für kleine und mittlere Unternehmen	382
IV. Rechenschaft über Corporate Social Responsibility	383
1. Erklärung zur Unternehmensführung	384
2. Die nichtfinanzielle Erklärung	384
V. Zwischenfazit	387
E. Fazit	388
§ 5: Kleine und mittlere Unternehmen im Wettbewerbsrecht	388
A. Kartellrecht	389
I. Europäisches Kartellrecht	390
1. Kartellverbot	390
a) Der Grundsatz	390
b) Gruppenfreistellungen	393
2. Verbot von Marktmachtmissbrauch	398
3. Fusionskontrolle	399
II. Nationales Kartellrecht	400
1. Kartellverbot	401
a) Der Grundsatz	401
b) Gruppenfreistellungen	402

c) Mittelstandskooperationen	402
d) Einkaufskooperationen	406
2. Verbot von Marktmachtmissbrauch	408
a) Vertikalverhältnis	408
(a) Verbot unbilliger Behinderung oder Diskriminierung	408
(i) Absolute Marktmacht	408
(ii) Relative Marktmacht	410
(b) Verbot zur Aufforderung ungerechtfertigter Vorteilsgewährung	412
b) Horizontalverhältnis	413
3. Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ...	415
4. Kartellschadensersatz	416
5. Mittelstandsempfehlungen	421
6. Zusammenschlusskontrolle	422
a) Der Grundsatz	422
b) Entfallen der Bagatellklausel	423
c) Die Pressesanierungsklausel	424
III. Zwischenfazit	425
B. Lauterkeitsrecht	427
I. Europäischer Rahmen des Lauterkeitsrechts	427
1. Die UGP-Richtlinie	428
2. Die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung	430
3. Die Richtlinie über Geschäftsgeheimnisse	433
4. Das Grünbuch über unlautere Handelspraktiken	433
II. Nationales Lauterkeitsrecht	435
1. Vorbemerkung: Handeln eines Organs vs. des Unternehmens	436
2. Tatbestände	438
a) Die lauterkeitsrechtliche Generalklausel	438
(a) Die Entstehungsmaterialien	439
(b) Die höchstrichterliche Rechtsprechung	440
b) Rechtsbruch	443
(a) Marktverhaltensnorm	443
(b) Spürbarkeit der Beeinträchtigung	445
c) Gezielte Behinderung	446
d) Unzumutbare Belästigung	447
e) Unzulässige AGB nach UKlaG	448
3. Rechtsfolgen	449
a) Unterlassungsanspruch	449
(a) Aktivlegitimation	449
(b) Wiederholungsgefahr	450

(c) Der Missbrauchseinwand – zugleich zur „Abmahnindustrie“	452
b) Schadensersatz	456
(a) Fahrlässigkeit	456
(b) Objektive Zurechenbarkeit des Schadens	457
c) Gewinnabschöpfung	458
d) Aufwendungsersatz für Abmahnung	459
e) Exkurs: Schadensersatz für Abmahnung im Immaterialgüterrecht	461
f) Anspruch auf Vertragsstrafe	463
4. Mittelstandsschützende Relikte der Vergangenheit	464
a) Wegfall des Sonderveranstaltungsverbots	464
b) Wegfall der Verbote für die Werbung mit Hersteller- oder Großhändlereigenschaft und den „Kaufscheinhandel“ ...	465
c) Wegfall der Verbote der öffentlichen Werbung mit mengenmäßiger Beschränkung und von Preisgegenüberstellungen	466
d) Wegfall des Rabattgesetzes	467
(a) Das Rabattverbot	467
(b) Die Ausnahme für Treuergütungen	468
III. Zwischenfazit	469
C. Fazit	470
§ 6: Kleine und mittlere Unternehmen im Arbeitsrecht	471
A. Individualarbeitsrecht	473
I. Diskriminierungsschutz	474
1. Abschluss eines Arbeitsvertrags	474
2. Durchführung des Arbeitsvertrags	475
3. Entgelttransparenz	477
II. Inhalt des Arbeitsvertrags	480
1. Ansprüche auf Verringerung der Arbeitszeit	480
2. Anspruch auf Pflegezeit	483
3. Die sachgrundlose Befristung	483
4. Recht auf Arbeitnehmererfindung	484
5. Fürsorge(- und Verkehrssicherungs)pflcht des Arbeitgebers	485
6. Der Arbeits(zeit)schutz	488

III. Wirksamkeit des Arbeitsvertrags	491
1. Die unzulässige Arbeitnehmerüberlassung	491
2. Arbeitsvertragliche Inhaltskontrolle von AGB	492
IV. Fortbestehen des Arbeitsvertrags	493
1. Kündigungsfrist	493
2. Kündigungsschutz	494
a) Schwellenwert	494
b) Wartezeit	501
c) Wichtiger Grund	502
V. Zwischenfazit	502
B. Kollektivarbeitsrecht	503
I. Tarifvertragsrecht	503
1. Paritätsgebot und Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht	503
2. Der Firmentarifvertrag	505
3. Die Arbeitnehmerentsendung und die Pflicht zur Zahlung von Beiträgen zur Urlaubskasse	506
II. Die betriebliche Mitbestimmung	507
1. Die betriebsverfassungsrechtlichen Organe	508
a) Der Betriebsrat	508
(a) Die Betriebsratsfähigkeit	508
(b) Vereinfachtes Wahlverfahren bei Kleinbetrieben	511
(c) Die Zahl der (freigestellten) Betriebsratsmitglieder ...	511
(d) Gesetzliche oder autonome Delegation auf Ausschüsse und Arbeitsgruppen	512
b) Der Wirtschaftsausschuss	513
c) Der Europäische Betriebsrat	514
2. Die betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechte ..	515
a) Soziale Angelegenheiten	515
b) Personelle Angelegenheiten	516
(a) Personelle Einzelmaßnahmen	516
(b) Allgemeine personelle Angelegenheiten	517
c) Wirtschaftliche Angelegenheiten	518
(a) Die Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses	518
(b) Die Unterrichtung der Arbeitnehmer	519
(c) Hinwirkung auf Unterrichtung der Arbeitnehmer bei Kontrollerwerb	519
d) Insbesondere: Betriebsänderungen	520
(a) Die Unterrichtung von und Beratung mit dem Betriebsrat über Massenentlassungen	520

(b) Die Unterrichtung von und Beratung mit dem Betriebsrat über Betriebsänderungen	522
(c) Die Hinzuziehung eines Beraters	523
(d) Interessenausgleich und Sozialplan	523
(i) Die Pflicht zu einem Verständigungsversuch über einen Interessenausgleich	523
(ii) Die Erzwingbarkeit eines Sozialplans	524
(iii) Der Inhalt des erzwungenen Sozialplans	526
III. Zwischenfazit	526
C. Fazit	527
§ 7: Kleine und mittlere Unternehmen im Zivilverfahrensrecht	529
A. Das Erkenntnisverfahren	530
I. Der Zugang zum Erkenntnisverfahren	530
1. Die Schiedsvereinbarung	531
2. Die Gerichtsstands- und Erfüllungsortvereinbarung	532
3. Der „fliegende Gerichtsstand“ im Lauterkeitsrecht	533
4. Prozesskostenhilfe	535
5. Höhe der Verfahrenskosten	537
a) Die beiderseitig geltende Streitwertbestimmung	537
b) Die einseitig geltende Streitwertminderung	542
6. Die Kostenerstattung	546
a) Entschädigung für Zeitversäumnis	546
b) Gebühren für einen Zweitanwalt	547
c) Reisekosten einer fiktiven Informationsreise der Partei ...	549
II. Die Durchführung des Erkenntnisverfahrens	551
1. Ordnungsgemäßer Antrag	551
2. Der Anwaltszwang	552
3. Das Feststellungsinteresse	553
4. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	554
5. Darlegungs- und Beweislast	556
a) Die Beweislastumkehr bei der Produzentenhaftung	556
b) Sittenwidrigkeit beim Ratenkredit und Finanzierungsleasing	558
c) Der wichtige Grund für eine außerordentliche Kündigung	560
d) Tatsachengrundlage für Schadensschätzung	561

e) Widerleglich vermutete Relevanz des Ansehens der Person bei kleineren Vermietern	561
6. Anscheinsbeweis	563
7. Beweiswürdigung	564
a) Grundsatz der freien Beweiswürdigung	564
b) Beweisregeln	565
c) Beweismaßsenkung	565
III. Unionsrechtliche Ergänzungen	566
1. Das europäische Mahnverfahren als zusätzliches Erkenntnisverfahren	566
2. Das europäische Verfahren über geringfügige Forderungen als zusätzliches Erkenntnisverfahren	567
3. Ein Blick in die Zukunft: Ein europäisches Handelsgericht ..	568
IV. Zwischenfazit	568
B. Die Einzelzwangsvollstreckung	569
I. Kleine und mittlere Unternehmen als Vollstreckungsschuldner	569
1. Pfändungsschutz	569
2. Ordnungsgeld	571
3. Vollstreckungserinnerung	572
II. Kleine und mittlere Unternehmen als Vollstreckungsgläubiger ..	573
1. Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung	573
2. Das europäische Mahnverfahren als Vollstreckbarkeitserleichterung	573
3. Das europäische Verfahren über geringfügige Forderungen als Vollstreckbarkeitserleichterung	574
III. Zwischenfazit	574
C. Die Gesamtwangsvollstreckung	575
I. Kleine und mittlere Unternehmen als Schuldner	576
1. Vorinsolvenzliche Restrukturierungsmaßnahmen	577
2. Eröffnungsantrag und Vorgespräch	579
3. Der vorläufige Gläubigerausschuss	580
4. Das Insolvenzplanverfahren	581
5. Die (vorläufige) Eigenverwaltung	582
6. Das Schutzschirmverfahren	586
7. Das Verbraucherinsolvenzverfahren	587
8. Das Konzerninsolvenzverfahren	589
II. Kleine und mittlere Unternehmen als Gläubiger	590
1. Der „Bail in“ der Bankeninsolvenz	590

2. Der Vorrang der Einlageforderungen von KMU in der Bankeninsolvenz	591
3. Kleingläubiger im Gläubigerausschuss	592
4. Kleingläubiger als besondere Gruppe beim Insolvenzplan	593
5. „KMU“-Gläubiger im Rahmen eines vorinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahrens	594
6. Die Forderungsanmeldung nach der EuInsVO	595
III. Zwischenfazit	597
D. Fazit	598
 Zweiter Teil	 599
§ 8: Das Argument des Schwächerenschutzes	599
A. Grundlagen	600
I. Inhalt des Arguments	600
1. Expliziter Schwächerenschutz	600
2. Impliziter Schwächerenschutz	603
II. Normative Relevanz des Arguments im Privatrecht	606
III. Die unterschiedlichen Dimensionen des Arguments	607
1. Soziale Dimension	607
2. Intellektuelle Dimension	608
3. Psychologische Dimension	608
4. Informationelle Dimension	609
5. Finanzielle Dimension	609
6. Ökonomische Dimension	610
B. Arbeits-, Miet-, Verbraucherschutz- und Handelsrecht als Referenzgebiete	611
I. Arbeitsrecht	611
1. Positive Stimmen	611
2. Kritische Stimmen	616
II. Mietrecht	619
1. Positive Stimmen	619
2. Kritische Stimmen	624
III. Verbraucherschutzrecht	626
1. Positive Stimmen	626
2. Kritische Stimmen	637

IV. Handelsrecht	643
1. Positive Stimmen	643
2. Kritische Stimmen	647
V. Zwischenfazit	648
C. Relevanz des Schwächerenschutzes für kleine und mittlere Unternehmen	648
I. Positive Stimmen	649
1. Bestandsaufnahme	649
a) Nationale Stimmen	649
b) Internationale Stimmen	663
2. Zwischenfazit	667
II. Kritische Stimmen	667
1. Schwäche als empirisch unhaltbares Argument	667
a) Bestandsaufnahme	667
b) Stellungnahme	671
2. Schwäche kein hinreichendes Argument	676
a) Bestandsaufnahme	676
b) Stellungnahme	679
3. Schwäche als unbestimmtes Argument	679
a) Bestandsaufnahme	679
b) Stellungnahme	680
4. Schwäche als unpraktikables Argument	682
a) Bestandsaufnahme	682
b) Stellungnahme	683
5. Zwischenfazit	683
D. Fazit	683
§ 9: Das Argument der Freiheit	684
A. Grundlagen	684
I. Formelle Freiheit	684
1. Inhalt	684
2. Normative Relevanz des Arguments im Privatrecht	686
II. Materielle Freiheit	687
1. Inhalt	687
2. Verhältnis zum Argument des Schwächerenschutzes	690
3. Normative Relevanz des Arguments im Privatrecht	690

III. Soziale Freiheit	691
1. Inhalt	691
a) Soziale Freiheit als soziale Verantwortung gegenüber der Gemeinschaft	692
b) Soziale Freiheit als Solidarität gegenüber Privatrechtssubjekt	694
2. Verhältnis zum Argument des Schwächerenschutzes und der materiellen Freiheit	696
3. Normative Relevanz des Arguments im Privatrecht	698
B. Arbeits-, Miet-, Verbraucherschutz- und Handelsrecht als Referenzgebiete	700
I. Arbeitsrecht	700
1. Formelle Freiheit	700
2. Materielle Freiheit	701
3. Soziale Freiheit	704
II. Mietrecht	707
1. Formelle Freiheit	707
2. Materielle Freiheit	707
3. Soziale Freiheit	708
III. Verbraucherschutzrecht	708
1. Formelle Freiheit	708
2. Materielle Freiheit	711
3. Soziale Freiheit	721
IV. Handelsrecht	725
1. Formelle Freiheit?	725
2. Materielle Freiheit	726
3. Soziale Freiheit	727
V. Zwischenfazit	732
C. Relevanz des Arguments der Freiheit für kleine und mittlere Unternehmen	732
I. Formelle Freiheit	733
II. Materielle Freiheit	733
1. Positive Stimmen	733
2. Kritische Stimmen	738
III. Soziale Freiheit	739
1. Positive Stimmen	739
2. Kritische Stimmen	746
a) Bestandsaufnahme	746
b) Stellungnahme	747

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	29
IV. Zwischenfazit	747
D. Fazit	748
§ 10: Das Argument der Effizienz	748
A. Grundlagen	749
I. Inhalt des Arguments	749
II. Normative Relevanz des Arguments im Privatrecht	751
III. Dimensionen des Arguments	754
1. Marktversagen	754
2. Transaktionskosten	756
B. Arbeits-, Miet-, Verbraucherschutz- und Handelsrecht als Referenzgebiete	757
I. Mietrecht	757
1. Positive Stimmen	757
2. Kritische Stimmen	761
II. Arbeitsrecht	762
1. Positive Stimmen	762
2. Kritische Stimmen	767
III. Verbraucherschutzrecht	767
1. Positive Stimmen	767
2. Kritische Stimmen	782
IV. Handelsrecht	786
1. Positive Stimmen (?)	786
2. Keine kritischen Stimmen	796
V. Zwischenfazit	797
C. Relevanz des Arguments der Effizienz für kleine und mittlere Unternehmen	800
I. Positive Stimmen	800
II. Kritische Stimmen	805
III. Zwischenfazit	807
D. Fazit	808

§ 11: Das Argument gerechter Verteilung	809
A. Grundlagen	809
I. Inhalt des Arguments	809
II. Verhältnis zum Argument sozialer Freiheit, materieller Freiheit und des Schwächerenschutzes	813
III. Normative Relevanz des Arguments im Privatrecht	815
1. Unmittelbare Verteilung im konkreten Privatrechtsverhältnis	817
a) Der Privatrechtsgesetzgeber als unmittelbar verteilende Instanz	817
b) Die jeweilige Partei als unmittelbar verteilende Instanz ..	819
2. Mittelbare Verteilungswirkung über das konkrete Privatrechtsverhältnis hinaus	820
B. Arbeits-, Miet-, Verbraucherschutz- und Handelsrecht als Referenzgebiete	821
I. Mietrecht	821
1. Positive Stimmen	821
2. Kritische Stimmen	824
II. Arbeitsrecht	830
1. Positive Stimmen	830
2. Kritische Stimmen	830
III. Verbraucherschutzrecht	833
1. Positive Stimmen	833
2. Kritische Stimmen	835
IV. Handelsrecht	842
V. Zwischenfazit	842
C. Relevanz des Arguments gerechter Verteilung für kleine und mittlere Unternehmen	843
I. Positive Stimmen	843
II. Kritische Stimmen	845
III. Zwischenfazit	845
D. Fazit	846

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	31
<hr/>	
Dritter Teil	847
§ 12: Eine Theorie der kleinen und mittleren Unternehmen	847
A. Einleitung	847
B. Primäre und sekundäre Parameter	848
I. Primäre Parameter	848
II. Sekundäre Parameter	849
C. Gesetzgebung	850
I. Allgemeiner Teil – Der größenspezifische Status	850
1. Zwischen personaler Kategorisierung bzw. Typisierung und personalen Konkretisierung	850
2. Zwischen Rigidität und Flexibilisierung	853
3. Zwischen einzelnen und kombinierten Größenmerkmalen ...	854
4. Die Korrelation der primären Parameter mit bestimmten Größenmerkmalen und -klassen	854
a) Korrelation mit der Leistungsfähigkeit	855
(a) Informationelle Leistungsfähigkeit	855
(b) Intellektuelle Leistungsfähigkeit	856
(c) Psychologische Leistungsfähigkeit	858
(d) Finanzielle Leistungsfähigkeit	858
(e) Ökonomische Leistungsfähigkeit	858
(f) Verhältnis der unterschiedlichen Leistungsfähigkeiten zueinander – einheitliches Argument der Leistungsfähigkeit	859
b) Korrelation mit der individuellen Sozial- und Freiheitsrelevanz	861
c) Korrelation mit der geschuldeten Solidarität	863
5. Die Definition der Größenklassen	864
a) Bezugssubjekt	864
b) Berechnungs- und Ermittlungsmethode	864
(a) Der Eigentümer-Unternehmer als qualitatives Merkmal	864
(b) Beschäftigte, Umsatz und Bilanzsumme als quantitative Merkmale	865
c) Berechnungs- und Ermittlungszeitpunkt	866
d) Anpassung der Schwellenwerte im Zeitablauf	866
II. Besonderer Teil – Leitlinien für ein Sonderprivatrecht	867
1. Bürgerliches Recht	868

a) Ermöglichungszweck des Vertragsrechts	868
(a) Leistungspflichten	869
(i) Gewöhnlicher vs. außergewöhnlicher Geschäftsbetrieb	869
(ii) Existenzielles Angewiesensein gegenüber Marktmacht	871
(b) Schutzpflichten	872
b) Rechtsgüterschutz durch Deliktsrecht	872
2. Gesellschaftsrecht	873
a) Ermöglichungszweck des Gesellschaftsrechts	873
b) Rahmenzwecke des Gesellschaftsrechts	874
(a) Schutz der (Minderheits-)Gesellschafter	874
(b) Gewährleistung der unternehmerischen Arbeitnehmermitbestimmung	875
(c) Absicherung der geschützten Gläubigerinteressen	875
3. Handelsrecht	876
a) Leichtigkeit und Sicherheit des (Massen-)Geschäftsverkehrs	876
b) Berücksichtigung geringerer Leistungsfähigkeit	877
4. Wettbewerbsrecht	877
a) Schutz des freien und lautereren Wettbewerbs	877
b) Berücksichtigung der geringeren Leistungsfähigkeit	878
5. Arbeitsrecht	879
a) Schutz des Arbeitnehmers	879
b) Berücksichtigung geringerer Leistungsfähigkeit	880
6. Zivilverfahrensrecht	881
a) Effektiver Schutz subjektiver Rechte	881
b) Berücksichtigung individueller Sozial- und Freiheitsrelevanz	882
D. Rechtsprechung	883
I. Anwendung der gesetzgeberischen Größenklassifikation	883
II. Kontextspezifische Kompetenz zur größenspezifischen Konkretisierung	883
§ 13: Zusammenfassung	884
A. Grundlagen	884

B. Erster Teil	887
I. Bürgerliches Recht	887
II. Gesellschaftsrecht	889
III. Handelsrecht	890
IV. Wettbewerbsrecht	891
V. Arbeitsrecht	894
VI. Zivilverfahrensrecht	895
VII. Ergebnis	897
C. Zweiter Teil	897
I. Das Argument des Schwächerenschutzes	897
II. Das Argument der Freiheit	898
III. Das Argument der Effizienz	900
IV. Das Argument gerechter Verteilung	903
V. Ergebnis	904
D. Dritter Teil	905
E. Fazit	910
Literaturverzeichnis	911

„Mannigfach verschiedene menschliche Eigenschaften erscheinen in den verschiedenen Rechtszeitaltern als typisch, als wesentlich, als maßgebliche Angriffspunkte für die rechtliche Normierung“. Gustav Radbruch

