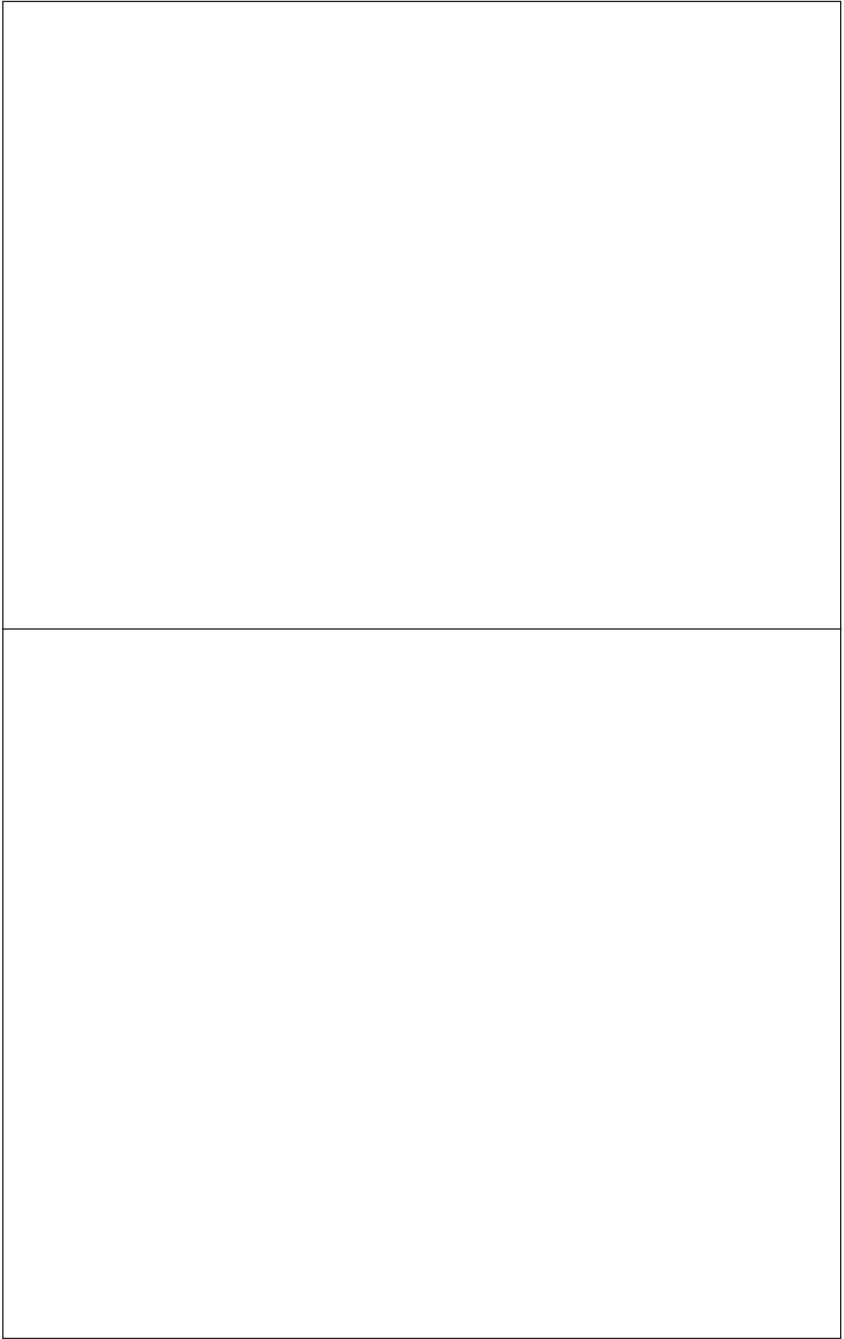


Burkhard Gehle | Heribert Hirte
Daniel Lochner (Hrsg.)

Festschrift für Thomas Heidel



Nomos



Burkhard Gehle | Heribert Hirte
Daniel Lochner (Hrsg.)

Festschrift für Thomas Heidel



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

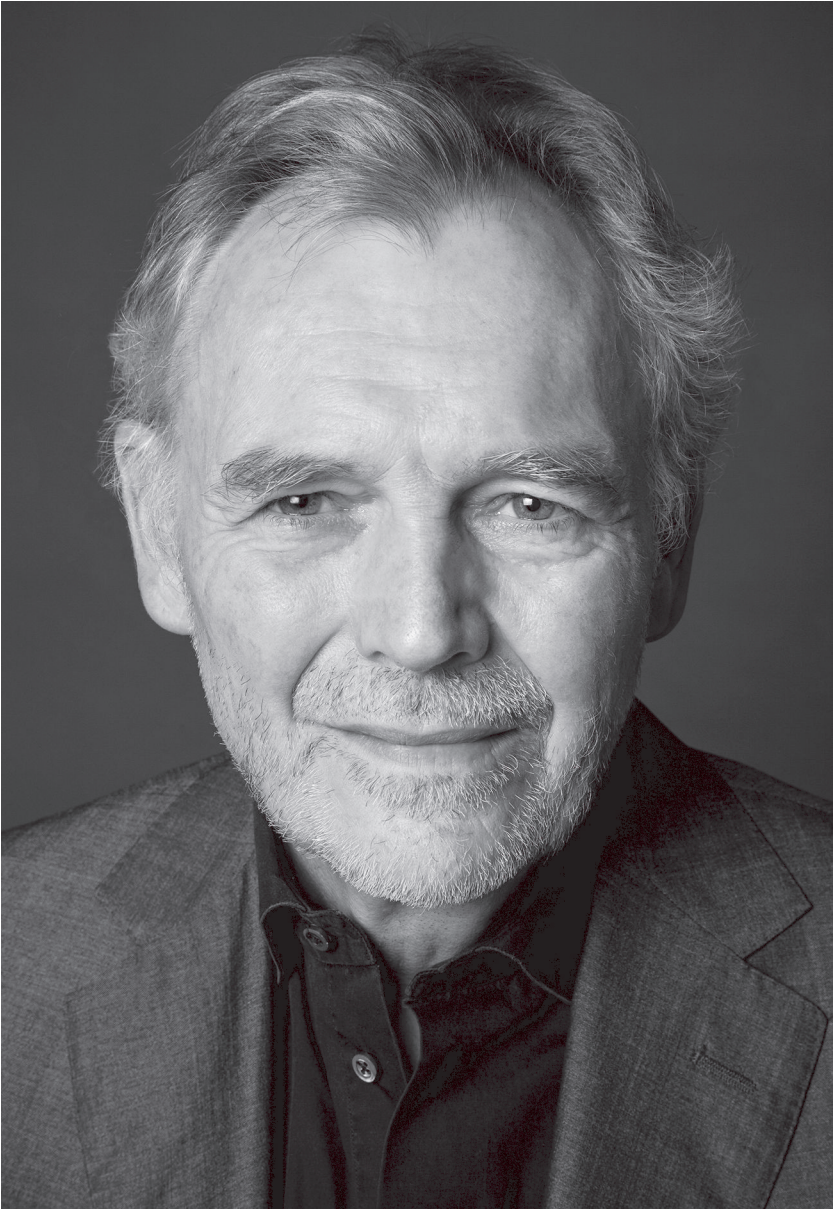
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8126-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-2543-9 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. 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. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.



© Schafgans

Vorwort

Thomas Heidel vollendete am 27. Juli 2021 das 65. Lebensjahr. Aus diesem Anlass ehren ihn die Herausgeber und Autoren mit vorliegender Festschrift. Der Kreis der Mitwirkenden vereint das gesamte Spektrum juristischer Tätigkeit in Wissenschaft und Praxis, von der Forschung über den weiten Bereich der Beratung bis hin zur Konfliktbewältigung, wobei von der Ausbildung bis zum Ruhestand jeder Lebensabschnitt vertreten ist. Als Forum freier Ideen spiegeln die Beiträge, wofür *Thomas Heidel* seit vielen Jahren steht, geschätzt wird und was auch seine anwaltliche Arbeit prägt.

Sie nehmen die herausfordernden Themen unserer Zeit in den Blick und lassen in ihrer Gesamtheit die Vielfalt der Problematik aufscheinen, mit der man bei der Anwendung des Gesellschaftsrechts und benachbarter Rechtsgebiete in der Praxis umgehen muss. Vielfalt und Weite kennzeichnen auch den Werdegang von *Thomas Heidel*, der nicht nur die Rechte, sondern auch Volkswirtschaft und Politikwissenschaften studiert hat. Geboren in Berlin wuchs *Thomas Heidel* in Oldenburg und Delmenhorst auf. Nach seinem Studium in Kiel und Freiburg betreute der Verfassungsrichter Prof. Dr. mult. Konrad Hesse seine Dissertation zum Thema: „Verfassungsfragen der Finanzierung von Privatfunk durch Werbung“. Seit 1987 ist *Thomas Heidel* bei Meilicke Hoffmann & Partner als Rechtsanwalt in Bonn tätig und lebt dort mit seiner Ehefrau Uschi Heidel, mit der er drei Kinder hat.

Früher Schwerpunkt seiner anwaltlichen Tätigkeit war neben dem Gesellschaftsrecht das Steuerrecht. Seine Herausgeberschaft von juristischen Werken und seine Veröffentlichungen spiegeln die gesamte Breite anwaltlichen Schaffens wider. Sie decken mit namhaften Werken das Aktien- und Kapitalmarktrecht, Handelsrecht, das Bürgerliche Recht und das Steuerrecht ab, aber auch die Praxisliteratur zur anwaltlichen Gestaltung. Ebenso wie bei der anwaltlichen Tätigkeit liegt der Kernbereich seines wissenschaftlichen Wirkens im Aktienrecht. Besonders hervorzuheben ist daher unter seinen Werken der „Heidel“, der von ihm als Alleinherausgeber inzwischen in 5. Auflage im Nomos-Verlag erschienene Kommentar zum Aktiengesetz und zu den angrenzenden Rechtsgebieten.

Sein Selbstverständnis als Jurist, ohne Angst vor dem weißen Blatt nie aufzuhören, neu anzufangen mit dem Mut, neue Wege zu beschreiten, zeigt sich immer wieder in der wissenschaftlichen und praktischen Auseinandersetzung mit neuen oder jedenfalls in der Praxis bislang ungenutzten

Regelungen, seien dies nun 2002 die Schuldrechtsreform, 2020 das neue Aktienrecht nach ARUG II sowie die Corona-Gesetzgebung oder die Aktivierung des Rechtsinstituts des Besonderen Vertreters. Der Deutsche Juristentag 2018 hat ihn als Referenten zur Reform des Beschlussmängelrechts gesehen. Beratung, Vertretung vor Gericht und mehrfache Bestellung zum Besonderen Vertreter in der Aktiengesellschaft haben mithin eine fundierte Basis.

Dem entspricht der große Bogen der nachfolgenden Abhandlungen in Spektrum und Anspruchshöhe, von den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundlagen ausgehend bis in die Detailprobleme des Aktienrechts von der Gründung bis zur Auflösung, vom historischen Rückblick bis hin zur Neuregelung des Rechts der Personengesellschaften. Breiten Raum nehmen dabei ebenso wie in der anwaltlichen Praxis und den Veröffentlichungen von *Thomas Heidel* die innere Ordnung der Gesellschaft und der interne Konflikt ein. Entsprechend seinem rechtspolitischen Engagement kommt dem Schutz der Aktionäre die gebührende Beachtung zu. Soll und Haben als Lebenselixier kaufmännischen Wirkens und das weite Gebiet der Steuerpflicht runden das Gesamtbild ab.

Im Namen aller Mitwirkenden, mit herzlichem Dank für die von ihnen zum Tragen gebrachte Sachkunde und die viele Arbeit, wünschen wir als Herausgeber *Thomas Heidel* alles Gute zum Geburtstag und eine von ungebrochener Gesundheit und Tatkraft getragene, glückliche Fortsetzung seines Lebenswegs.

Köln, Berlin, Hamburg und Bonn, im September 2021

Burkhard Gehle

Heribert Hirte

Daniel Lochner

Geleitwort

Der Autor und sein Verlag

Kennengelernt habe ich Thomas Heidel 1992 als junger Verlagsleiter in einer wöchentlichen Runde von Familienvätern, die ich wegen ihrer Absicht, über intellektuelle Zäune zu schauen, die „Giraffenrunde“ nannte. Thomas Heidel war damals wie heute Rechtsanwalt in der Bonner Anwaltssozietät Meilicke und Partner, deren Gründer Heinz Meilicke sich bereits in der Nachkriegszeit einen Namen als Fachautor gemacht hatte. Das umfangreiche Publikationsverzeichnis der Kanzlei zeigt, welche beeindruckende literarische Kanzleitradition entstanden ist.

Siegfried Unseld, der ehemalige Gesellschafter der Nomos Verlagsgesellschaft, zitierte in seinem Buch „Der Autor und sein Verleger“ (2. Auflage 1982, S. 11) einen Soziologen, der an den Suhrkamp Verlag schrieb: „Napoleon war schon deshalb ein großer Mann, weil er einen Verleger erschießen ließ.“ Und der Dramatiker Hebbel meinte: „Es ist leichter, mit Christus über die Wogen zu wandeln, als mit einem Verleger durchs Leben.“ (ebenda, S. 11). Als Fron oder auch nur konfliktreich kann Thomas Heidel das Verhältnis zu seinen Verlagen nicht empfunden haben, sonst wären diese zahlreichen umfangreichen Werke nicht entstanden. Das Verhältnis war stattdessen über Jahrzehnte hinweg von einer kreativen Autor-Verleger-Freundschaft geprägt. Thomas Heidel ist in dieser Zeit selbst zu einem „halben Verlagsmenschen“ und zu einem Talentscout für gute Autoren geworden.

Unter den zahlreichen Veröffentlichungen möchte ich einige besonders bedeutsame herausgreifen:

Das erste Buch, seine Dissertation „Verfassungsfragen der Finanzierung von Privatfunk durch Werbung“, ist 1986 bei Nomos in der UFITA-Schriftenreihe erschienen. Die Schriftenreihe wurde damals von mir betreut, der Kontakt war offenbar aber nur sehr flüchtig.

Elf Jahre später. Das erste für die anwaltliche Praxis bestimmte Werk entwickelte sich gleich zu einem juristischen Bestseller. Im Jahr 1997 erschien das völlig neu konzipierte Werk „AnwaltFormulare“, das den Namen des (Mit-)Herausgebers Thomas Heidel und den damals noch jungen Deutschen Anwaltverlag in den Anwaltskanzleien weithin bekannt machte. Ich erinnere mich an ein etwa einstündiges Verhör mit zahlreichen kritischen Fragen von Thomas Heidel und seinem Anwaltskollegen Stephan Pauly, bevor meine Konzeption für gut befunden wurde und die

Herren in die Herausgeberschaft einwilligten. Das Werk ist noch heute ein „erratischer Block“ (s. Vorwort zur 1. Auflage) in der Landschaft der mittlerweile zahlreichen Formularbücher.

Der Hype um den 1997 eingerichteten „Neuen Markt“ bot den äußeren Anlass für einen neuen umfangreichen Kommentar zum Aktienrecht und Kapitalmarktrecht. Auf 3.300 Seiten (also nahe der Bindegrenze) heben die Autoren und Autorinnen die Trennung zwischen Aktien- und Kapitalmarktrecht auf und behandeln die Aktiengesellschaft ganzheitlich (Janine Wendt, Rezension in: *Der Gesellschafter* 3/15). Das Werk wird wegen dieser Konzeption und der Praxisnähe seit Jahren in Besprechungen hochgelobt.

Die große Schuldrechtsreform, die am 1.1.2002 in Kraft trat, bot Anlass, sämtliche geänderten und neuen Vorschriften in einem Kommentar mit dem Titel „Schuldrecht“ zu bündeln und zu erläutern. Herausgegeben wurde der Band von der Kölner Hochschullehrerin Barbara Dauner-Lieb, dem Freiburger Hochschullehrer Gerhard Ring und dem Richter am BGH Manfred Lepa. Für die anwaltliche Sicht stand Thomas Heidel. Es gelang die Zusammenstellung eines hervorragenden Autorenteams. Kommentierung und Produktion erfolgten unter größtem Zeitdruck, und so konnte das Werk noch wenige Tage vor Inkrafttreten der bis zuletzt umstrittenen Reform vom Verlag ausgeliefert werden. Noch heute sehe ich abgewetzte Exemplare in den Regalen von Anwaltsbibliotheken und Richterzimmern stehen.

Der Erfolg ermutigte zu einem Großprojekt, dem völlig neu konzipierten „AnwaltKommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch“. Das zunächst (dem Gesetz insoweit folgend) auf fünf Bände angelegte Werk positionierte sich zwischen dem Palandt, dem zweibändigen Erman und dem Münchener Kommentar, der im Übrigen ebenfalls zeitgleich mit einer bedeutenden Reform, nämlich der zum Familienrecht, ab dem Jahr 1978 veröffentlicht wurde (Willoweit, *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, München 2007, S. 406). Der große BGB-Kommentar erscheint inzwischen bei Nomos in gedruckter Ausgabe und Online mit einem Umfang von annähernd 20.000 Seiten. Herausgeberin und Herausgeber ist es gelungen, hervorragende Autorinnen und Autoren zu gewinnen, deren Zahl auf heute über 200 angewachsen ist. Alle gemeinsam bürgen für wissenschaftliche Tiefe, Ausgewogenheit und Praxisnähe.

Wie hervorragende Musiker werden juristische Autoren mit zunehmendem Alter reifer und virtuoser in Darstellung und Interpretation. Wir wünschen uns daher gemeinsam mit Thomas Heidel noch viele Neuauflagen und weitere spannende Neuerscheinungen.

Dr. Alfred Hoffmann, Verlagsleiter

Zum Geleit

Die Herausgeber dieser gewichtigen Festschrift haben mich, einen ehemaligen Ausbilder des Jubilars, vor der Drucklegung gebeten, noch ein Geleitwort hinzuzufügen. Dem komme ich gerne nach. Denn es gibt mir Gelegenheit, mein schlechtes Gewissen gegenüber dem Jubilar zu entlasten.

Mitte der achtziger Jahre des letzten Jahrhunderts praktizierte ich als Rechtsanwalt in Hong Kong. Als deutscher Rechtsanwalt war ich dort ziemlich allein auf weiter Flur. Das hing damit zusammen, dass das deutsche anwaltliche Berufsrecht es einem deutschen Rechtsanwalt an sich nicht gestattete, sich an einem anderen Ort als dem seiner Niederlassung in Deutschland auf Dauer anwaltlich zu betätigen (sog. Residenz- und Kanzleipflicht sowie Zweigniederlassungsverbot).

Ich war damals in Bonn zugelassen. Der Geschäftsführer der Kammer hatte indessen Verständnis für mein Fernweh. Er erklärte mir in gut rheinischem Tonfall: „jede ausjewanderde un jede doode Anwald is ene joode Anwald..... Hängen Sie Ihr Praxisschild irgendwo in Bonn diskret auf. Und stellen Sie sicher, dass die Post Sie erreicht!“

Als in Deutschland zugelassener Anwalt war ich berechtigt, Referendare auszubilden. Es muss sich unter reiselustigen Referendaren herumgesprochen haben, dass es da in Hong Kong einen Anwalt gab, bei dem man die „Rechtsanwaltsstation“ abdienen und gleichzeitig Ostasien kennen lernen konnte. Und so landete Thomas Heidel auch bei mir. Meine „Konditionen“ waren die gleichen wie die, die Ende der sechziger Jahre in Tübingen mein eigener Ausbilder mir auferlegt hatte: Minimum eine juristische Arbeit, damit der Referendar beurteilt und ihm (bzw. ihr) ein Zeugnis ausgestellt werden konnte. Ansonsten war der Referendar frei in der Gestaltung seiner Zeit. Allerdings musste er sich am Ende seiner Stage bei seinem Ausbilder verabschieden. Warum? Meinem eigenen Ausbilder war einmal das Missgeschick widerfahren, dass er einem Referendar ein Zeugnis ausgestellt hatte, der kurz nach Beginn der Station, von ihm unbemerkt, verstorben war. Das hatte ihm beträchtlichen Ärger beim OLG Stuttgart eingebracht. Und dies sollte mir nicht passieren!

Thomas Heidel und ich fanden sofort zu einander. Wir teilten nicht nur juristische und geographische Entdeckerfreuden. Wir kamen auch beide, um eine Aspirantin auf den Posten der Bundeskanzlerin zu paraphrasieren, „vom Verfassungsrecht her“. Beide hatten wir Bundesverfassungsrichter als Doktorväter, ich in gewisser Weise sogar „Doktoreltern“, denn mein Doktorvater war mit einer Bundesverfassungsrichterin verheiratet.

Bei der Verabschiedung erwischte Thomas Heidel mich auf dem falschen Fuß. Denn er bat mich um meine ehrliche Meinung zur Frage, ob er für den Anwaltsberuf geeignet sei. Keine Frage: Thomas Heidel war ein sehr guter Jurist. Ich hätte ihn mir daher gut in einer akademischen Laufbahn vorstellen können. Aber um ein erfolgreicher Anwalt zu werden, gehört auch, wie ich von den Namensträgern der Kanzlei Meilicke gelernt hatte, „mit dem Geschirr klappern zu können“. Und das konnte ich mir damals bei dem Jubilar weniger gut vorstellen. Also druckste ich herum, aber gab ihm ein Empfehlungsschreiben für Meilicke, Hoffmann & Partner mit auf den Weg.

Was folgte, ist bekannt und zeigt, wie falsch ich lag. Der Jubilar ist ein überaus erfolgreicher Anwalt geworden, und dies nicht zuletzt auf Grund seiner Fähigkeit, auf allerhöchstem Niveau „mit dem Geschirr zu klappern“: er veröffentlichte juristische Kommentare und gab Handbücher heraus mit der Folge, dass „Heidel“ einer der bekanntesten Namen am Firmament des deutschen Gesellschaftsrechts wurde. Diese elegante Art, sich und seine Kanzlei „zu verkaufen“, war wohl auch deshalb so erfolgreich, weil sie in Verbindung stand mit zwei weiteren Eigenschaften des Jubilars: seinem originellen und kritischen Verstand und seiner Zähigkeit im Verfolgen von einmal als richtig erkannten Ideen bzw. Mindermeinungen. Und nicht zuletzt besitzt Thomas Heidel die Gabe, Menschen an sich zu binden, mit anderen Worten die Gabe der Freundschaft. So bin auch ich, sein einstiger Ausbilder, Dank seiner Anhänglichkeit und Treue längst ein Freund geworden. Als solcher wünsche ich ihm zum 65. Geburtstag ebenso glückliche Jahre wie sie mir seit meinem Eintritt in den Ruhestand vergönnt waren.

Wolfgang Knapp

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis	19
-----------------------	----

A. Grundlagen und Querschnittsfragen

Nachfolgeregelungen in Familienpersonengesellschaften am Beispiel der Fugger	29
--	----

Holger Fleischer, Carolin Lunemann

Kann eine juristische Person/eine Personengesellschaft Mitglied eines Beirats sein?	49
---	----

Barbara Grunewald

Wer „setzt das Recht“ im Gesellschaftsrecht? Unabhängigkeitsfragen bei Stakeholdern im Gesetzgebungsprozess	57
--	----

Heribert Hirte

Ausscheiden oder Auflösen – Grundsatzfrage bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts neu gestellt im Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)	79
--	----

Jürgen Hoffmann

Verbandssanktionsgesetz und Gesellschaftsrecht	103
--	-----

Philipp Maximilian Holle

Die Vorlagebedürftigkeit der Postbank-Verfahren und die Folgen für das WpÜG	121
--	-----

J. Frédéric Meilicke

Inhalt

Zur Rechtsnatur der rechtsfähigen Personengesellschaft nach dem MoPeG – Abschied vom „guten alten Recht“?	155
--	-----

Alexander Schall

Sinkt die Zahl der Publikumsgesellschaften, warum und was bedeutet das?	171
--	-----

Ulrich Seibert

B. Ordnung der Gesellschaftstätigkeit

25 Jahre In Re Caremark. Der Grundgedanke der Compliance-Pflicht	187
---	-----

Barbara Dauner-Lieb, Matthias Reidt

Der Aufsichtsratsvorsitzende als Versammlungsleiter der Hauptversammlung – ein Zwitter?	201
---	-----

Christian E. Decher

Ehegatte locuta – causa finita? § 1365 BGB als Stolperstein bei der rechtssicheren Gestaltung von zeitlich gestreckten M&A-Transaktionen	231
--	-----

Armin Hauschild, Leif Böttcher

Wettbewerbsverbote für Gesellschafter und Geschäftsführer aus kartellrechtlicher Sicht	249
---	-----

Wolfgang Kirchhoff

Aktionärsdemokratie oder Verwaltungsdiktatur? Gesellschaftsrecht und Gesellschaftswirklichkeit	263
---	-----

Wienand Meilicke

Zusammenlegung von Aktien nach § 222 Abs. 4 AktG bei Kapitalherabsetzung und Verlust der Aktionärsstellung von Kleinstaktionären	281
--	-----

Martin Müller

Überlegungen zur Justiziabilität von Entsprechenserklärungen nach § 161 AktG <i>Stefan Mutter</i>	297
Fragen über Fragen ... in der virtuellen Hauptversammlung <i>Ulrich Noack</i>	307
Die Aktiengesellschaft ist (fast) nicht tot zu kriegen – Gedanken zur Liquidation einer AG <i>Michael Oltmanns</i>	329
Eigene Anteile beim Formwechsel <i>Hans-Joachim Priester</i>	343
Schutz der Minderheitsgesellschafter bei Umwandlungen: Entwicklungslinien des europäischen Unternehmensrechts <i>Jessica Schmidt</i>	353
Corporate Governance im gemeinnützigen Verein <i>Uwe Scholz, Mario Schild</i>	369
Die Frau des Anderen – Überlegungen zur Auslegung von § 319 Abs. 3 S. 2 HGB <i>Matthias Schüppen</i>	395
 <i>C. Konflikt in der Gesellschaft</i>	
Der Besondere Vertreter in der GmbH <i>Moritz Beneke</i>	411
Prozessuale Aspekte der gerichtlichen Durchsetzung von Sonderprüfung und Ersatzansprüchen durch Minderheitsaktionäre (§§ 142 Abs. 2, 148 AktG) <i>Fabian Dietz-Vellmer</i>	441

Inhalt

Beschlussmängelstreit und Freigabeverfahren im Lichte des Art. 14 Abs. 1 GG <i>Burkhard Geble</i>	457
Verdacht der groben Pflichtverletzung im Rahmen der Sonderprüfung und des Klagezulassungsverfahrens <i>Rafael Harnos</i>	483
„Einstweiliger Rechtsschutz bei fehlerhafter Aufsichtsratsbestellung“ <i>Torben Illner</i>	505
14 Jahre besonderer Vertreter – eine Bestandsaufnahme <i>Helmut Krenek</i>	527
Die Aktionärsklage gemäß § 148 AktG <i>Daniel Lochner</i>	547
Das Beschlussmängelrecht der Personenhandelsgesellschaften nach dem MoPeG-Regierungsentwurf – ein Überblick <i>Marc Löbbe</i>	575
Der besondere Vertreter – eine rechtshistorische Spurensuche <i>Sebastian Mock</i>	599
Die Durchsetzbarkeit von Vergütungsansprüchen des fristlos gekündigten Organs im Urkundenprozess <i>Stephan Pauly</i>	631
Zum Informationsanspruch des Besonderen Vertreters im Aktienrecht unter Berücksichtigung europarechtlicher Entwicklungen <i>Thomas von Plehwe</i>	651
„Nimm Du ihn, Ich hab’ ihn sicher“? <i>Hartmut Rensen</i>	677

Juristische Personen und Personengesellschaften als besonderer Vertreter i.S.d. § 147 Abs. 2 AktG <i>Matthias Schatz, Christoph Lüttenberg</i>	713
---	-----

Überlegungen zur Beweislastverteilung bei Organhaftungsansprüchen <i>Uwe Schmidt</i>	733
---	-----

Die fristwahrende „demnächst“-Zustellung der Anfechtungsklage nach §§ 246 Abs. 1 AktG, 167 ZPO <i>Johannes Wertenbruch</i>	751
---	-----

D. Finanzen und Steuern

Zur Stille-Reserven-Klausel im Fall des § 8c Abs. 1 S. 6 KStG – für ein begründetes Wahlrecht zur Unternehmensbewertung <i>Achim Dörner</i>	771
--	-----

Treuhandkonten im Rahmen der Abschlussprüfung. Bankbestätigungen und Einwendung des Mitverschuldens bei Top Management Fraud <i>Joachim Hennrichs</i>	785
--	-----

Synergien in der objektivierten Unternehmensbewertung – Vorschläge für eine marktorientierte Weiterentwicklung <i>Martin Jonas</i>	803
---	-----

Price is what you pay, value is what you get – auch bei der Entschädigung von Minderheitsaktionären? <i>Leonhard Knoll</i>	813
---	-----

Die Mindestdividende <i>Jens Koch</i>	849
--	-----

Inhalt

Gläubigerschutz vs. Anlegerschutz in Publikumspersonengesellschaften – versteckte Nachschusspflicht durch intransparente Klauseln <i>Gerd Krämer</i>	877
Von Steuern und staatlichen Beihilfen <i>Till Müller-Ibold</i>	907
Besteuerung und Nachweiserfordernisse – am Beispiel der Hinzurechnungsbesteuerung im Drittstaatenfall – <i>Dirk Pohl</i>	939
Pensionsrückstellung in Handels- und Steuerbilanz aus Sicht des Praktikers <i>Jan Sedemund</i>	961
Verfassungsfragen der Bettensteuer <i>Joachim Wieland</i>	979
Bibliografie Thomas Heidel	999
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	1005

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
aA	anderer Auffassung
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABIEU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AE	Arbeitsrechtliche Entscheidungen
AEAO	Anwendungserlass zur Abgabenordnung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alter Fassung
AG	Amtsgericht/Aktiengesellschaft
AGG	Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
Aktionärsrechte- RL bzw. ARRL	Richtlinie 2007/36/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten
AmtshilfeRLUmsG	Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
APA	Advanced Pricing Agreements
APrRiLi	Änderungsrichtlinie zur Abschlussprüferrichtlinie
ApS	Anpartsselskab
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRB	Arbeits-Rechtsberater
Art.	Artikel
AStG	Außensteuergesetz
ATADUmsG	Gesetz zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie
Aufl.	Auflage
AWO	Arbeiterwohlfahrt
Az.	Aktenzeichen
BACDJ	Bundesarbeitskreis Christlich-Demokratischer Juristen
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Baurecht
Bd.	Band
BE, FR, IT, NL	Belgien, Frankreich, Italien, Niederlanden
BeckOGK	Beck-Online Großkommentar
BeckOK	Beck'sche Online-Kommentare
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BegrRegE	Begründung Regierungsentwurf
Beschl.	Beschluss
Bespr.	Besprechung

Abkürzungsverzeichnis

BetrAVG	Betriebsrentengesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGAV	Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BilReG	Bilanzrechtsreformgesetz
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BiRiLiG	Bilanzrichtlinien-Gesetz
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BR-Drs.	Drucksachen Bundesrat
BremGBI	Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen
BremTourAbgG	Bremisches Gesetz über die Erhebung einer Tourismusabgabe
bspw.	beispielsweise
BStBl	Bundessteuerblatt
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Drucksachen Bundestag
BundeswahlG	Bundeswahlgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BwP	Berufsbildung in Wissenschaft und Praxis
c.p.	ceteris paribus
CAPM	Capital Asset Pricing Model
CBMD	Cross-Border Mergers Directive
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CF	Corporate Finance (Festschrift)
CG	Corporate Governance
CGC	Corporate Governance Committee
cic	culpa in contrahendo
COVMG	Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie
CPO	Civilprozeßordnung
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern e. V.
CTA	Contractual Trust Arrangements
D&O	Directors-and-Officers
DAT	Deutsche Automobil Treuhand
DAV	Der Deutsche Anwaltverein
DAX/MDAX	Deutscher Aktienindex
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft
DCF	Discounted Cash-Flow
ders.	derselbe
DEU	Deutschland
DGCL	Delaware General Corporation Law
DJT	Deutscher Juristentag
DNofI	Deutsches Notarinstitut

DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
DStJG	Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft e.V.
DStR	Deutsches Steuerrecht
DUH	Deutsche Umwelthilfe
DVBl	Das Deutsche Verwaltungsblatt
DFVA	Deutsche Vereinigung für Finanzanalyse und Asset Management
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ECFR	European Council on Foreign Relations
ECFR	European Council on Foreign Relations
ECLE	European Company Law Experts
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch
EK	Eigenkapital
ErbStR	Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz
ErwG	Erwägungsgrund
ESG	Environmental Social Governance
EStAL	European State Aid Law Quarterly
EStG	Einkommensteuergesetz
EStR	Einkommenssteuer-Richtlinien
ETF	Exchange Traded Funds
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Entwurf einer Verordnung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIR	Europäische Wirtschaftsraum
f.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamFR	Neue Zeitschrift Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FB	Zeitschrift "Finanz-Betrieb"
ff.	fortfolgende
FG	Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung
FGPrax	Zeitschrift Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FinStabG	Finanzstabilitätsgesetz
FISG	Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz
FMStBG	Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FuS	Zeitschrift für Familienunternehmen und Strategie
FusRL	Fusionsrichtlinie
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GCR	global competition review
GDP	Global gross domestic product
GenG	Genossenschaftsgesetz
GesRRL	Richtlinie (EU) 2017/1132 des EP und des Rates v. 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts
GesRuaCOVBekG	Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie
GesRZ	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GewStG	Gewerbesteuergesetz

Abkürzungsverzeichnis

GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
gGmbH	gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Recht
GmbHStB	GmbH-Steuerberater
GOBReg	Geschäftsordnung der Bundesregierung
GOBT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
GR-Charta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
grds.	grundsätzlich
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
GRUR	Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedenkschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
HansOLG Hamburg	Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg
HB	Handelsblatt
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
Hlbs	Halbsatz
HmbGVBl	Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt
HRefG	Handelsrechtsreformgesetz
Hrsg.	Herausgeber
HV	Hauptversammlung
HVB	HypoVereinsbank
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.e.	id est
i.S.d./i.S.v.	im Sinne des/der/von
idS	in diesem Sinne
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.
IDW ES	Entwürfe von IDW Verlautbarungen
IDW S	Standards des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland
iE	im Ergebnis
ifo-Studien	ifo Institut – Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München e.V.
InsO	Insolvenzordnung
IPO	Initial Public Offering
IRZ	Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung
IStR	Internationales Steuerrecht
iÜ	im Übrigen
JoB	Journal of Business
JoF	Journal of Finance
JStG	Jahressteuergesetz
jurisPK	Juris PraxisKommentar
JZ	Juristenzeitung
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
Kft.	ungarisches Kürzel für GmbH

KG	Kammergericht/Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KK OWiG	Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
KK-AktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KOM	Kommission
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KriPoZ	kriminalpolitische Online-Zeitschrift
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSERL	Kartellschadensersatzrichtlinie
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KWVG	Kreditwesengesetz
KZR	Urteil des Kartellsenats
lfd. Nr.	laufende Nummer
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LobbyRG	Lobbyregistergesetz
LX	Luxemburg
M.E.	Meines Erachtens
m.V.a.	mit Verweis auf
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MdB	Mitglied des Bundestages
Mio.	Millionen
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MMVO	Marktmissbrauchsverordnung
MobilRL	Mobilitätsrichtlinie
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
Mrd.	Milliarde
MüKo	Münchener Kommentar
n.F.	neue Fassung
n.v.	nicht veröffentlicht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NPO	Non-Profit Organization
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
NZZ	Die Neue Zürcher Zeitung
öAktG	österreichisches Aktiengesetz.
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OGH	Oberster Gerichtshof
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
öOGH	Der Oberste Gerichtshof ist in Österreich
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PatG	Patentgesetz
PHI	Haftpflicht international - Recht & Versicherung (Festschrift)

Abkürzungsverzeichnis

Plen.-Prot.	Plenarprotokoll
pVV	positive Vertragsverletzung
QJE	The Quarterly Journal of Economics
r+s	Recht und Schaden (Festschrift)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
RL	Richtlinie
RM	Risiko Manager
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rnz.	Randziffer
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
Rs.	Rechtssache
Rspr	Rechtsprechung
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
SCE-VO	Verordnung über das Statut der Europäischen Genossenschaft
SE	Societas Europaea
SE-VO	Societas Europaea-Verordnung
Sp	Spalte
SPACs	Special Purpose Acquisition Companies
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SpRL	Richtlinie über nationale Spaltungen von Aktiengesellschaften
SpruchG	Spruchverfahrensgesetz
StÄndG	Gesetz zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes, des Gewerbesteuergesetzes, des Bewertungsgesetzes, des Vermögensteuergesetzes, des Steuersäumnisgesetzes, der Reichsabgabenordnung, des Steueranpassungsgesetzes, des Gesetzes zur Förderung der Wirtschaft der Wirtschaft von Berlin (West) und andere Gesetze
StRuG	Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen
StPO	Strafprozessordnung
StSenkG	Steuersenkungsgesetz
Swiss GAAP FER	Die Fachempfehlungen zur Rechnungslegung sind Schweizer Rechnungslegungsstandards, die ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage (True and Fair View) vermitteln.
Tax CAPM	Tax-Capital Asset Pricing Model
Tz.	Textziffer/Teilziffer
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.U.	Unter Umständen
UAbs	Unterabsatz
UEbG	Übernahmegesetz
UK	United Kingdom
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Aktienrechts
Umg	Zeitschrift "Die Unternehmensbesteuerung"
UmwG	Umwandlungsgesetz
UntStFG	Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz
UrhG	Urhebergesetz
UrkG	Urkundengesetz

Urt.	Urteil
USA	United States of America
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von/vom
verb. Rs.	verbunde Rechtssache
VerSanG	Verbandsanktionsgesetz
VGR	Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung
VHV	virtuelle Hauptversammlung
Virtual AGM	Virtual Annual General Meeting
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WGG	Wegfall der Geschäftsgrundlage
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WpÜG-AV	Angebotsverordnung des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes
WStBG	Wirtschaftsstabilisierungsbeschleunigungsgesetz
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WuW	Fachzeitschrift Wirtschaft und Wettbewerb
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
Zewo	Die Stiftung Zewo ist eine schweizerische Stiftung mit Sitz in Zürich. Sie vergibt an geprüfte und vertrauenswürdige, Spenden sammelnde Organisationen das Zewo-Gütesiegel
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZiviZ-Survey	repräsentative Befragung der organisierten Zivilgesellschaft in Deutschland
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSteu	Zeitschrift für Steuern & Recht
ZStV	Zentrales Staatsanwaltschaftliches Verfahrensregister
zust.	zustimmend
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A.

Grundlagen und Querschnittsfragen

Nachfolgeregelungen in Familienpersonengesellschaften am Beispiel der Fugger

Holger Fleischer, Carolin Lunemann

Im Personengesellschaftsrecht ist Thomas Heidel nicht nur als gefragter Rechtsanwalt, sondern auch als Mitherausgeber und Autor eines angesehenen Kurz-Kommentars hervorgetreten.¹ Daher hoffen wir auf sein Interesse an einem klassischen Thema aus diesem Bereich: der Vererbung von Gesellschaftsanteilen an einer OHG, dargestellt am Beispiel der Fugger. Die folgenden Überlegungen führen einen früheren Festschriftbeitrag fort, der den ersten schriftlich überlieferten Personengesellschaftsvertrag zwischen den drei Brüdern Ulrich, Georg und Jakob Fugger aus dem Jahre 1494 unter die Lupe genommen hat.²

I. Ganerbschaft gemäß Augsburger Stadtrecht nach dem Tod Jakob des Älteren

Die Augsburger Fugger haben sich als Kaufmanns- und Bankiersdynastie in die Weltgeschichte eingeschrieben.³ Ihr steiler Aufstieg begann mit Jakob dem Älteren, der mit dem Handel von Metallen und Webwaren ein stattliches Vermögen angehäuft hatte und zu den reichsten Bürgern der Stadt zählte.⁴ Er starb im Jahre 1469, ohne ein Testament zu hinterlassen, was damals nicht ungewöhnlich war.⁵ Daher richtete sich seine Vermögensnachfolge allein nach den Bestimmungen des Augsburger

1 *Heidel*, in: Heidel/Schall (Hrsg.), HGB, 3. Aufl. 2020, §§ 105–108, 131–138.

2 *Fleischer*, in: FS Bergmann, 2018, 183.

3 Grundlegend zu ihnen *Jansen*, Die Anfänge der Fugger, 1907; *Stauber*, Das Haus Fugger. Von seinen Anfängen bis zur Gegenwart, 1900; aus ökonomischer Sicht *Ehrenberg*, Das Zeitalter der Fugger. Geldkapital und Kreditverkehr im 16. Jahrhundert, 2 Bände, 1896; für eine neuere Darstellung *Häberlein*, Die Fugger: Geschichte einer Augsburger Familie (1367–1650), 2006.

4 Vgl. *v. Pölnitz*, Jakob Fugger, 1949, 10; *Strieder*, Jacob Fugger der Reiche, 1926, 63.

5 Dazu *v. Ciriacy-Wantrup*, Familien- und erbrechtliche Gestaltungen von Unternehmen der Renaissance, 2007, 220: „In Augsburg kannte man schon seit dem Stadtrecht von 1276 ein niedergeschriebenes, auf einen Kindsteil beschränktes testa-

Stadtrechts.⁶ Dieses sah bei dem Tod eines Bürgers vor, dass der überlebende Ehegatte mit den Kindern eine sog. Ganerbschaft bildete.⁷ Dabei handelte es sich um eine fortgesetzte Erbengemeinschaft, bei der die „gleichnahen“ Erben nach Art einer Gemeinschaft zur gesamten Hand verbunden waren.⁸ Der überlebende Ehegatte erhielt ein – beschränktes – Verwaltungs- und Besitzrecht an dem Vermögen.⁹ Zu seinen Lebzeiten fand keine Auseinandersetzung statt, solange er alleinstehend blieb und nicht in ein Kloster eintrat. Erst mit seinem Tod fiel das gesamte Vermögen den Kindern an – Söhnen wie Töchtern gleichermaßen.¹⁰ Allerdings schied ein Kind mit seiner Heirat aus der Erbengemeinschaft aus. Auf dieser Grundlage führte Jakobs Witwe Barbara, geborene Bäsinger, das ererbte Handelsgeschäft gemeinsam mit ihren ältesten drei Söhnen Ulrich, Georg und Peter fort.¹¹ Die beiden anderen Söhne Markus und Jakob wandten sich dem geistlichen Stand zu; von den vier Töchtern heirateten drei bekannte Augsburger Kaufleute, die vierte ging ins Kloster.¹² Als Peter im Jahre 1473 starb, überzeugten Ulrich und Georg ihren jüngeren Bruder Jakob, die kirchliche Laufbahn aufzugeben, und schickten ihn nach Venedig in die kaufmännische Lehre.¹³ Von dort zurückgekehrt, verhalf er dem Geschlecht der Fugger rasch zu unermesslichem Ruhm und Reichtum und ging selbst als Jakob der Reiche in die Annalen ein.

mentarisches Erbrecht. Dennoch gebrauchten die Augsburger ihre Testatbefugnis kaum.“

6 Vgl. *Simmacher*, Die Fuggertestamente des 16. Jahrhunderts, Bd. I: Darstellung, 1960, 39.

7 Vgl. *Strieder* (Fn. 4), 70.

8 Vgl. *Ogris*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Bd. I, 2008, Stichwort: Ganerben, Sp. 1928 m.w.N. auch zur Begriffsherkunft; allgemein auch *Goldschmidt*, Universalgeschichte des Handelsrechts, 3. Aufl. 1891, 286.

9 Vgl. *Pettinger*, Vermögenserhaltung und Sicherung der Unternehmensfortführung durch Verfügungen von Todes wegen. Eine Studie der Frühen Augsburger Neuzeit, 2007, 77; *Simmacher* (Fn. 6), 39.

10 Vgl. *Simmacher* (Fn. 6), 39 f.

11 Vgl. *v. Ciriacy-Wantrup* (Fn. 5), 258; *Kischka*, Todesbedingtes Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Personenhandelsgesellschaft, 2005, 102; *Reinhardt*, Jakob Fugger der Reiche aus Augsburg, 1926, 78.

12 Vgl. *Reinhardt* (Fn. 11), 7.

13 Vgl. *Reinhardt* (Fn. 11), 10.

II. Die Gesellschaftsverträge der Brüder Ulrich, Georg und Jakob

1. Abschluss der ersten Gesellschaftsverträge

Anno Domini 1480, also elf Jahre nach dem Tod ihres Vaters, gaben die drei Brüder Ulrich, Georg und Jakob dem Fuggerschen Handel einen neuen Rechtsrahmen, indem sie sich unter der Firma „Ulrich Fugger und seine gesellschaft“ zu einer Handelsgesellschaft zusammenschlossen.¹⁴ Dieser erste Gesellschaftsvertrag ist nicht überliefert, womöglich wurde er nur mündlich geschlossen.¹⁵ Ob erbrechtliche Gesichtspunkte für seinen Abschluss den Anstoß gaben, ist nicht abschließend geklärt.¹⁶ Eine Rolle spielte aber wohl, dass Ulrich, der damals als Ältester die unternehmerischen Geschicke weitgehend bestimmte, 1479 geheiratet hatte und damit nach allgemeinen Regeln aus der ungeteilten Erbengemeinschaft ausschied.¹⁷ Um die Unternehmenskontinuität zu wahren, wurde das Handelsgeschäft von einem erbrechtlichen auf ein gesellschaftsrechtliches Fundament gestellt.¹⁸

Aufgrund der enormen Expansion der Fuggerschen Handels- und Bankaktivitäten hielt der erste gesellschaftsvertragliche Organisationsrahmen den praktischen Anforderungen immer weniger stand.¹⁹ Wohl auf Jakobs Anregung schlossen die drei Brüder deshalb am 18.8.1494 einen schriftlich überlieferten Gesellschaftsvertrag unter der Kollektivbezeichnung „Ulrich Fugger und gebrudere von Augspurg“²⁰. Dieser Vertrag hatte eine Laufzeit von sechs Jahren und wird wegen seiner hohen juristischen Qualität bis heute gelobt.²¹ Ein Folgevertrag zwischen den drei Brüdern, der abermals auf sechs Jahre befristet war, kam nach längeren Verhandlungen erst am

14 Vgl. *Kischka* (Fn. 11), 103; *Reinhardt* (Fn. 11), 79.

15 So die Mutmaßung von *Reinhardt* (Fn. 11), 79.

16 Mit diesem Fazit *Simmacher* (Fn. 6), 63; von einer erbrechtlichen Motivation spricht *Pettinger* (Fn. 9), 143.

17 Vgl. *Reinhardt* (Fn. 11), 79; *Simmacher* (Fn. 6), 41.

18 Vgl. v. *Ciriacy-Wantrup* (Fn. 5), 259; *Kischka* (Fn. 11), 103; *Stauber* (Fn. 3), 79.

19 Dazu v. *Pölnitz* (Fn. 4), 56, wonach die einfache juristische Prägung dieses lockeren Handelsverbands mit den verwinkelten Geschäften bald nicht mehr Schritt hielt, obwohl die drei Brüder ohne Reibung zusammenwirkten.

20 Erstmals abgedruckt bei *Jansen*, *Jacob Fugger der Reiche*, Bd. 1, 1910, 263–268; Wiederabdruck und umfassende Einordnung bei *Fleischer*, in: *Fleischer/Mock* (Hrsg.), *Große Gesellschaftsverträge aus Geschichte und Gegenwart*, 2021, § 3.

21 Vgl. etwa *Fleischer* (Fn. 2), 183, 190; *Peterka*, *ZHR* 73 (1913), 387, 392; *Simmacher* (Fn. 6), 64.

23.12.1502 zustande.²² Nachdem er abgelaufen war, wurde er stillschweigend um weitere sechs Jahre verlängert.

2. Verhältnis zur Ganerbschaft

Die 1469 nach dem Tod Jakob des Älteren entstandene Ganerbschaft bestand bis zum Tode seiner Witwe Barbara im Jahre 1497 fort.²³ Sie ist also nicht etwa in der neugegründeten Handelsgesellschaft der Fugger-Brüder aufgegangen, sondern hat dieser nach heute herrschender Lesart nur das Handelsgeschäft übertragen.²⁴ Die der Ganerbschaft gehörenden Grundstücke blieben dagegen in ihrem Eigentum.²⁵ Fortan bestanden also zwei Gemeinschaften mit unterschiedlichem Personenkreis nebeneinander: die Ganerbschaft zwischen Barbara Fugger und ihren Kindern einerseits und die Handelsgesellschaft der drei Brüder andererseits.²⁶ Barbara Fugger, die im Jahre 1479 ihren 60. Geburtstag begangen hatte, wurde selbst nicht mehr Teilhaberin der neuen Gesellschaft.²⁷ Allerdings beließ sie ihren Anteil an dem Handelsgeschäft, der ihr als Mitglied der Ganerbschaft zustand, weiterhin in dem Unternehmen²⁸ – nach heutigem Verständnis wohl als eine Art stille Einlage. Nach ihrem Tod wurde diese Einlage gleichmäßig unter ihren Kindern aufgeteilt.²⁹

3. Nachfolgeregelungen in den Gesellschaftsverträgen der drei Brüder

Im Hause Fugger waren die Familienbande von Anfang an besonders eng geknüpft. Vor allem Jakob entwickelte früh einen dynastischen Ehrgeiz und duldete in seiner rigorosen Familienpolitik keine Ausnahme: „Fremdes Blut war aus der Leitung des Fuggerschen Unternehmens prinzipiell

22 Ebenfalls abgedruckt bei *Jansen* (Fn. 20), 268–270.

23 Vgl. *Pettinger* (Fn. 9), 141; *Simmacher* (Fn. 6), 40 f.

24 So übereinstimmend v. *Ciriacy-Wentrup* (Fn. 5), 259; *Kischka* (Fn. 11), 103; *Stauber* (Fn. 3), 79.

25 Vgl. *Reinhardt* (Fn. 11), 79; *Simmacher* (Fn. 6), 42.

26 Vgl. *Pettinger* (Fn. 9), 142; *Simmacher* (Fn. 6), 41.

27 Vgl. *Simmacher* (Fn. 6), 41.

28 Vgl. *Reinhardt* (Fn. 11), 79; *Simmacher* (Fn. 6), 41 f.; *Strieder* (Fn. 4), 71.

29 Vgl. *Jansen* (Fn. 20), 73 und 75 f.; *Reinhardt* (Fn. 11), 153 ff.; *Simmacher* (Fn. 6), 42.

und ein für allemal ausgeschlossen.“³⁰ Vor diesem Hintergrund richteten die drei Brüder ihr besonderes Augenmerk auf die Ausgestaltung der Nachfolgeregelungen.

a) Gesellschaftsvertrag von 1494

Nachfolgefragen nahmen schon in dem Gesellschaftsvertrag von 1494 breiten Raum ein. Mehr als die Hälfte des fünfeinhalbseitigen Vertragsdokuments widmete sich den Auswirkungen des Todes eines Gesellschafters.

Nach den Vertragsbestimmungen sollte die Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters unter den beiden anderen Brüdern fortbestehen. Juristisch kleidete der Vertrag dies in die Formulierung, dass der verstorbene Gesellschafter für drei Jahre fortlebt („als ob wir noch alle drey in leben weren“).³¹ Währenddessen mussten die Erben des Verstorbenen ihr Abfindungsguthaben in der Gesellschaft belassen und hatten keinen Zugriff auf das Kapital. Auf Wunsch konnten sie nur, aber immerhin, Mittel erhalten, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten.³² In dieser Zeit nahmen sie weiterhin an Gewinn und Verlust teil, konnten auf die Geschäftsführung aber keinen Einfluss nehmen.³³ Die Verwaltung ihres Vermögensanteils ging vielmehr vollständig in die Treuhänderschaft der verbliebenen Gesellschafter über.³⁴ Unterlagen, die den Handel betrafen, mussten die Erben den verbliebenen Gesellschaftern aushändigen.³⁵

Nach Ablauf der drei Jahre sah der Gesellschaftsvertrag eine ratenweise Ausbezahlung der Erben vor. Zunächst sollte eine Abrechnung vorgenommen werden, auf deren Grundlage die verbliebenen Gesellschafter den Erben den Gewinn und Verlust „zu irem tail ansagen“. Die Höhe des ihnen zustehenden Vermögensanteils – also Einlage mit Gewinn- oder Verlustzuweisung – stand ganz im Ermessen der verbliebenen Gesellschafter.³⁶ Deren Schlussabrechnung mussten die Erben ohne Widerrede hin-

30 *Strieder* (Fn. 4), 85; ähnlich *Rehme*, ZRG (GA) 47 (1927), 487, 525: „Allzeit war die Gesellschaft streng auf Mitglieder der Familie Fugger, und zwar auf wenige nächste Verwandte, beschränkt.“

31 Vgl. *Peterka*, ZHR 73 (1913), 387, 424; *Riebartsch*, Augsburger Handelsgesellschaften des 15. und 16. Jahrhunderts, 1987, 270.

32 Vgl. *Jansen* (Fn. 20), 31; *Kischka* (Fn. 11), 106; *Peterka*, ZHR 73 (1913), 387, 425; *Riebartsch* (Fn. 31), 272.

33 Vgl. *Kischka* (Fn. 11), 106; *Peterka*, ZHR 73 (1913), 387, 425.

34 Vgl. *Riebartsch* (Fn. 31), 270.

35 Vgl. *Kischka* (Fn. 11), 106; *Peterka*, ZHR 73 (1913), 387, 425.

36 *Peterka*, ZHR 73 (1913), 387, 425.

nehmen.³⁷ Auch auf die Prüfung der Bücher hatten sie keinen Anspruch.³⁸ So wollte man vermeiden, dass Interna in Folge von Erbstreitigkeiten an die Öffentlichkeit gelangen.³⁹ Ab dem Zeitpunkt des „Ansagens“ nahmen die Erben nicht mehr an Gewinn und Verlust teil.⁴⁰ Um einen schlagartigen Liquiditätsabfluss zu vermeiden,⁴¹ sollte die Ausbezahlung innerhalb von drei Jahren nach dem „Ansagen“ erfolgen,⁴² und zwar in gleichen Raten zu sechs Frankfurter (Handels-)Messen, die in der Regel um Ostern und im September stattfanden.⁴³

b) Gesellschaftsvertrag und Sonderverträge von 1502

In dem erneuerten Gesellschaftsvertrag von 1502⁴⁴ hielten die Brüder an den bisherigen Grundsätzen zur Nachfolgeregelung fest.⁴⁵ Zugleich schlossen sie zwei Sonderverträge über die ungarischen Bergwerke,⁴⁶ die sich inzwischen zu einem zentralen Geschäftsfeld entwickelt hatten, und über die umfangreichen Liegenschaften der Fugger⁴⁷. Beide Domänen sollten dem Fuggerschen Handel auf Dauer erhalten bleiben. Zu diesem Zweck wurden sie mit einem Veräußerungsverbot belegt.⁴⁸ Außerdem sollten sie im Erbgang für alle Zeit den „männlichen erben und nachkommen von uns und unser linie namen absteigend und herkomend“ vorbehalten sein. Um dies sicherzustellen, bestimmten die Sonderverträge von 1502 beide Domänen zu einem „Voraus“: Ihr Wert sollte bei der Abfindung der weiblichen, geistlichen und sonstigen Erben nicht veranschlagt, also dem allgemeinen Erbgang entzogen werden.⁴⁹ Zudem sollten alle männlichen weltlichen Erben, die an dem Voraus teilnahmen, ihr gesamtes Kapital im Handelsgeschäft belassen. Sofern sie gleichwohl auf eine Auszahlung

37 *Peterka*, ZHR 73 (1913), 387, 425.

38 Vgl. *Jansen* (Fn. 20), 31; *Riebartsch* (Fn. 31), 271 f.

39 Dazu *Jansen* (Fn. 20), 32.

40 Vgl. *Riebartsch* (Fn. 31), 273.

41 Dazu *Riebartsch* (Fn. 31), 273.

42 Vgl. *Kischka* (Fn. 11), 112; *Peterka*, ZHR 73 (1913), 387, 425.

43 Vgl. *Riebartsch* (Fn. 31), 273 f.

44 Abgedruckt bei *Jansen* (Fn. 20), 268–270.

45 Vgl. *Kischka* (Fn. 11), 108.

46 Abgedruckt bei *Jansen* (Fn. 20), 270–281.

47 Ebenfalls abgedruckt bei *Jansen* (Fn. 20), 281–286.

48 Vgl. *Jansen* (Fn. 20), 34 f.

49 Vgl. *Strieder* (Fn. 4), 74.

bestanden, sollten sie ihren Anteil am Voraus verlieren.⁵⁰ In der Literatur hat man die Sonderverträge von 1502 wegen der dauerhaften Separierung und Immobilisierung beider Domänen mit Recht als einen Vorläufer des späteren Fuggerschen Familienfideikommisses bezeichnet.⁵¹

III. Gesellschaftsvertrag von Jakob Fugger mit seinen Neffen von 1512

Als Georg Fugger 1506 und Ulrich Fugger 1510 verstarben, hinterließen sie keine Testamente. Sie sahen hierfür wohl auch keinen Grund, weil ihre Nachfolge in Bezug auf das Handelsgeschäft durch die erbrechtlichen Elemente des Gesellschaftsvertrages von 1502 bereits abschließend geregelt war.⁵² Am 30.12.1512 erklärte Jakob Fugger den Handelsverband, den er mit seinen Brüdern Ulrich und Georg abgeschlossen hatte, für beendet.⁵³ In derselben Urkunde schloss er mit seinen vier Neffen Anton, Hieronymus, Raymund und Ulrich am 30.12.1512 einen neuen Gesellschaftsvertrag ab,⁵⁴ nachdem er die anderen Erben seiner verstorbenen Brüder abgefunden hatte. Fortan firmierte die Gesellschaft unter „Jacob Fugger und seiner gebrueder süne“, wobei sich Jakob zum quasi-monarchischen Alleinherrscher aufschwang, während seine Neffen von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen waren.⁵⁵

Auch dieser Gesellschaftsvertrag enthielt detaillierte Nachfolgeregelungen nach dem Muster der vorangegangenen Verträge. So sollten die Bestimmungen über den Voraus an den ungarischen Bergwerken und den Liegenschaften auch in Zukunft gelten.⁵⁶ Für den Fall von Jakobs Tod war eine Fortsetzung der Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern vorgesehen; Jakobs Erben sollten eine Abfindung erhalten, die innerhalb von drei Jahren in sechs gleichen Raten zur Auszahlung gelangen sollte. Außerdem behielt sich Jakob in dem neuen Gesellschaftsvertrag die Befug-

50 Vgl. *Riebartsch* (Fn. 31), 277; *Strieder* (Fn. 4), 75.

51 So etwa *Simmacher* (Fn. 6), 67; ähnlich *Peterka*, ZHR 73 (1913), 387, 394: „fideikommissarischer Natur“; *Jansen* (Fn. 20), 35: „Keime zur Fideikommißbildung des Fuggerhauses“.

52 Dazu *Simmacher* (Fn. 6), 34.

53 Vgl. *Kischka* (Fn. 11), 115; *Strieder* (Fn. 4), 80.

54 Abgedruckt bei *Jansen* (Fn. 20), 289–295.

55 Näher *Reinhardt* (Fn. 11), 89.

56 Vgl. *Kischka* (Fn. 11), 115; *Peterka*, ZHR 73 (1913), 387, 423.

nis vor, die Nachfolgebestimmungen nach seinem Belieben zu ändern, auch und gerade im Rahmen einer letztwilligen Verfügung.⁵⁷

IV. Die beiden Testamente von Jakob dem Reichen

Im frühen 16. Jahrhundert verbreitete sich mit der Rezeption des römischen Testamentsrechts auch in Augsburg die Übung, letztwillige Verfügungen zu errichten.⁵⁸ Dazu trug nicht zuletzt die Reichsnotariatsordnung Kaiser Maximilians I. von 1512 bei, die eigene Vorschriften für die Errichtung von Testamenten enthielt.⁵⁹ Ein erstes umfangreiches Testament des kinderlos gebliebenen Jakob Fugger stammt aus dem Jahre 1521.⁶⁰ Darin setzte er seine vier Neffen zu Erben ein; seine Ehefrau bedachte er mit einem großzügigen Vermächtnis.⁶¹ Am 22.12.1525, wenige Tage vor seinem Tod, errichtete Jakob Fugger ein neues, diesmal aus 21 Bogen bestehendes Testament⁶² – nicht zuletzt deshalb, weil sein ursprünglich als Miterbe vorgesehener Neffe Ulrich kurz zuvor kinderlos verstorben war.⁶³ Zu seinen Erben setzte er seine drei verbliebenen Neffen Anton, Raymund und Hieronymus zu gleichen Teilen ein.⁶⁴ Sie sollten auch den Voraus an den ungarischen Bergwerken und den Liegenschaften erhalten. Hieronymus, der sich im Geschäft nicht bewährt hatte, sollte allerdings von der Leitung der Handelsgesellschaft ausgeschlossen bleiben und auch einen geringeren Gewinnanteil erhalten.⁶⁵ Jakobs Frau und seine sonstige Verwandtschaft wurden mit Vermächtnissen bedacht. Zugleich bekräftigte Jakob seinen Willen, dass die von ihm stammenden Güter „zu allerzeit“ dem ehelichen, weltlichen, männlichen Stamm und Namen vorbehalten bleiben sollten und „nicht auf das weiblich geschlecht kommen, noch fallen soll“. Diese Verfügung verband er mit der Hoffnung, dadurch die Weltgeltung des Fuggerschen Handels auch künftig zu bewahren.⁶⁶ Die neuere Forschungsliteratur zu den Fuggern betont einhellig, dass dieses

57 Vgl. v. *Ciricay-Wantrup* (Fn. 5), 266 f.; *Kischka* (Fn. 11), 117.

58 Vgl. *Simmacher* (Fn. 6), 36.

59 Näher *Pettinger* (Fn. 9), 126 ff.

60 Abgedruckt bei *Jansen* (Fn. 20), 306–329.

61 Vgl. *Strieder* (Fn. 4), 83.

62 Abgedruckt bei *Jansen* (Fn. 20), 329–354.

63 Vgl. *Jansen* (Fn. 20), 38.

64 Vgl. *Jansen* (Fn. 20), 38; *Strieder* (Fn. 4), 84.

65 Vgl. *Strieder* (Fn. 4), 84.

66 Allgemein zu Jakobs Kernanliegen, den „Fugger’schen Stamm und Namen groß und gesund zu halten“, *Simmacher* (Fn. 6), 66; ähnlich *Strieder* (Fn. 4), 71 ff.

zweite Testament zu den „wichtigsten Familienpapieren des Hauses Fugger überhaupt“ gehört und in den nachfolgenden Generationen immer wieder „mit Ehrfurcht zitiert“ wird.⁶⁷ Feierlich in Bezug genommen wurde es namentlich von Anton Fugger, der unter den drei Neffen Jakobs schon bald als geschickter Unternehmenslenker hervorstach.⁶⁸

V. Begründung eines Familienfideikommisses unter Jakobs Nachfolger Anton

Trugen die Sonderverträge von 1502 über die ungarischen Bergwerke und die Liegenschaften der Fugger bereits fideikommissartige Züge, so sollte der eigentliche Fuggersche Familienfideikommis erst fünf Jahrzehnte später begründet werden. Anknüpfend an frühe Vorläufer im römischen Recht,⁶⁹ hatten adlige Familien das *fideicommissum* für sich entdeckt, um den Erhalt des Familienvermögens über Generationen hinweg sicherzustellen.⁷⁰ Rechtlich handelte es sich um ein Sondervermögen der Familie, das mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden oder Verfügung von Todes wegen entstand und weder teilbar noch belastbar war.⁷¹ Es ging zumeist in die Hand eines Familienmitglieds über, das als Nutzungseigentümer aber nur die Erträge behalten durfte, während die Familie eine Art Obereigentümer blieb. Nach dem Vorbild des Adels nutzten allmählich auch reiche bürgerliche Familien⁷² das Institut des Familienfideikommisses, nicht aber ohne zuvor eine hoheitliche Zustimmung einzuholen.

Vor diesem Hintergrund ersuchte auch Anton Fugger, der nach dem Tod von Raymund und Hieronymus eine ähnlich dominante Stellung im Fuggerschen Firmenimperium einnahm wie ehemals Jakob Fugger,⁷³ um ein entsprechendes Privileg und erhielt es am 9.6.1548 von Kaiser

67 So *Simmacher* (Fn. 6), 104.

68 Vgl. *Kischka* (Fn. 11), 124 ff.

69 Näher *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 77 Rn. 1 ff. und § 78 Rn. 1 ff.

70 Vgl. *Eckert*, Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland, 1992, 63 ff.

71 Näher *Ebert*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Bd. I, 2008, Stichwort: Familienfideikommis, Sp. 1502.

72 Jakob und Ulrich Fugger samt ihren männlichen Nachkommen sind von Kaiser Maximilian I. im Jahre 1511 in den Adelsstand erhoben worden; dazu *Stauber* (Fn. 3), 52 f.

73 Vgl. *Riebartsch* (Fn. 31), 226.

Karl V.⁷⁴ Auf dieser Grundlage schloss Anton Fugger dann am 20.11.1548 einen Fideikommissvertrag mit seinen vier Neffen.⁷⁵ Hierin bestimmten sie für sich, ihre Erben und Nachkommen, dass alle ihre im Einzelnen aufgeführten Güter fortan beim ehelichen, männlichen, weltlichen Stamm absteigender Linie bleiben mussten.⁷⁶ Das weibliche Geschlecht wurde abgefunden, ohne ein Klagerecht aus irgendeinem erbrechtlichen Anspruch zu haben. Die berufenen männlichen Erben hatten als bloße Nutzungseigentümer kein Recht, über die Fuggerschen Güter zu verfügen, sondern waren gleichsam Treuhänder des kollektiven Familienvermögens. Auf diese Weise wurden die vorausgegangenen gesellschaftsvertraglichen Regelungen zum „ehernen Familienerbschaftsrecht der Fugger“, das fortan die „bindende Grundlage für die Testaterbfolge bis zum 20. Jahrhundert“⁷⁷ bildete.

VI. Abgleich mit dem heutigen Recht

Aus heutiger Sicht ist der Blick auf die Nachfolgeregelungen der Fugger deshalb besonders reizvoll, weil er uns zurückführt in eine Welt ohne kodifiziertes Gesellschaftsrecht.⁷⁸ Im Hochmittelalter mussten die Gesellschafter ihre Verhältnisse im Schnittpunkt von Gesellschafts- und Erbrecht also noch ohne gesetzgeberische Unterstützung ordnen und ausgestalten.⁷⁹ Umso aufschlussreicher ist es zu untersuchen, welche ihrer frühen Vereinbarungen Jahrhunderte später Eingang in das moderne Gesetzesrecht gefunden haben und welche inzwischen nicht mehr verwendet werden oder gar unwirksam sind.

74 Abgedruckt bei v. Preysing, Die Fuggertestamente des 16. Jahrhunderts, Bd. II: Edition der Testamente, 2. Aufl. 1992, 272–276.

75 Vgl. Pettinger (Fn. 9), 166; Sinnacher (Fn. 6), 69.

76 Vgl. Sinnacher (Fn. 6), 69.

77 So Sinnacher, in: v. Preysing (Hrsg.) (Fn. 74), Einführung, 8.

78 Näher Fleischer (Fn. 2), 183, 186 m.w.N.

79 Zur Regelungsabstinentz auf Reichsebene und im Augsburger Stadtrecht Lutz, Die rechtliche Struktur süddeutscher Handelsgesellschaften in der Zeit der Fugger, Bd. I, 1976, 71 f.; Peterka, ZHR 73 (1913), 387, 390 f.

1. Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft

Zu allen Zeiten stellte sich im Personengesellschaftsrecht die Frage, ob ein ererbtes Handelsgeschäft dauerhaft in ungeteilter Erbengemeinschaft weitergeführt werden kann. Sie wurde im Zeitalter der Fugger ohne große Diskussion bejaht: Wie dargelegt, hatten Barbara Fugger und ihre drei ältesten Söhne das Handelsgeschäft des verstorbenen Jakob des Älteren elf Jahre lang in Gestalt einer Ganerbschaft – also auf erbrechtlicher Grundlage – fortgeführt.⁸⁰ Erst im Jahre 1480 schlossen Ulrich, Georg und Jakob Fugger einen Gesellschaftsvertrag und stellten das Handelsgeschäft somit von einem erbrechtlichen auf ein gesellschaftsrechtliches Fundament.

Die heute herrschende Meinung hält die dauerhafte Fortführung eines Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft nach wie vor für zulässig.⁸¹ Zweifel hieran waren zwischenzeitlich entstanden, weil der frühere BGH-Präsident Robert Fischer in einem Zeitschriftenbeitrag von 1980 die Auffassung vertrat, dass die einverständliche Fortführung des Handelsgeschäfts durch eine Erbengemeinschaft über die Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 HGB hinaus den stillschweigenden Abschluss eines OHG-Vertrages darstelle.⁸² Einer solchen Umwandlungsautomatik hat der BGH in einem Urteil von 1984 jedoch ausdrücklich widersprochen.⁸³ Im konkreten Fall ging es um eine Witwe, die das Landmaschinengeschäft ihres verstorbenen Mannes zusammen mit ihren beiden Söhnen vier Jahre lang fortgeführt hatte, bevor es zur Gründung einer KG kam. Der II. Zivilsenat räumte zwar ein, dass eine Erbengemeinschaft wegen ihrer fehlenden organschaftlichen Ausstattung zur Fortführung eines Handelsgeschäfts nicht in gleichem Maße geeignet sei wie eine Personenhandelsgesellschaft.⁸⁴ Gleichwohl bestand er darauf, dass es für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages hinreichender Anhaltspunkte bedürfe, die hier fehlten.⁸⁵ Von Rechts wegen könnten Miterben ein ererbtes Handelsgeschäft nämlich auch ohne gesellschaftlichen Zusammenschluss in ungeteilter Erbengemeinschaft ohne zeitliche Begrenzung weiterführen.⁸⁶ Diese Rechtsauffassung, so fügte

⁸⁰ Vgl. oben I.

⁸¹ Vgl. *Hopt*, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.), HGB, 40. Aufl. 2021, § 1 Rn. 38 m.w.N.

⁸² Vgl. *R. Fischer*, ZHR 144 (1980), 1 ff.

⁸³ Vgl. BGHZ 92, 259.

⁸⁴ Vgl. BGHZ 92, 259, 264.

⁸⁵ So BGHZ 92, 259, 266.

⁸⁶ Vgl. BGHZ 92, 259 Leitsatz 1: „Mit der Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch mehrere Miterben ist nicht notwendig ein gesellschaftlicher Zusammenschluß der Miterben verbunden.“

der Senat hinzu, gehe auf eine mehr als 100 Jahre währende, vom Reichsoberhandelsgericht begründete Gerichtspraxis zurück.⁸⁷ Mit Blick auf den Fugger-Fall könnte man sogar von einer mehr als 500-jährigen kaufmännischen Praxis sprechen.

2. Fortsetzung der Gesellschaft beim Tod eines OHG-Gesellschafters

Seit jeher diskutiert wird im Personengesellschaftsrecht ferner, welche Bedeutung der Tod eines Gesellschafters für das rechtliche Schicksal der betreffenden Gesellschaft hat. Im römischen Sozietätsrecht war die Auflösung der Gesellschaft die unabweisbare Folge,⁸⁸ abgemildert nur durch die Möglichkeit der verbliebenen Gesellschafter, eine *nova societas* zu begründen.⁸⁹ Den süddeutschen Handelsgesellschaften in der Zeit der Fugger erschien eine Auflösung hingegen inakzeptabel. Sie vereinbarten durchweg eine Fortsetzung der Gesellschaft unter den Überlebenden, teilweise unter Einschluss der Erben.⁹⁰ Dieses Kontinuitätsstreben spiegelte sich auch in den Gesellschaftsverträgen der Fugger wider: Beim Tod eines Gesellschafters sollte die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern fortgeführt werden, wie schon der erste schriftliche Gesellschaftsvertrag von 1494 anordnete.⁹¹

In Abkehr von dieser hergebrachten Übung sah der moderne HGB-Gesetzgeber bis in die jüngere Zeit eine gegenteilige Rechtsfolgenbestimmung vor: Nach dem bis 1998 geltenden § 131 Nr. 4 HGB a.F. war die OHG mangels anderer gesellschaftsvertraglicher Regelung durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst. Erst das Handelsrechtsreformgesetz von 1998⁹² kehrte dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis um. Seither bestimmt § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB, dass der Tod eines Gesellschafters keinen Auflösungs-, sondern nur einen Ausscheidensgrund bildet.⁹³ Der Reformgesetzgeber begründete dies mit dem Vorrang der Unternehmenskontinuität vor

87 So BGHZ 92, 259, 262 unter mittelbarem Hinweis auf ROHGE 11, 101.

88 Vgl. Gaius-Institutionen 3.152: „solvitur adhuc societas etiam morte socii“; dazu etwa Fleckner, in: FS Windbichler, 2020, 603, 618 f.

89 Zu dieser Hilfskonstruktion Wieacker, ZRG RA 69 (1952), 302, 317 mit Fn. 52.

90 Vgl. Lutz (Fn. 79), 415 f.

91 Vgl. oben II 3 a.

92 BGBl. I, 1474.

93 Dazu K. Schmidt/Fleischer, in: MüKoHGB, 5. Aufl. 2021, § 131 Rn. 3.

der Personenkontinuität.⁹⁴ Zugleich verwies er auf eine entsprechende Empfehlung der Europäischen Kommission.⁹⁵

In der Folgefrage, ob die Personengesellschaft mit oder ohne die Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgeführt wird, optierten Ulrich, Georg und Jakob in heutiger Terminologie für eine Fortsetzungs- und gegen eine Nachfolgeklausel.⁹⁶ Nach ihren Gesellschaftsverträgen von 1494 und 1502 sollten die beiden überlebenden Brüder die Gesellschaft beim Tod des Dritten ohne dessen Erben fortführen. Falls ein weiterer Bruder vor Ablauf der sechsjährigen Vertragslaufzeit stirbt, sollte der Letztüberlebende das Handelsgeschäft allein fortführen. Hierin tritt das Bestreben zutage, den Kreis der Gesellschafter im Interesse einer schlagkräftigen Unternehmensführung möglichst klein zu halten.⁹⁷ Den überlebenden Gesellschaftern sollte, wie sich der Gesellschaftsvertrag ausdrückte, „durch die verlassen erben nit unpillig eintrag oder verhinderung im handel geschehe“.

Heute hat die gesetzliche Auffangregelung in § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB ebenfalls zur Folge, dass der OHG-Anteil unvererblich ist. Ob dies den regelmäßigen Gesellschafterwillen trifft, darüber gehen die Auffassungen auseinander.⁹⁸ Wollen die Gesellschafter die OHG mit allen oder einzelnen Erben fortsetzen, müssen sie beizeiten durch eine einfache oder qualifizierte Nachfolgeklausel gesellschaftsvertragliche Vorsorge treffen.⁹⁹

3. Abfindungsmodalitäten beim Ausscheiden eines OHG-Gesellschafters

Im Falle einer Fortsetzungsklausel sind die vermögensrechtlichen Folgen beim Tod eines OHG-Gesellschafters über die Jahrhunderte gleichgeblieben. Schon der Gesellschaftsvertrag der Fugger-Brüder von 1494 sah vor, dass die Erben des verstorbenen Gesellschafters auf einen Abfindungsanspruch beschränkt waren.¹⁰⁰ Heute gilt unverändert, dass die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters seinen Mitgesellschaftern anwächst.

94 So ausdrücklich Begründung RegE HRefG, BT-Drs. 13/8444, 41.

95 Europäische Kommission, Empfehlung vom 7.12.1994 zur Übertragung von kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. EU L 354, 14: „[...] die Kontinuität der Personengesellschaften und Einzelunternehmen beim Tod des Gesellschafters oder Unternehmers sichern“.

96 Dazu auch *Kischka* (Fn. 11), 105.

97 Vgl. *Kischka* (Fn. 11), 106; *Peterka*, ZHR 73 (1913), 387, 404.

98 Kritisch *K. Schmidt/Fleischer* (Fn. 93), § 131 HGB Rn. 63 m.w.N.

99 Vgl. *K. Schmidt/Fleischer* (Fn. 93), § 131 HGB Rn. 1 ff. und 16 ff.

100 Vgl. oben II 3 a.

In seinen Nachlass fällt daher nicht der Gesellschaftsanteil selbst, sondern nur ein Abfindungsanspruch gegen die OHG (§ 105 Abs. 3 BGB i.V.m. § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB).¹⁰¹

Was die Abfindungsmodalitäten anbelangt, sah der Gesellschaftsvertrag von 1494 eine gestreckte Auszahlung in sechs gleichen Raten innerhalb von drei Jahren vor. Diese Klausel sollte den verbliebenen Gesellschaftern genügend Zeit geben, die Abfindungssumme aufzubringen. Hierfür bestand vor allem deshalb eine praktische Notwendigkeit, weil die süddeutschen Handelsgesellschaften jener Zeit über keine hohen Liquiditätsreserven verfügten: Ihre Geldmittel waren größtenteils in laufenden Geschäften angelegt oder durch langfristig ausgereichte Kredite gebunden.¹⁰² Aus ähnlichen Gründen sind solche Stundungsklauseln bis heute üblich.¹⁰³ Sie begegnen bei einem dreijährigen Zahlungsziel auch keinen rechtlichen Bedenken.¹⁰⁴ Als sittenwidriges „Zwangsdarlehen“ hat die jüngere Rechtsprechung erst eine Verteilung auf drei nach 5, 8 und 10 Jahren fällige Raten angesehen.¹⁰⁵

Eine vertragliche Reduzierung der Abfindung nach dem Muster heutiger Abfindungsklauseln¹⁰⁶ sah der Fugger-Gesellschaftsvertrag nicht vor. Für sie bestand damals vielleicht auch weniger Veranlassung, weil die Erben die von den verbliebenen Gesellschaftern festgesetzte Summe widerspruchslos hinnehmen mussten.¹⁰⁷ Unbekannt war den Fuggern offenbar noch eine Fortsetzungsklausel mit wechselseitigem Abfindungsausschluss, wie sie heute häufiger Verwendung findet. Sie wird von der Rechtsprechung als aufschiebend bedingte, sich mit dem Tod automatisch vollziehende Zuwendung des Gesellschafters unter Lebenden (§ 2301 Abs. 2 BGB) als wirksam anerkannt.¹⁰⁸ Anteil und Anteilswert werden so am

101 Vgl. K. Schmidt/Fleischer (Fn. 93), § 139 HGB Rn. 7a.

102 Vgl. Riebartsch (Fn. 31), 274.

103 Vgl. Roth, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.), HGB, 40. Aufl. 2021, § 131 Rn. 68.

104 Vgl. K. Schmidt/Fleischer (Fn. 93), § 131 HGB Rn. 172.

105 So OLG Dresden NZG 2000, 1042.

106 Zu ihnen Fleischer/Bong, WM 2017, 1957 ff.

107 Vgl. Riebartsch (Fn. 31), 272: „Weiterhin hatten sie kein Recht, Entscheidungen zu überprüfen, Informationen von den Gesellschaftern zu erlangen und Einspruch gegen Entscheidungen zu erheben. Zusammenfassend ist festzuhalten, daß den Erben nach diesen Bestimmungen nur die Möglichkeit blieb, den übrigen Gesellschaftern zu glauben und zu vertrauen.“

108 Vgl. BGHZ 22, 187, 194; 135, 387, 390; BGH WM 1966, 367; eingehend zur Rechtskonstruktion K. Schmidt/Fleischer (Fn. 93), § 131 HGB Rn. 162; zur Frage etwaiger Pflichtteilsergänzungsansprüche nach § 2325 BGB zuletzt BGH NJW 2020, 2396.

Nachlass vorbeigesteuert.¹⁰⁹ Die Kautelarpraxis empfiehlt eine solche Klausel deshalb als rechtssichere Gestaltung, um im Erbfall den Fortbestand einer Personenhandelsgesellschaft ohne Liquiditätsabfluss sicherzustellen.¹¹⁰

4. Testamentarische Bestimmung der Gesellschafternachfolge auf vertraglicher Grundlage

Besondere Aufmerksamkeit verlangte früher wie heute die Koordination gesellschafts- und erbrechtlicher Nachfolgeregelungen. In dieser Hinsicht bewies Jakob Fugger in dem Gesellschaftsvertrag mit seinen Neffen aus dem Jahre 1512 gleichermaßen Problem- und Machtbewusstsein, indem er sich die Möglichkeit vorbehielt, die entsprechenden Regelungen später einseitig zu ändern.¹¹¹ Von dieser Möglichkeit hat er unmittelbar vor seinem Tod durch testamentarische Anordnung Gebrauch gemacht.¹¹² Eine nicht gesellschaftsvertraglich abgesicherte, testamentarische Bestimmung der Gesellschafternachfolge wäre demgegenüber nicht zulässig gewesen.¹¹³

Auch heute gilt für die Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft, dass die maßgeblichen Entscheidungen zunächst zwischen den Gesellschaftern fallen: Allein der Gesellschaftsvertrag legt den Rahmen fest, in dem eine Nachfolge zulässig sein soll.¹¹⁴ Das die Nachfolge steuernde Bestimmungsrecht kann allerdings vertraglich auf den Erblasser delegiert werden.¹¹⁵ Der spätere Übergang erfolgt dann kraft Erbrechts. Es tritt also ein gesetzlicher Erwerb gemäß § 1922 BGB ein, nicht ein gesellschaftsvertraglicher Erwerb.¹¹⁶ In einem anschaulichen Bild: „Die erbrechtliche Anordnung durch letztwillige Verfügung oder gesetzliche Erbfolge und der Vollzug

109 So K. Schmidt/Fleischer (Fn. 93), § 131 HGB Rn. 161.

110 So zuletzt wieder Schöenberg-Wessel, NJW 2020, 2398, 2399.

111 Auf diesen Umstand hinweisend auch Kischka (Fn. 11), 117.

112 Vgl. oben IV.

113 Vgl. v. Ciriacy-Wantrup (Fn. 5), 266: „Die Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrages bildeten regelmäßig die Grenzen der Verfügungsfreiheit des testierenden Gesellschafters, so dass der Vertrag prinzipiell Vorrang vor dem Testament [...] genoss.“; Lutz (Fn. 78), 437: „Nur bei vertraglich ausbedungener Vollmacht hat der einzelne Gesellschafter ein testamentarisches Bestimmungsrecht über seine Nachfolge in der Gesellschaft.“

114 Vgl. BGHZ 22, 186 ff.; 68, 225 ff.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, § 5 III 2 a, 470.

115 Vgl. K. Schmidt/Fleischer (Fn. 93), § 139 HGB Rn. 16.

116 Vgl. K. Schmidt/Fleischer (Fn. 93), § 139 HGB Rn. 17.

durch Universalsukzession bilden den Aquädukt, der die Überleitung der Mitgliedschaft vom Erblasser auf seine Nachfolger trägt; darüber kann aber nur fließen, was aus der Quelle des Gesellschaftsvertrages oder eines ihm gleichstehenden Gesellschafterbeschlusses inhaltlich entspringt.“¹¹⁷

5. Familienfideikommisse und Funktionsäquivalente

Ein Relikt der Vergangenheit sind dagegen seit langem die Fideikommisse und damit auch der Fuggersche Familienfideikommiss.¹¹⁸ Sie gerieten schon im 19. Jahrhundert in die Kritik, weil sie das fideikommissarisch gebundene Eigentum den Marktprozessen entzogen und eine Herrschaft der Verstorbenen („tote Hand“) über die Lebenden ermöglichten. Schon die gescheiterte Paulskirchenverfassung von 1849 sah daher ihre Abschaffung vor, doch zog sich der „Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland“¹¹⁹ noch viele Jahrzehnte hin. Erst die Weimarer Reichsverfassung ordnete die Auflösung der Fideikommisse an, und der Reichsgesetzgeber kam diesem Verfassungsauftrag 1938 unter den Nationalsozialisten nach.¹²⁰

Bis heute nicht entfallen ist allerdings das hinter dem Familienfideikommiss stehende Bedürfnis, das einmal erworbene Familienvermögen als Einheit zu erhalten.¹²¹ Es zeigt sich vor allem bei Mehrgenerationen-Familienunternehmen. Daher verwundert es nicht, dass die Kautelarpraxis versucht, im Rahmen des rechtlich Möglichen fideikommissartige Strukturen nachzubilden. Hierzu gehört neben der Dauertestamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen¹²² namentlich die Überführung des Familienunternehmens in eine Stiftung. Trotz rechtstechnischer Unterschiede lassen sich funktionale Parallelen zwischen Familienfideikommiss und Familienstiftung nicht leugnen.¹²³ Dessen ungeachtet steht die rechtliche Zulässigkeit einer Familienstiftung aber heute außer Zweifel; das BVerfG

117 Wiedemann (Fn. 114), § 5 III 2 a, 470.

118 Vgl. Simnacher (Fn. 6), 71.

119 So der Titel der 1992 veröffentlichten Habilitationsschrift von Eckert.

120 Gesetz über das Erlöschen der Familienfideikommisse und sonstiger gebundener Vermögen vom 6.7.1938, RGBl. I, 825.

121 So treffend Reuter, in: GS Eckert, 2008, 677.

122 Eingehend zum Meinungsstand zuletzt Kämper, RNotZ 2016, 625 ff.

123 Näher Dutta, Warum Erbrecht?, 2014, 71 ff. unter der Zwischenüberschrift „Funktionsäquivalenzen“; s.a. BFH DStR 1998, 331, 333.

hat sie ausdrücklich als eine „neue zulässige Form der Gebundenheit“¹²⁴ eines Familienvermögens bezeichnet. In der Praxis findet die Stiftung als Instrument zur dauerhaften Fortführung eines Familienunternehmens zahlreiche Fürsprecher.¹²⁵

6. Geschlechterklausel

Hinsichtlich der rechtlichen Bewertung von Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen zeichnet sich neuerdings ein Meinungswandel ab.¹²⁶ Eine Beschränkung der Gesellschafternachfolge auf den „Mannesstamme“, wie sie die Fugger-Brüder erstmals in den Sonderverträgen von 1502 vorgesehen hatten,¹²⁷ war in Familiengesellschaften über Jahrhunderte gang und gäbe.¹²⁸ Ihre rechtliche Wirksamkeit stand lange außer Streit. Auch unter der Geltung des Grundgesetzes brachte die hergebrachte Lehre gegen sie trotz des Differenzierungsverbots gemäß Art. 3 Abs. 3 GG keine prinzipiellen Bedenken hervor.¹²⁹ Weil auch die Testierfreiheit gemäß Art. 14 GG grundrechtlichen Schutz genieße, sei der Vorwurf der Sittenwidrigkeit grundsätzlich nicht berechtigt,¹³⁰ zumal das gesetzliche Pflichtteilsrecht allfällige Härten abmildere.¹³¹ Demgegenüber hält die vordringende Gegenansicht Geschlechterklauseln in Gestalt generell-abstrakter Nachfolgeregelungen für sittenwidrig und damit für nichtig.¹³² Sie stützt sich auf die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte,¹³³ teilweise auch

124 BVerfGE 87, 328, 336.

125 Vgl. zuletzt *Habersack/Horváth/Kirchdörfer*, Stiftungsunternehmen bringen Eigentum und Verantwortung zusammen, FAZ vom 19.3.2021, 16; monographisch *Meinicke*, Stiftungen als Instrument der Unternehmensnachfolge, 2019.

126 Vgl. *K. Schmidt/Fleischer* (Fn. 93), § 139 HGB Rn. 16a.

127 Vgl. oben II 3 b.

128 Einzelbeispiele bei *Fleischer*, BB 2019, 2819, 2826.

129 Vgl. *G. Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, 114, 253.

130 Vgl. *Staudinger/Sack/Fischinger*, BGB, Neubearbeitung 2017, § 138 Rn. 686 unter Hinweis auf § 19 Abs. 4 AGG, wonach das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse keine Anwendung findet; ferner BGHZ 140, 118 Leitsatz 1.

131 Vgl. *Bezzenger*, AcP 196 (1996), 395, 417.

132 Vgl. *Angerer*, Schranken gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsfreiheit bei Eingriffen in die Privatautonomie, 1993, 72 ff.; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 236 f.; *Foerster*, AcP 213 (2013), 173, 193 ff.; *Kalss/Dauner-Lieb*, GesRZ 2016, 255 ff.

133 So *Kalss*, NZG 2019, 912.

auf die §§ 6 ff. AGG.¹³⁴ In diese Richtung weist auch ein Urteil des österreichischen OGH aus dem Jahre 2019.¹³⁵ Danach sind generell-abstrakte, nach dem Geschlecht differenzierende Nachfolgeklauseln in Gesellschaftsverträgen jedenfalls dann unzulässig, soweit dadurch der Zugang zur Ausübung unternehmerischer Tätigkeit eingeschränkt wird.¹³⁶ Offengelassen hat der OGH, ob das Sittenwidrigkeitsverdikt nur bei einer Stellung als OHG-Gesellschafter oder Komplementär eingreift, die – wie im entschiedenen Fall – mit einer Geschäftsführerstellung einhergeht, oder ob dies auch für Kommanditbeteiligungen gilt.

VII. Schluss

Mehr als 550 Jahre sind vergangen, seit Barbara Fugger das Handelsgeschäft ihres verstorbenen Mannes gemeinsam mit ihren ältesten Söhnen in Form einer Ganerbschaft fortgeführt hat. Während dieser langen Zeitspanne hat sich die Dogmatik der Rechtsnachfolge in Personengesellschaftsanteile fortentwickelt und weiter verfeinert.¹³⁷ Im Lichte der vorgestellten Fallstudie scheinen die Kontinuitäten aber größer als die Diskontinuitäten: Die dauerhafte Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbgemeinschaft war schon damals zulässig. Statt des römischrechtlichen Grundsatzes „Auflösung der Gesellschaft bei Tod eines Gesellschafters“ bevorzugten die Fugger bereits die heutige Regel „Fortbestand der Gesellschaft und Ausscheiden des Gesellschafters“¹³⁸. Abfindungsklauseln mit Ratenzahlungsmodus waren ihnen ebenfalls vertraut, ferner ein die Nachfolge steuerndes testamentarisches Bestimmungsrecht des Erblassers auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage. Vom modernen Gesetzgeber ausgemustert wurde dagegen die Möglichkeit, das Hauptvermögen des Familienunternehmens in Gestalt eines Familienfideikommissses zusammenzuhalten und vor Zersplitterung zu schützen. Hinsichtlich der traditionellen Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen findet unter dem Einfluss

134 Näher *Foerster*, AcP 213 (2013) 173, 193 ff.

135 OGH NZG 2019, 904.

136 OGH NZG 2019, 904 ff.; zustimmend *Arlt*, GesRZ 2019, 187; *Kalss*, NZG 2019, 912; *Zimmermann*, eolex 2019, 604; kritisch *Heckschen*, GWR 2020, 87, 91.

137 Zum aktuellen Rechtsstand in monographischer Breite und Tiefe *Eichten*, Der HG-Anteil im Spannungsfeld von Erb- und Gesellschaftsrecht, 2020.

138 Für diese Gegenüberstellung Begründung RegE HRefG, BT-Drs. 13/1844, 2 und 41; dazu BGH NJW 2007, 589 Rn. 17.

der Grundrechte und der spezialgesetzlichen Diskriminierungsverbote neuerdings ein Umdenken statt.

In einem größeren Zusammenhang veranschaulicht das Beispiel der Fugger, wie wertvoll es gerade für die juristische Familienunternehmensforschung sein kann, auf die reichhaltigen Wissensbestände der historischen Unternehmensforschung und der Wirtschaftsgeschichte zurückzugreifen.¹³⁹ Durch diese Perspektivenerweiterung gewinnen die gesellschaftsrechtlichen Analysen an Anschaulichkeit und Tiefenschärfe.¹⁴⁰ Zugleich wächst das Reflexionswissen, weil die Koevolution von Familienunternehmen, Wirtschaft und Gesellschaftsrecht sichtbarer wird und die historischen Kontingenzen gesellschaftsrechtlicher Anpassungs- und Entwicklungsprozess plastischer hervortreten.¹⁴¹

139 Dazu bereits am Beispiel von Siemens *Fleischer*, AG 2019, 481; am Beispiel des Bankhauses Sal. Oppenheim *Fleischer/Tittel*, FuS 2020, 10.

140 Näher mit Blick auf das Konzernrecht *Fleischer*, JZ 2021, 217.

141 Eingehend dazu und zum fächerübergreifenden Forschungsfeld von Gesellschaftsrecht, Wirtschafts- und Unternehmensgeschichte *Fleischer*, ZGR 2021, 231.

Kann eine juristische Person/eine Personengesellschaft Mitglied eines Beirats sein?

Barbara Grunewald

I. Die Entscheidung des OLG Stuttgart¹

Ein Urteil des OLG Stuttgart betrifft eine schon lange diskutierte Frage. Zu entscheiden war, ob eine juristische Person Mitglied eines Beirats einer Kommanditgesellschaft sein kann.

Der Sachverhalt bezieht sich auf eine ganz besondere Form der Kommanditgesellschaft: Die Beklagte war eine extern verwaltete Investment-KG, die nach ihrem Gesellschaftsvertrag einen Anlegerbeirat zu bilden hatte, der die Gesellschaft überwachen, beraten und unterstützen sollte. Einstimmig gewählt wurde die Klägerin, eine juristische Person. Sie klagte auf Feststellung, dass sie in den Beirat gewählt sei.

Die Vorinstanz, das LG Tübingen, hatte die Klage abgewiesen. Das Urteil berief sich zum einen auf eine Analogie zu §§ 153 Abs. 2 S. 2, 18 Abs. 2 S. 4 KAGB, Regelungen, die für die intern verwaltete Investment-KG auf das Aktiengesetz verweisen und damit auch auf § 101 Abs. 1 S. 1 AktG. Diese Norm bestimmt, dass Mitglieder eines Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft nur natürliche Personen sein können. Des Weiteren – so das Landgericht – solle der Beirat nach dem Gesellschaftsvertrag die Beklagte kontrollieren. Dann müsse er aber aus Personen bestehen, die wegen ihrer Persönlichkeit und Sachkunde Gewähr dafür böten, dass die Interessen der Anleger gewahrt würden. Dies sei nur bei natürlichen Personen der Fall. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass die Gesellschafterstellung bei der Beklagten auch juristischen Personen offen stehe.

Das OLG Stuttgart hat sich dem nicht angeschlossen. Eine Analogie zu den Regeln des KAGB für die intern verwaltete Investment-KG komme nicht in Frage, da die Verwaltung des Investmentvermögens bei der extern verwalteten Investment-KG durch eine externe Kapitalverwaltungsgesellschaft erfolge, für die dann § 18 Abs. 2 KAGB mit dem Verweis auf § 100 Abs. 1 S. 1 AktG eingreife. Auch gebe es jedenfalls in einer Kommandite-

1 NZG 2020, 1103 mit Anm. *Giedinghagen*, EWiR 2020, 715; *Mock*, GmbHR 2020, 1017.

sellschaft keinen Grundsatz, nach dem nur natürliche Personen Organmitglieder sein könnten. Dies zeige schon die Rechtsform der GmbH & Co KG. Auch liege der Kern der Geschäftsführungstätigkeit der Beklagten bei der Kapitalverwaltungsgesellschaft. Daher sei für die Beklagte „die persönliche Verantwortlichkeit und Amtswahrnehmung der Beiratsmitglieder... von untergeordneter Bedeutung.“

II. Die gesetzlichen Regelungen für Aktiengesellschaft, SE und KVG

1. Die für den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft geltende Normen

Gemäß § 100 Abs. 1 S. 1 AktG kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person Mitglied eines Aufsichtsrates sein. Begründet wird dies damit, dass auf diese Weise das in § 111 Abs. 5 AktG verankerte Gebot der höchstpersönlichen, weisungsfreien Amtsführung² sowie die persönliche Verantwortlichkeit³ abgesichert werden sollen.

Ob diese Begründung überzeugt, kann hier dahinstehen. Die gesetzliche Regelung ist eindeutig. Anzumerken ist aber doch, dass selbstverständlich auch eine juristische Person als Aufsichtsratsmitglied *im üblichen Rahmen haften würde*. Das Fehlverhalten der für sie handelnden natürlichen Personen würde ihr über § 31 BGB oder § 278 BGB zuzurechnen sein. Die juristische Person kann dann ihrerseits bei der natürlichen Person, die im Aufsichtsrat die entsprechende Pflichtverletzung begangen hat, Rückgriff nehmen⁴. Zudem ist zu befürchten, dass die Judikatur das Rechtsverhältnis zwischen der juristischen Person und der von ihr in den Aufsichtsrat geschickten Person als ein Rechtsverhältnis mit Schutzwirkung zu Gunsten der zu kontrollierenden Gesellschaft einordnen wird – ganz so wie sie in der GmbH & Co KG das Organverhältnis zwischen der GmbH und ihrem

2 Habersack, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014 § 100 Rn. 9; Hopt/Roth, in: GroßKommAktG, 4. Aufl. 2019, § 100 Rn. 25.

3 Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.), AktG 15. Aufl. 2021, § 100 Rn. 3.

4 Daher ist entgegen Mock, GmbHR 2020, 1017, 1018 die Annahme, das Rechtsverhältnis zwischen dieser natürlichen Person und der zum Aufsichtsratsmitglied bestellten juristischen Person habe Schutzwirkung zu Gunsten der Gesellschaft, zu der das Aufsichtsorgan gehört, nicht erforderlich, um letztlich die natürliche Person haften zu lassen, die die Pflichtverletzung begangen hat.

Geschäftsführer als Rechtsverhältnis mit Schutzwirkung zu Gunsten der Kommanditgesellschaft versteht.⁵

Auch hätte die juristische Person genau wie eine natürliche Person *weisungsfrei* zu entscheiden. Wie diese Entscheidung innerhalb der juristischen Person dann ihrerseits zustande kommt, ist eine andere Frage, die von § 100 Abs. 1 S. 1 AktG genauso wenig erfasst wird, wie die Entscheidungsfindung der natürlichen Person.

2. Die für die SE geltende Regelung

Dass die Wertungen, auf denen § 100 Abs. 1 S. 1 AktG beruht, nicht wirklich zwingend sind, zeigt auch die Verordnung über die europäische Aktiengesellschaft.⁶ Nach Art. 47 Abs. 1 SE VO kann die Satzung der SE vorsehen, dass eine *juristische Person Mitglied eines Organs* sein kann, sofern das für Aktiengesellschaften maßgebliche Recht des Sitzstaates der SE nichts anderes bestimmt. Der Verweis auf das Aktienrecht führt für die Bundesrepublik dazu, dass auch in der SE nur natürliche Personen Mitglied des Aufsichtsorgans sein können. Die SE VO zeigt aber doch, dass jedenfalls in anderen Ländern die Wertungen des deutschen Gesetzgebers keineswegs als zwingend empfunden werden.

3. Die für externe Kapitalverwaltungsgesellschaften geltende Regelung

Wie in dem Urteil des LG Tübingen und des OLG Stuttgart schon angesprochen, bestimmt § 18 Abs. 2 S. 1 KAGB, dass in einer externen Kapitalverwaltungsgesellschaft auch dann ein Aufsichtsrat/Beirat zu bilden ist, wenn die Kapitalverwaltungsgesellschaft die Rechtsform der GmbH oder der GmbH & Co KG hat. Neben diesen beiden Gesellschaftsformen ist nur noch die Aktiengesellschaft als Kapitalverwaltungsgesellschaft zulässig. In jedem Fall sind die Vorgaben von § 100 Abs. 1 S. 1 AktG zu beachten (§ 18 Abs. 2 S. 3, S. 4 KAGB). Das Gremium kann also *nicht mit juristischen Personen besetzt werden*. Besondere Gründe für diese Bestimmung werden nicht genannt. Es ist also davon auszugehen, dass die – wie gezeigt eher

5 *Mock*, GmbHR 2020, 1017, 1018; Überblick über die entsprechende Judikatur zur GmbH & Co KG, *Grunewald*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 86; *Roth*, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.), HGB 39. Aufl. 2020 Anh. § 177a Rn. 28.

6 EG 2157/2001.

fraglichen – Argumente, auf denen § 100 Abs. 1 S. 1 AktG beruht, auch für § 18 Abs. 2 S. 1 – 4 KAGB maßgeblich waren.

III. Aufsichtsorgane in der GmbH

1. Der obligatorische Aufsichtsrat

Für den obligatorischen Aufsichtsrat in der GmbH verweist das Gesetz (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 DrittelbG, § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG) auf das AktG. Damit steht fest, dass *nur natürliche Personen Mitglieder* eines solchen Aufsichtsrats sein können.

2. Fakultative Aufsichtsorgane

§ 52 Abs. 1 GmbHG betrifft den Fall, dass nicht das Gesetz sondern der Gesellschaftsvertrag der GmbH die Bildung eines Aufsichtsrats vorschreibt. Nach § 52 Abs. 1 GmbHG gilt dann § 100 Abs. 1 AktG entsprechend, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt.

Vom Wortlaut der Norm aus betrachtet ist die Rechtslage klar: § 100 Abs. 1 AktG greift nur ein, wenn die Gesellschafter nichts anderes bestimmt haben. Gleichwohl geht ein großer Teil der einschlägigen Literatur davon aus, dass alle Aufsichtsorgane, die der Gesellschaftsvertrag einer GmbH vorsieht, nur mit natürlichen Personen besetzt werden dürfen.⁷ Zur Begründung heißt es, es sei mit der Überwachungsaufgabe eines Aufsichtsrates nicht vereinbar, wenn eine juristische Person Mitglied des Gremiums sei. Lediglich für ein reines Beratungsgremium könne von diesem Grundsatz abgewichen werden.⁸

Diese Argumentation überzeugt nicht. Schon die Unterscheidung zwischen Überwachungs- und Beratungsgremium hat mit der Frage, ob eine juristische Person Mitglied des Gremiums sein kann, eigentlich nichts

7 Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 52 Rn. 11; Kort, AG 2008, 137, 141; Schnorbus, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Hrsg.), GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 52 Rn. 12; a.A. Beck, GWR 2020, 436; Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993) 483, 495; Mock, GmbHR 2020, 1017; Schneider, in: Scholz (Hrsg.), GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 52 Rn. 254; Spindler, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019 § 52 Rn. 135; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 52 Rn. 34.

8 Kort, AG 2008, 137, 141.

zu tun. Beratung und Überwachung gehen ineinander über und sind gleichermaßen von den Einschätzungen des Überwachenden/Beratenden geprägt. Zu Recht wird weiter darauf hingewiesen, dass juristische Personen (etwa Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, Rechtsanwaltsgesellschaften, Behörden) – vielfach vielleicht sogar besonders gut – in der Lage sind, die Geschäftsführung zu überwachen.⁹ Das gilt auch dann, wenn nicht dieselbe Person für längere Zeit die juristische Person vertritt.¹⁰ Denn auch dann ist zu erwarten, dass die juristische Person eine für die jeweils zur Beratung anstehenden Punkte qualifizierte Person in den Beirat entsendet.

Weiter heißt es, es gebe im Körperschaftsrecht einen allgemeinen Grundsatz, nach dem nur natürliche Personen Organmitglieder sein könnten¹¹. Dem steht entgegen, dass es nur eine solche Bestimmung – eben die im Aktienrecht – gibt, auf die allerdings manche andere Regelungen verweisen. Das allein dürfte aber kaum einen allgemeinen Grundsatz begründen, zumal für das GmbH-Recht unstreitig der Grundsatz der Satzungsautonomie gilt¹², der in eine andere Richtung weist. Dieser Grundsatz gilt dann auch für die Entscheidung, ob ein Beirat gebildet werden soll und ob er auch mit juristischen Personen oder Personengesellschaften besetzt werden darf.

IV. Beiräte in Personengesellschaften

Für alle Personengesellschaften gilt weitgehend der Grundsatz der Vertragsfreiheit.¹³ Eine Sonderregelung für Beiräte gibt es im Prinzip nicht. Die im KAGB enthaltenen Regeln für externe Kapitalverwaltungsgesellschaften in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft sind – wie das OLG Stuttgart überzeugend darlegt – noch nicht einmal auf extern verwaltete Investmentgesellschaften in der Rechtsform der Kommanditgesell-

9 *Giedinghagen*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt (Hrsg.), GmbHG, 3. Aufl., § 52 Rn. 56; *Mock*, GmbHR 2020, 1017 unter Hinweis auf die größeren Ressourcen einer juristischen Person.

10 Einschränkung insoweit *Giedinghagen*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt (Hrsg.) (s.o. Fn. 9) § 52 Rn. 56.

11 *Heermann*, in: Ulmer/Habersack/Löbke (Hrsg.), GmbHG, 2. Aufl., § 52 Rn. 30; *Voormann*, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1990, 136.

12 *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019 § 45 Rn. 2; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), (s.o. Fn. 7) § 45 Rn. 6.

13 Statt aller *Lieder*, in: Oetker (Hrsg.), HGB 7. Aufl. 2020, § 109 Rn. 7; *Schäfer*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 136.

schaft analog anwendbar. Basis für eine für alle Personengesellschaften geltende Analogie kann die Norm dann erst Recht nicht sein.

Ein für die Körperschaften behaupteter allgemeiner Grundsatz, dass nur juristische Personen Organfunktion in der Gesellschaft übernehmen können, besteht in den Personengesellschaften ebenfalls eindeutig nicht. Zu Recht verweist das OLG Stuttgart¹⁴ in diesem Zusammenhang daraufhin, dass in der GmbH & Co KG Komplementär – also Organ der KG – auch eine GmbH sein kann. Damit steht fest, dass auch in den Personengesellschaften juristische Personen und Personengesellschaften Beiratsmitglieder sein können.

V. Die Interpretation der Gesellschaftsverträge

1. GmbH Satzungen

Wenn es demgemäß zulässig ist, dass eine juristische Person/eine Personengesellschaft in ein Aufsichts- oder Beratungsgremium einer GmbH gewählt wird, fragt es sich, ob der jeweilige Gesellschaftsvertrag von dieser Möglichkeit Gebrauch macht. Eine ausdrückliche Regelung wird sich kaum je in einer Satzung einer GmbH finden. Meist wird lediglich gesagt, dass in der GmbH ein Beirat einzusetzen ist.

Was ohne ausdrückliche Regelung gelten soll, bestimmt § 51 Abs. 1 GmbHG: Sofern in der Satzung nichts anders bestimmt ist, bleibt es bei der für die AG verankerten Regelung.¹⁵ Das überzeugt. Die Bestellung einer juristischen Person/einer Personengesellschaft zum Organmitglied ist sehr ungewöhnlich und daher im Zweifel wohl auch nicht gewollt. In atypischen Fallgestaltungen mag das anders sein. Sollten etwa die Gesellschafter ausschließlich oder fast ausschließlich juristische Personen sein, liegt es nahe, dass auch Beiratsmitglieder juristische Personen oder Personengesellschaften sein können. Denn eine solche GmbH ist auf die Beteiligung von Gesellschaften an der Willensbildung in der Gesellschaft ausgerichtet.

Gleiches gilt, wenn ein Beirat schon mit juristischen Personen oder Personengesellschaften besetzt war. Auch damit bringen die Gesellschafter zum Ausdruck, dass sie mit einem solchen Vertragsverständnis konform gehen. Im Einzelfall können dem allerdings nach Ansicht des BGH die

14 Ebenso *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993) 483, 469.

15 So auch *Mock*, GmbHR 2020, 1017, 1018.

für körperschaftliche Satzungsregeln geltenden Auslegungsgrundsätze entgegenstehen.¹⁶

2. Die Interpretation der Gesellschaftsverträge einer Personengesellschaft

Wie geklärt kann auch in einer Personengesellschaft eine juristische Person oder einer Personengesellschaft Beiratsmitglied sein. Erneut stellt sich damit die Frage, ob dies von den Gesellschaftern auch dann gewollt ist, wenn der Gesellschaftsvertrag keine ausdrückliche Regelung enthält.

Auch in Personengesellschaften ist die Bestellung einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft zum Beiratsmitglied eher ungewöhnlich und daher wird man auch bei den Personengesellschaften davon auszugehen haben, dass im Zweifel eine solche Bestellung nicht gewollt ist. Es kann aber durchaus Gesellschaftsverträge geben, aus denen sich auch ohne ausdrückliche Regelung ergibt, dass die Gesellschafter eine solche Bestellung billigen. Dies gilt zum einen wie in der GmbH für Personengesellschaften, bei denen ausschließlich oder fast ausschließlich juristische Personen oder Personengesellschaften Gesellschafter sind, sowie zum anderen dann, wenn schon früher juristische Personen oder Personengesellschaften Beiratsmitglieder waren. Da im Personengesellschaftsrecht der Grundsatz der objektiven Vertragsauslegung nicht wie in den Körperschaften gilt, tut sich hier ein größerer Freiraum auf.

VI. Zusammenfassung

1. Sowohl in der GmbH wie in den Personengesellschaften können Aufsichtsgremien, für die keine gesetzliche Verweisung auf § 100 Abs. 1 AktG besteht, mit juristischen Personen/Personengesellschaften besetzt werden.
2. Im Wege der Auslegung der Gesellschaftsverträge ist zu ermitteln, ob in der jeweiligen Gesellschaft juristische Personen/Personengesellschaften in ein Beratungs- oder Aufsichtsgremium gewählt werden können. Im Regelfall wird dies nicht gewollt sein. Etwas anders gilt aber z.B. dann, wenn der Gesellschafterkreis gänzlich oder fast vollständig aus

16 Überblick über diese Grundsätze bei *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rn. 29; *J. Schmidt*, in: Michalski/Heidinger/Leible (Hrsg.), GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 82 ff.

juristischen Personen/Personengesellschaften besteht oder wenn schon früher juristische Personen oder Personengesellschaften Beiratsmitglieder waren.

Wer „setzt das Recht“ im Gesellschaftsrecht? Unabhängigkeitsfragen bei Stakeholdern im Gesetzgebungsprozess

*Heribert Hirte*¹

Vor einiger Zeit hat *Holger Fleischer* Überlegungen zu „Schlüsselfiguren im Gesellschaftsrecht und ihr[em] diskursive[n] Zusammenwirken“ angestellt.² Beim Autor als – unter anderem – in den Jahren von 2013 bis 2021 für das Gesellschaftsrecht zuständigem Berichterstatter in der CDU/CSU-Bundtagsfraktion sind diese Ausführungen naturgemäß auf besonderes Interesse gestoßen. Sie sollen hier daher an der einen oder anderen Stelle ergänzt werden – und dabei mit *Thomas Heidel* geteilt werden, dessen auch rechtspolitisches Interesse dem Autor aus vielen Gesprächen bekannt ist; zudem mögen sie als Grundlage für die eine oder andere weiterführende Überlegung dienen.

Wer sind die „Schlüsselfiguren“ im Gesellschaftsrecht, die *Fleischer* in der Überschrift seines Beitrags als „Gesellschaftsrechts-Honoratioren“ bezeichnet? Er beginnt zunächst – sicherlich aus seiner Rolle heraus³ – mit den Professoren des Gesellschaftsrechts,⁴ die – wie er an anderer Stelle betont – durch entsprechende Reputation ihre Befugnis zur Mitwirkung am wissenschaftlichen Diskurs erarbeitet haben.⁵ Als zweites nennt er die Bundesrichter,⁶ deren Teilnahme am Diskurs mit anderen Akteuren – an-

1 Der Vollständigkeit halber: Der Autor wurde aus dem Herausgeberkreis der von *Fleischer* in seinem Beitrag auch erwähnten ZGR ausgeschlossen. Gegen diese Entscheidung hat er sich zunächst im Einstweiligen-Verfügungs-Verfahren gewandt. Nachdem die dort aufgeworfenen Fragen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht geklärt werden konnten, schwebt nun ein Hauptsacheverfahren.

2 *Fleischer*, NZG 2019, 921 ff; siehe mittlerweile auch *ders.*, in: Vogt./Fleischer/Kalss (Hrsg.), Protagonisten im Gesellschaftsrecht (2020), 1 ff.

3 Deshalb sei der Vollständigkeit halber erwähnt, dass er sie später (*Fleischer*, NZG 2019, 921, 926) „gemeinsam mit Anwälten und Notaren“ als „Juniorpartner“ in der Diskussion mit den Bundesrichtern qualifiziert.

4 *Fleischer*, NZG 2019, 921, 922.

5 *Fleischer*, NZG 2019, 921, 926 li. Sp.

6 *Fleischer*, NZG 2019, 921, 922 f.

ders als in vielen anderen Staaten – er zu Recht ausdrücklich hervorhebt.⁷ Als drittes nennt er die „Spitzenanwälte und -notare“⁸ und schließlich die „Ministerialreferenten“⁹, deren zentrale Rolle er darin sieht, dass sie „den legislatorischen Reformprozess steuern“.¹⁰ Dass er schließlich „die Frauen“ auf den ersten Blick als eine gesonderte Gruppe von Akteuren anzusprechen scheint,¹¹ wird durch ein in der Überschrift gesetztes Fragezeichen korrigiert: Vielmehr hebt er zu Recht den geringen Frauenanteil in allen von ihm herausgearbeiteten Gruppen hervor, bemerkenswerterweise mit Ausnahme der Lehrbuchautor(inn)en.

I. Der Deutsche Bundestag

Auffälligerweise fehlt im beschriebenen Kräftegefüge der Deutsche Bundestag – mit Ausnahme des schon angesprochenen, „indirekten“ Hinweises, dass die Ministerialreferenten im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) den legislatorischen Reformprozess „steuern“. Aber offensichtlich wird der Deutsche Bundestag und werden seine Mitglieder von ihm nicht zu den Personen gezählt, „die der Ausgestaltung und Fortentwicklung unseres Fachs ihren Stempel aufdrücken“.¹² Nun dürften die meisten Bundestagsabgeordneten es verwirren können, nicht als „Gesellschaftsrechts-Honoratioren“ bezeichnet zu werden. Schließlich ist einem gewählten Abgeordneten (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) die Vorstellung recht fremd, Mitglied eines ständischen Gremiums zu sein. Dennoch ist es der Bundestag, der als oberstes Legislativorgan im Zusammenwirken mit dem Bundesrat für die Rechtsetzung verantwortlich ist.

1. Kontrolle der Bundesregierung durch den Deutschen Bundestag

Gleichzeitig gibt das aber zunächst Anlass in Erinnerung zu rufen, dass es auch der Deutsche Bundestag ist, der die Bundesregierung (und damit auch die Ministerialreferenten) kontrolliert, insbesondere durch das Zitierrecht (Art. 43 Abs. 1 GG) und die verschiedenen, aus dem Interpellations-

⁷ *Fleischer*, NZG 2019, 921, 924.

⁸ *Fleischer*, NZG 2019, 921, 923.

⁹ *Fleischer*, NZG 2019, 921, 923.

¹⁰ *Fleischer*, NZG 2019, 921, 923.

¹¹ *Fleischer*, NZG 2019, 921, 923.

¹² So *Fleischer*, NZG 2019, 921.

recht abgeleiteten Instrumente,¹³ und dabei natürlich nicht nur durch die formalen Mittel, sondern seitens der die Regierung tragenden Fraktionen gerade auch durch informellen Austausch (durch Gespräche mit Mitgliedern der Bundesregierung in den Arbeitsgruppen der Fraktionen). Darüber hinaus finden sich natürlich auch Gesprächskanäle mit Oppositionsparteien, ob in öffentlichen Diskussionen oder im informellen Rahmen.

In diesem Zusammenhang ist vor allem auf das Instrument des Koalitionsvertrages¹⁴ zu verweisen, der – ähnlich der Geschäftsordnung der Bundesregierung – eine Art „Nebenvertrag“ oder „Nebenabrede“ zu den Vorschriften des Grundgesetzes bildet.¹⁵ Denn es gilt, jedenfalls im Grundsatz: Was im Koalitionsvertrag steht, hat die Bundesregierung zu tun, und was nicht im Koalitionsvertrag steht, hat die Bundesregierung zu unterlassen. Dass „die Wissenschaft“ hier durchaus Einfluss hat, zeigen gerade die von *Fleischer* angesprochene Reform des Personengesellschaftsrechts¹⁶ und die in diesem Zusammenhang vom BMJV eingesetzte Expertengruppe, die zum „Mauracher Entwurf“ des Reformprojekts geführt hatte.¹⁷ Die Reform hatte zuvor Eingang in das „Rechtspolitische Programm des BACDJ zur Bundestagswahl 2017“¹⁸ und anschließend in den Koalitionsvertrag¹⁹

13 Zu nennen sind insoweit:

- Kleine (§ 104 GOBT) und Große Anfragen (§§ 100 ff. GOBT)
- Schriftliche Fragen (§ 105 GOBT) und Fragestunden (§ 105 GOBT)
- Aktuelle Stunden (§ 106 Abs. 1 GOBT)
- Regierungsbefragungen (§ 106 Abs. 2 GOBT).

14 Dazu jüngst ausführlich *Hirte*, in Festschrift für Seibert (2019), 345, 350 f.; zu seiner Rechtsnatur *Kloepfer*, NJW 2018, 1799 ff. (mit allerdings insoweit abweichender Auffassung, als er von der rechtlichen „Unverbindlichkeit“ von Koalitionsverträgen ausgeht).

15 So bereits *Hirte*, in Festschrift für Seibert (2019), 345, 352.

16 Siehe jetzt das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) v. 10.8.2012, BGBl. I, 3436.

17 *Fleischer*, NZG 2019, 921, 928; dazu im Übrigen der RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG), BT-Drucks. 19/27635, 100 m.w.N.

18 https://www.cdu.de/system/tldf/media/dokumente/bacdj/rechtspolitisches_programm_des_bacdj_stand_20.03.2017.pdf?file=1&type=field_collection_item&id=8552, 13: „So wollen wir das Recht der BGB-Gesellschaft auf ein neues Fundament stellen und so Rechtssicherheit auch für „kleine“ Gründer schaffen.“

19 Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2018, 131: „Wir werden das Personengesellschaftsrecht reformieren und an die Anforderungen eines modernen, vielfältigen Wirtschaftslebens anpassen; wir

gefunden, weil sie noch vorher Gegenstand der wirtschaftsrechtlichen Ab-
teilung des 71. Deutschen Juristentages (2016) war („Empfiehlt sich eine
grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?“, Gutachten *Cars-
ten Schäfer*). Umgekehrt aber gilt eben auch: Autonom würde das BMJV
eine solche Reform nicht anstoßen (dürfen).

Ähnlich liegen die Dinge auch bezüglich der von *Fleischer* angesproche-
nen Expertengruppe zum „ARUG II“:²⁰ Sie basiert auf der Umsetzungs-
pflicht der entsprechenden europäischen Richtlinie, deren Entstehungs-
prozess seinerseits bereits vom Deutschen Bundestag begleitet worden
war.²¹

Umgesetzt wird dies alles mit Hilfe der Geschäftsordnung der Bundesre-
gierung (GOBReg), dem Instrument, das (unter anderem) das Verfahren
regelt, in dem Gesetzentwürfe der Bundesregierung erarbeitet werden.²² Es
setzt auch das grundgesetzlich verankerte (Art. 65 S. 2 GG) Ressortprinzip
um, indem es bei jedem Gesetzgebungsverfahren einem Ministerium die
Federführung zuweist.²³

Zu dem vom Deutschen Bundestag kontrollierten Verwaltungshandeln
der Bundesregierung gehört schließlich (selbstverständlich) auch die Be-
kanntmachung des von *Fleischer* am Rande erwähnten Deutschen Corpora-
te Governance Kodex²⁴ nach § 161 Abs. 1 S. 1 AktG.

Vieles davon dürfte *Holger Fleischer* als Direktor des Hamburger Max-
Planck-Instituts für internationales und ausländisches Privatrecht eigent-
lich bekannt sein, auch wenn er eingangs zu bedenken gibt: „Bei alledem
handelt es sich freilich nicht um gesicherte Erkenntnisse eines externen Be-
obachters, sondern um den *internal point of view* eines Diskursteilnehmers
mit seinen unvermeidlichen Wahrnehmungsfehlern und ohne wissen-

werden eine Expertenkommission einsetzen, die gesetzliche Vorschläge für eine
grundlegende Reform erarbeitet.“

20 *Fleischer*, NZG 2019, 921, 928.

21 Zur Einbindung des Deutschen Bundestages in die europäische Rechtsetzung *Hir-
te*, in Festschrift für Seibert (2019), 345, 347 f.

22 Dazu ausführlich *Hirte*, in Festschrift für Seibert (2019), 345, 352 ff.

23 Nur soziologisch beschreibend daher *Fleischer*, NZG 2019, 921, 928: „Bei rechts-
politischen Reformvorschlägen verschieben sich die Gewichte von der Judikative
zur Legislative und Exekutive. Dabei nimmt in Deutschland die Regierung eine
„hegemoniale Rolle“ (*v. Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, 2000, 56 ff.) im
Rechtsetzungsverfahren ein: Sie lässt in der Regel Gesetzesentwürfe durch das
fachlich zuständige Ministerium vorbereiten und bringt sie dann in den Bundes-
tag ein (Art. 76 I GG).“

24 *Fleischer*, NZG 2019, 921, 929 re. Sp.

schaftssoziologische Vertiefung.“²⁵ Zu denken gibt aber gleichwohl, dass *Fleischer* den Deutschen Bundestag allenfalls als Randerscheinung wahrnimmt: Denn gerade weil er zugibt, die Dinge nicht *wissenschaftssoziologisch* vertieft zu haben, macht er seinen, die tatsächlichen – und nicht rechtlichen – Verhältnisse in den Mittelpunkt stellenden Ansatz deutlich. Denn der Ansatz des Grundgesetzes ist ein anderer: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG). Und das Bundesverfassungsgericht hat den Deutschen Bundestag nicht nur einmal – vor allem im Bereich der europäischen Integration – ermahnt, diese seine Verantwortung auch wahrzunehmen.²⁶ Er wird daher, schon aus Verfassungsgründen, auch hier prüfen müssen, ob er nachjustieren muss.

2. Sachverständigenanhörungen des Deutschen Bundestages

Zu erwähnen ist schließlich, dass (natürlich) auch der Deutsche Bundestag externen Sachverstand in seine Arbeit einbindet.²⁷ Zu nennen sind hier vor allem die Sachverständigenanhörungen des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz,²⁸ neben die (formelle wie informelle) Gespräche und Gesprächsrunden seitens der Fraktionen, Arbeitsgruppen und einzelner Abgeordneter treten. Die Benennungen in den Sachverständigenanhörungen erfolgen dabei nach der Stärke der Fraktionen (§ 70 GOBT) – was einerseits als Parteilichkeit angesehen werden mag, andererseits aber auch klarmacht, welcher politischen Richtung ein Sachverständiger nahestehen dürfte. Mit Blick auf dazu auch unter Beteiligung des Verfassers geführte Diskussionen ist dabei klarzustellen: Der Deutsche Bundestag ist Parla-

25 *Fleischer*, NZG 2019, 921, 922.

26 BVerfG (Urt. v. 12.10.1993 - 2 BvR 2159/92) E 89, 155, 182 (Maastricht-Urteil); BVerfG (Urt. v. 30.6.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09) E 123, 267, 351 Tz. 236, 392 Tz. 320 (Lissabon-Urteil); BVerfG (Urt. v. 7.9.2011 - 2 BvR 987/10) E 129, 124, 167 Tz. 98 ff., 177 Tz. 120 ff. (Griechenland-Hilfe/Euro-Rettungsschirm); BVerfG (Urt. v. 5.5.2020 - 2 BvR 859/15) E 154, 17, 85 = NJW 2020, 1647, 1649 Tz. 99 (PSPP); allgemein zum Wesentlichkeitsvorbehalt *Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar (7. Aufl. 2021), Art. 20 GG Rn. 156 f.

27 Enger *Fleischer*, NZG 2019, 921, 923: Die „Gesetzgebungsreferenten“ im BMJV „steuern den legislatorischen Reformprozess und halten engen Kontakt sowohl zu den Interessenverbänden wie zur Rechtswissenschaft.“

28 Die („höchst einflussreiche“) Einflussnahme des Handelsrechtsausschusses des DAV und ihres langjährigen Vorsitzenden *Hoffmann-Becking* auf den Rechtsausschuss erwähnt *Fleischer* (NZG 2019, 921, 929) allerdings.

ment, nicht Universität, und – um ein Wort des Bundestagspräsidenten *Schäuble* aufzugreifen – wer Rederecht im Parlament haben will, sollte für den Deutschen Bundestag kandidieren.²⁹ Das gilt selbst für Staatsrechtler. Gerade mit Blick auf die noch im Detail anzusprechenden Fragen des Nebentätigkeitsrechts (unten III.) ist zudem der Hinweis wichtig, dass bei parlamentarischen Sachverständigenanhörungen zwischen (echten) Sachverständigen und Interessenvertretern sehr genau unterschieden wird, schon wegen der bei reinen Interessenvertretern nicht erstattbaren Auslagen (also insbesondere der Reisekosten; siehe § 70 Abs. 1 GOBT einerseits, § 70 Abs. 7 GOBT andererseits). (Bundes-)Richter gehören zudem – ebenso wie andere Bundesbedienstete – aus gutem Grund (Gewaltenteilung) in der Regel nicht zum Kreis der Sachverständigen.³⁰

Die Abgeordneten sind dabei im Übrigen durchaus in der Lage zu erkennen, ob oder wann „sachverständige“ Stellungnahmen (zu) einseitig sind. Dafür sorgen nicht nur die von allen Fraktionen – also auch den Oppositionsfraktionen – benannten Sachverständigen selbst, sondern vor al-

29 Hierzu *Hirte*, Auch Sachverständige tragen Verantwortung für die Gesellschaft und sind Teil der politischen Willensbildung. Meine Antwort auf den Beitrag „Heribert Hirte und die Wissenschaft“ von Stephan Rixen (Verfassungsblog vom 23 January 2021), verfassungsblog.de/auch-sachverstandige-tragen-verantwortung-fur-die-gesellschaft-und-sind-teil-der-politischen-willensbildung/.

30 Siehe dazu bereits *Hirte*, in: Festschrift für Kayser (2019), 351, 364 sowie *Ritzel/Bücker/Schreiner*, Handbuch für die Parlamentarische Praxis, Stand: Dezember 2018, § 70 GOBT: „I. Zu Abs. 1: 1. [...] a) [...] bb) Auch Bundesbedienstete kommen laut Auslegungsentscheidung 15/4 vom 11.12.2003 zu § 70 grundsätzlich nicht als Anhörspersonen in Frage, ausgenommen werden ausdrücklich nur die Bereiche Forschung und Lehre. Mit Blick auf die Bundesbediensteten wird zugleich darauf verwiesen, dass der Ausschuss die Expertise dieser Berufsgruppe im Regelfall in regulären Beratungssitzungen einbeziehen kann. Wie auch im Falle von Mitgliedern der Bundesregierung und des Bundesrates kommt jedoch in „berechtigten Ausnahmefällen“ eine Einladung in Betracht. [...] Der Auslegungsentscheidung ist die Auffassung des Geschäftsordnungsausschusses zu entnehmen, dass Anhörungen grundsätzlich der Gewinnung und Nutzung „externen“ Sachverständigen dienen, während die Einbeziehung des Sachverständigen von Ministerialbeamten und Bediensteten anderer Behörden im Wege der Teilnahme an regulären Beratungssitzungen der Ausschüsse erfolgen soll. Der Geschäftsordnungsausschuss hat sich weiter davon leiten lassen, dass anderenfalls die grundsätzliche Nichtzulassung von Mitgliedern der Bundesregierung als Anhörspersonen (s.o. unter aa) durch Einladung hoher Ministerialbeamter unterlaufen werden könnte, und im Übrigen der Gefahr des Eindrucks von Befangenheit sowie von Loyalitätskonflikten bei Anhörspersonen vorbeugen wollen. Die Ausnahme für den Bereich „Forschung und Lehre“ stellt klar, dass z.B. Professoren auch weiterhin als Anhörspersonen benannt werden können.“

lem auch die Öffentlichkeit der Anhörungen (§ 70 Abs. 1 GOBT), die in der Regel eine entsprechende Berichterstattung jedenfalls in der Fachpresse nach sich zieht. In der CDU/CSU-Fraktion, die bislang aufgrund ihrer Fraktionsstärke mehrere Sachverständige benennen konnte, wurde die Interessenpluralität oft auch dadurch deutlich gemacht, dass Sachverständige verschiedener „Lager“ eingeladen wurden.

Zum externen Sachverstand sind aber sicher auch die Arbeiten des Deutschen Juristentages zu zählen, insbesondere seine Gutachten. Fragezeichen sind allerdings angebracht, wenn er als „Gehilfe des Gesetzgebers“ bezeichnet wird.³¹ Denn bei einem Parlamentarischen Abend und Empfang des Deutschen Juristentages anlässlich des 25. Jubiläums seines Generalsekretärs *Andreas Nadler* am 11.4.2019 in Berlin wurde unter dem (verbesserungsfähigen) Dialog zwischen Rechtswissenschaft und „Politik“ auch überwiegend der mit der Exekutive verstanden.³²

II. Der Bundesrat

Überhaupt keine Erwähnung findet der Bundesrat. Dass den dort handelnden Justizministerinnen und -ministern damit ebenfalls der Status der „Gesellschaftsrechts-Honoratioren“ fehlt, werden sie sicher genauso verschmerzen können wie die Abgeordneten des Deutschen Bundestages. In der Sache aber ist ihr Einfluss und der Einfluss des Bundesrates nicht zu unterschätzen: Das gilt nicht nur in Fällen unterschiedlicher politischer Mehrheiten in Bundestag und Bundesrat, sondern vor allem – und dann parteiunabhängig – in Fragen, in denen sich die Bundesländer besonders angesprochen fühlen. Zuständigkeitskonzentrationen (insbesondere für gerichtliche Verfahren) gehören dazu ebenso wie Fragen, in denen ein Bundesland durch Entscheidungen des Bundesgesetzgebers besonders betroffen ist (etwa Hessen in Fragen des Kapitalmarktrechts).

Ganz aktuell sei auf die – teilweise erfolgreiche – Forderung der Bundesländer im Rahmen der Reform des Personengesellschaftsrechts verwiesen, das Inkrafttreten der Reform wegen der Notwendigkeit, die (teuren) technischen Rahmenbedingungen für die Registrierung von BGB-Gesellschaften zu schaffen, weiter hinauszuschieben.³³

31 So *Stürner*, JZ 2010, 797, aufgegriffen von *Fleischer*, NZG 2019, 921, 929.

32 Dazu bereits *Hirte*, in Festschrift für Kayser (2019), 351, 363 f.

33 Stellungnahme des Bundesrates zum MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, Anlage 3, 308 f. m.w.N.

III. Die (Bundes-)Richter

Eine zentrale Rolle weist *Fleischer* zu Recht den Bundesrichtern zu, insbesondere denen des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs.³⁴ Dass sie vom Richterwahlausschuss unter Mitwirkung des Deutschen Bundestages gewählt werden (Art. 95 Abs. 2 GG), findet keine Erwähnung. Das lässt nur den Schluss zu, dass der darin liegende Einfluss wissenschaftssoziologisch offensichtlich nicht vollständig wahrgenommen wird. Vor diesem Hintergrund sei deshalb daran erinnert, dass der Deutsche Bundestag aus ähnlichen Gründen³⁵ die Wahl der von ihm zu wählenden Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts vor einiger Zeit in die Hände des Bundestagsplenums gelegt hat.³⁶ Und das Bundesverfassungsgericht hat in einer seinen heutigen Präsidenten betreffenden Organklage den Deutschen Bundestag ausdrücklich aufgefordert, die ihm im Rahmen dieser Richterwahl obliegende Verantwortung bei der Ausleuchtung der zu wählenden Person auch wahrzunehmen.³⁷

Interessant ist freilich der eher am Rande gegebene Hinweis, dass die „ebenso rege wie wertvolle Vortragstätigkeit [der Senatsvorsitzenden] von einem übertriebenen Nebentätigkeitsrecht nicht stranguliert werden sollte“.³⁸ Hier ist *Fleischer* zuzustimmen, und das nicht nur in Bezug auf Senatsvorsitzende am Bundesgerichtshof, sondern auf Richter im Allgemeinen. Und so hatte der Unterzeichner schon vor einiger Zeit gefordert, die Möglichkeiten staatlicher Richter zur Wahrnehmung (privater) schiedsrichterlicher Tätigkeit eher zu erweitern.³⁹ In diesen Zusammenhang gehört auch die schon vor einiger Zeit von *Schulze-Osterloh* betonte Funktion

34 *Fleischer*, NZG 2019, 921, 922 f.

35 Begründung Fraktionsentwurf, BT-Drucks. 18/2737, 4: „Die indirekte Wahl war und ist im verfassungsrechtlichen Schrifttum nicht unumstritten. Jedenfalls verfassungspolitisch erscheint die Wahl der Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts durch das Plenum des Deutschen Bundestages vorzugswürdig.“

36 Durch das Neunte Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes vom 24. Juni 2015, BGBl. I, 973.

37 BVerfG (Beschl. v. 2.7.2019 - 2 BvE 4/19), NVwZ 2019, 1196, 1197 Tz. 27 („Denn grundsätzlich ist es Aufgabe der Abgeordneten, sich die für ihre Entscheidungen und Abstimmungen notwendigen Informationen zu beschaffen“).

38 *Fleischer*, NZG 2019, 921, 923.

39 *Hirte*, Editorial: Staatliche Richter als Schiedsrichter, NJW 2015, Heft 5.

von professoralen Nebentätigkeiten, dadurch Einblick in die – von ihnen zu lehrende (!) – Praxis zu erhalten.⁴⁰

Allerdings erfasst die von *Fleischer* wiedergegebene und durch eine entsprechende Kleine Anfrage aus den Reihen der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN⁴¹ im Jahr 2016 angestoßene und inzwischen auch von den Linken für Beschäftigte in Bundesministerien und nachgeordneten Behörden aufgegriffene Diskussion⁴² nur einen Teil des Problems: Denn das (beamtenrechtliche) Nebentätigkeitsrecht will den Dienstherrn vor einer Überbeanspruchung seines „Arbeitnehmer“-Richters durch andere Tätigkeiten schützen und andererseits dem leistungsfähigen Richter die auch aus Art. 12 GG folgende Freiheit erhalten, mehr zu arbeiten als andere. Wenn in diesem Kontext die Grünen-Abgeordnete *Katja Keul* äußert, dass größere Honorare von einzelnen Auftraggebern, gerade wenn es sich um geschlossene Gesellschaften handelt, geeignet sind, die Unparteilichkeit der Richter in Frage zu stellen,⁴³ ist dem nur eingeschränkt zuzustimmen. Denn: „Wie viel Geld ein Richter etwa durch eine Kommentierung einnimmt, hängt nämlich weniger daran, wie viel Arbeit er hineinsteckt, als daran, wie gut sich das Werk verkauft.“⁴⁴ Eine Kontrolle durch feste Betragsgrenzen wäre demnach nicht zielführend.

Gleichzeitig zeigen aber auch weitere ungeschriebene Regeln in diesem Kontext, dass noch ein weiterer Aspekt dem Nebentätigkeitsrecht zugrunde liegt: So besteht u.a. beim Bundesfinanzhof Einigkeit darüber, dass dessen Richter keine Vorträge vor der Branche halten sollen, über deren Rechtsstreitigkeiten sie zu entscheiden haben.⁴⁵

40 *Schulze-Osterloh*, Rechtsberatung durch Professoren in der Rechtswissenschaft, in: Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag (1991), 743 ff.

41 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Katja Keul, Dr. Gerhard Schick, Luise Amtsberg, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 18/10435 – („Nebentätigkeiten von Bundesrichtern und Bundesrichtern in den Jahren 2010 bis 2016“), BT-Drucks.18/10781.

42 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Fabio De Masi, Jörg Cezanne, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. – Drucksache 19/4519 – („Nebeneinkünfte in Bundesministerien und nachgeordneten Bereichen in den Jahren 2016 und 2017“), BT-Drs. 19/6042; siehe auch *Kai Weise*, Nicht ausgelastet – Mehr als 100 Top-Beamte arbeiten nebenbei, Bild v. 14.3.2019, 2 (abrufbar unter <https://www.bild.de/bild-plus/politik/inland/politik-inland/nicht-ausgelastet-mehr-als-100-top-beamte-arbeiten-nebenbei-60652352.view=conversionToLogin.bild.html>).

43 *Bubrowski*, Überlastet?, FAZ vom 8.3.2017, Nr. 57, 8.

44 *Hirte*, ebda. (FAZ vom 8.3.2017).

45 Ebda. (FAZ vom 8.3.2017).

Die Vermeidung thematischer Überschneidungen scheint hierbei weniger aus arbeitsökonomischen, sondern aus Gründen der zu vermeidenden *Interessenkonflikte* geboten. Während diese beispielsweise vom Nebentätigkeitsrecht von Regierungsmitgliedern durch Art. 66 GG explizit adressiert werden und auch im Zusammenhang mit der Forderung nach mehr Transparenz von Lobbyarbeit in den Parlamenten auf nationaler und europäischer Ebene als Gefahr erkannt sind und gerade in den letzten Monaten – insbesondere auch als Reaktion auf die “Maskenaffäre” – verschärft wurden,⁴⁶ werden sie im Beamtenrecht jedenfalls nicht explizit berücksichtigt. Demgegenüber nimmt etwa der Verhaltenskodex des Europäischen Parlaments schon seit längerer Zeit einen Interessenkonflikt von Abgeordneten an, wenn er “die Ausübung seines Mandats als Mitglied des Europäischen Parlaments ungebührlich beeinflussen könnte”.⁴⁷

Problematisch ist somit nicht, *dass* z.B. ein Richter Nebeneinkünfte erzielt, sondern *woher* er sie bezieht *und* dass die entsprechenden *Einflüsse bekannt* sind. Besteht hier branchenmäßig eine Überschneidung einer privatwirtschaftlichen – insbesondere entgeltlichen – zu seiner rechtsprechenden Tätigkeit, besteht jedenfalls die Gefahr unlauterer Einflussnahme auf seine freie richterliche Entscheidung. Das kann ein empfindliches Misstrauen in den Rechtsstaat begründen, das es in allen Bereichen des Nebentätigkeitsrechts im Besonderen sowie im Sinne unseres Rechtsstaats im Allgemeinen zu vermeiden gilt.⁴⁸ Transparenz, sicher jenseits von Geringfügigkeitsgrenzen, nicht nur gegenüber dem Dienstherrn, sondern auch und gerade gegenüber denjenigen, die durch die Rechtsetzung betroffen sind, ist dabei

46 Siehe das Einunddreißigste Gesetz zur Änderung des Abgeordnetengesetzes v. 14.11.2020, BGBl. I, 2394 und jetzt das Gesetz zur Verbesserung der Transparenzregeln für die Mitglieder des Deutschen Bundestages und zur Anhebung des Strafraumens des § 108e des Strafgesetzbuches (zum Zeitpunkt der Drucklegung noch nicht im BGBl. veröffentlicht) auf der Grundlage der Beschlussempfehlung und des Berichtes des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung (1. Ausschuss), BT-Drucks. 19/30492 zum Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD, DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 19/28784 (elektronische Vorabfassung).

47 Art. 3 Abs. 1 Verhaltenskodex für die Mitglieder des Europäischen Parlaments im Bereich finanzielle Interessen und Interessenkonflikte (abzurufen unter https://www.europarl.europa.eu/pdf/meps/201305_Code_of_conduct_DE.pdf; zuletzt aufgerufen am 9.6.2021).

48 So etwa zur Nebentätigkeit von Regierungsmitgliedern *Brinktrine*, in Sachs (Hrsg.), Grundgesetz (9. Aufl. München 2021), Art. 66 Rn. 8; *Nebendahl*, DÖV 1988, 961, 963.

zur Herstellung von Vertrauen von zentraler Bedeutung.⁴⁹ Dass diese Aspekte lediglich durch ungeschriebene Übereinkünfte anerkannt, aber nicht verbindlich und explizit geregelt sind, wirft die Frage nach (gesetzlichem) Klarstellungsbedarf zur Kontrolle der richterlichen Unabhängigkeit auf.

Ebenso sei an dieser Stelle vor Teufelskreisen durch Akteure anderer Branchen gewarnt: wenn etwa die Anwälte einer Partei vor Gericht den wissenschaftlichen Diskurs mit einer ausreichenden Zahl an Veröffentlichungen von Positionen im Sinne ihrer Mandanten mitprägen, kann diese Rechtsauffassung als vermeintlich herrschende Meinung die Entscheidung des Gerichts wesentlich mitprägen. Sowohl in Bezug auf „Cum-Ex“ wie bei „Dieselgate“ wurde über solche Mechanismen in der allgemeinen Öffentlichkeit berichtet.⁵⁰ Ganz speziell zum Gesellschaftsrecht sei insoweit auf die Diskussion zum Vortrag von *Mülbert* auf der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung in Würzburg im September 2013⁵¹ verwiesen.⁵²

Aufbauend auf Klöhn äußerte sich *W.-H. Roth* ebenfalls kritisch zu der von Klöhn erwähnten und für das Gesellschaftsrecht als charakteristisch zu bezeichnenden, sehr engen Abstimmung zwischen dem zweiten BGH-Senat und der Rechtswissenschaft. Diese sei in den 1980er und 1990er Jahren von einem anderen Kollegen bereits mehrmals gegeißelt worden; und sie werfe in der Tat spezifische Probleme auf, die die Entwicklung des Gesellschaftsrechts beeinflussten. Auch *G. Wagner* sah die große Nähe von Teilen der Rechtswissenschaft zu bestimmten BGH-Senaten kritisch. Für die Qualität der Rechtsprechung sei dies insofern günstig, als der Input der Wissenschaft größer [S. 306] sei als in anderen Ländern, wo eine solche Nähe nicht bestehe. Aber es gebe auch ganz massive Nachteile, die nicht allein im Gesellschaftsrecht bestünden, nämlich dass die kritische Distanz der Wissenschaft zur Praxis abnehme oder ganz verloren zu gehen drohe. Man traue sich nicht mehr, krasse Fehlentscheidungen als solche zu bezeichnen, oder der

49 Grundlegend dazu *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten, München 2001.

50 *Votsmeier*, VW und die Wissenschaft: Unklare Verhältnisse bei der Aufklärung des Dieselskandals, Handelsblatt-Online v. 6.11.2019 (abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/abgasaffaere-vw-und-die-wissenschaft-unklare-verhaeltnisse-bei-der-aufklaerung-des-dieselskandals/25191942.html>; zuletzt aufgerufen am 9.6.2021).

51 *Mülbert*: Einheit der Methodenlehre? – Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich, AcP 214 (2014), 188 ff.

52 *Kumpan*, Diskussionsbericht zum Referat von *Peter Mülbert*, AcP 2014, 301, 305 f.

Rechtsprechung Vorwürfe zu machen, wenn sie ihre Kompetenzen überschreite, weil die Angst bestehe, nicht mehr wahrgenommen zu werden. Immer wieder lese er Stellungnahmen von Rechtswissenschaftlern zu BGH-Urteilen, die sich in Lobpreisungen des jeweiligen Senats erschöpften und weitere Wegweisungen erflchten, so als kämen die Richter vom Berg Sinai herunter und hätten Steintafeln dabei, auf denen die Wahrheit stünde. Das gebe es, beileibe nicht nur, aber ganz besonders im Gesellschaftsrecht. Eine solche Haltung führe zu Betriebsblindheit, und es bedürfe dann eines Kollegen vom Schlage eines Flume, der gewissermaßen von einem anderen Stern aus seine Blitze werfe. Solche Leute gebe es leider immer weniger. Das sollte alle Rechtswissenschaftler zu mehr kritischer Distanz gegenüber der Praxis anhalten. Nicht die Lobpreisung der Rechtsprechung, sondern deren kritische Begleitung zähle zu den Kernaufgaben der Rechtswissenschaft. *Mülbert* pflichtete dem bei und wies darauf hin, dass der zweite Zivilsenat in seinen Urteilen sehr umfangreich zitiere. Einige Kollegen mögen befürchten, dass derjenige in diesen Zitatketten nicht mehr erscheine, der sich unbotmäßig verhalte und dem BGH gegenüber kritisch sei. Das hätte wiederum möglicherweise negative Auswirkungen auf die künftige Bestellung als Gutachter oder Schiedsrichter, und diese Aussicht könnte dann durchaus Einfluss auf den rechtswissenschaftlichen Diskurs im Gesellschaftsrecht haben.

Während die Gutachtenbeauftragung eines Hochschulprofessors oder auch der Zusammenhang zwischen dem Autor einer Publikation und der Mandatstätigkeit seiner Kanzlei gerade bei größeren (medienwirksameren) Verfahren noch vergleichsweise leicht zu durchschauen ist, fehlt es an der notwendigen Transparenz je nach Raffinesse des Einflussnehmers in anderen Konstellationen: möglich sind hier neben vermeintlich ergebnisoffen gezahlten Drittmitteln durch Verbände und Wirtschaft auch die Schaffung einer quantitativ herrschenden Meinung durch mehr oder weniger bekannte und renommierte Autoren.⁵³ Insoweit stehen die von *Fleischer* beschriebenen Gruppen wohl tatsächlich nicht nebeneinander, sondern sind – auch über Nebenverdienste – in Form einer Beeinflussungskaskade miteinander verbunden, an deren Ende oftmals die Mandanten von Großkanzleien stehen. Während in anderen Disziplinen wie der Medizin hier bereits seit Jahren verbindliche Transparenzstandards gelten, fehlt vor allem der deutschen Jurisprudenz die *awareness* zur Aufdeckung und

53 Dazu ausführlich *Krüger/Tiffe*, It's a research gift! - Interessenkonflikte in der (Rechts-)Wissenschaft (myops 2021), 45, 46 ff.

Reflexion möglicher Interessenkonflikte.⁵⁴ Bedingt durch eine hierzulande – wenn überhaupt – nur leise am Rande stattfindende Diskussion⁵⁵ fehlt es sowohl am Problembewusstsein als auch an einem verbindlichen Kodex.⁵⁶

Der oben beschriebene, auf die individuelle Beziehung zwischen Dienstherrn und Richter zugeschnittene Ansatz zur Regelung der Nebentätigkeiten erfasst aber naturgemäß nicht das im hiesigen Zusammenhang viel wichtigere Problem, nämlich, ob Art und Umfang der Nebentätigkeit die Unbefangenheit des Richters in seiner Entscheidungsfindung gefährden. Die Befangenheitsregeln (vor allem § 42 ZPO [auf den andere Verfahrensordnungen verweisen], § 18 BVerfGG) können das Problem nur begrenzt erfassen, weil sie Kenntnis der Parteien von den entsprechenden Nebentätigkeiten voraussetzen. Andererseits ist Neid allein ein schlechter Ratgeber.

Vielmehr gilt: So wie das Nebentätigkeitsrecht nicht zu arbeitsmarktpolitischen Zwecken (Verteilung des – angeblich begrenzten – Volumens an Arbeit) missbraucht werden darf,⁵⁷ ist es in seiner geltenden Ausgestaltung ungeeignet, unangemessene Beeinflussungen des Meinungsmarktes zu verhindern. Zwar schützt das Nebentätigkeitsrecht bei Mitarbeitern des öffentlichen Dienstes über die sonst vom Nebentätigkeitsrecht geschützten

54 Krüger/Tiffe (Fn. 53), 45, 48.

55 Dazu in jüngerer Zeit etwa: Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht: eine Untersuchung zur Fremdinteressenwahrung und Unabhängigkeit (2014); Schneider, Richterliche Ethik im Spannungsfeld zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Gesetzesbindung (2017). Wesentlich weiter ausgereift ist die Debatte dagegen etwa in den USA: siehe z.B. Cho et al., Policies on Faculty Conflicts of Interests at US Universities, JAMA 2000, p. 2203-2208; Harrington, Faculty Conflicts of Interest in an Age of Academic Entrepreneurialism: An Analysis of the Problem, the Law and Selected University Policies, Journal of College and University Law 2001, p. 775-832; Logue/Shrank, Essay on conflicts of interest regarding faculty members and curricular decisions (2015) (abrufbar unter <https://www.insidehighered.com/print/views/2015/08/03/essay-conflicts-interest-regarding-faculty-members-and-curricular-decisions>); zuletzt aufgerufen am 28.4.2021); Resnik, Institutional Conflicts of Interest in Academic Research, Sci Eng Ethics 2019, p. 1661-1669.

56 Krüger/Tiffe (Fn. 53), 45, 48.

57 Hierzu ausführlich (in seiner beim Verfasser entstandenen Dissertation) Wulf, Nebentätigkeitsbeschränkungen und Wettbewerbsrecht, Frankfurt am Main u.a. 2008, 207 ff. (allgemein zum Fehlen wettbewerbsrechtlicher Regelungen zur Verhinderung von Marktmachtmissbrauch am Arbeitsmarkt, 115 ff., 186).

Arbeitgeberinteressen⁵⁸ hinaus auch die Interessen der Öffentlichkeit;⁵⁹ doch geht es dort um das zu schützende Vertrauen in die Integrität des „Beamtenapparats“, das unterminiert würde, wenn Beamte oder andere Angehörige des öffentlichen Dienstes zu sehr auf Einkommen außerhalb ihres Hauptberufs angewiesen wären. Die Besonderheiten, die sich dann stellen, wenn Nebentätigkeiten das Ziel verfolgen oder ermöglichen, (gesellschafts-)politische Debatten zu beeinflussen, werden dort bislang nicht gesehen. Hierfür bedarf es vielmehr ähnlicher Regelungen, wie sie für Parteien und Abgeordnete im Bereich der „Lobbykontrolle“ gelten (§ 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG, §§ 44a, 44b AbgG i.V.m. den vom Deutschen Bundestag erlassenen „Verhaltensregeln“⁶⁰). Denn sie nehmen – wie *Fleischer* dies überzeugend beschreibt – in ähnlicher Weise wie Parlamentarier am Rechtsetzungsprozess teil. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit kürzlich bereits mit dem von ihm verabschiedeten „Verhaltensleitlinien für Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts“⁶¹ einen ersten richtigen Schritt getan.

Hier gilt nichts anderes als in der vor einiger Zeit recht intensiv geführten „Lobbydiskussion“ in Bezug auf (vor allem) die Deutsche Umwelthilfe (DUH), deren Governance und Finanzierung mit Blick auf ihre indirekte Einwirkung auf den politischen Entscheidungsprozess Grundlage intensiver Diskussionen war.⁶² Dabei wird deutlich, dass jede Art der Einflussnahme in Form von Interessenvertretung – ob sie nun unter vermeintlich hehren Zielen das Label „gemeinnützig“ tragen darf, oder nicht – am Ende politisch – und damit auch rechtsetzend – Gefahr läuft, jenseits der demokratischen Repräsentation Impulse zu setzen, deren Hintergründe und Motivation deshalb um der Transparenz und Legitimation Willen aufgezeigt werden müssen oder jedenfalls sollten. Dass politisches Handeln allein kei-

58 *Wulf* (Fn. 57), 40 ff., 201 ff., 202 nennt neben dem insoweit geschützten geschäftlichen Interesse der Arbeitgeber vor Know-How-Abfluss (das auch von den gesetzlichen Wettbewerbsverboten erfasst wird) noch den Schutz der Urlaubszeit- und Arbeitszeitregelungen.

59 *Wulf* (Fn. 57), 57 ff., 58.

60 https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg/anlage1-245178.

61 https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien_node.html.

62 31. Parteitag der CDU Deutschlands (7. bis 8.12.2018, Hamburg Messe), Sonstige Beschlüsse, 25 (online abrufbar unter https://archiv.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/sonstige_beschluesse_31_parteitag.pdf?file=1): Beschluss C 113: „Die CDU Deutschlands fordert zu prüfen, ob die „Deutsche Umwelthilfe“ noch die Kriterien für die Gemeinnützigkeit erfüllt.“

ne Gemeinnützigkeit darstellt, ist mittlerweile (jedenfalls steuer-)rechtlich geklärt.⁶³ Die Hoffnung, die angesprochenen weitergehenden Fragen auch im letzten Jahressteuergesetz⁶⁴ zu adressieren, das Fragen des Gemeinnützigkeitsrechts teilweise adressierte, hat sich leider nicht erfüllt, weshalb der Verfasser dieses Defizit in einer persönlichen Erklärung nach § 31 GOBT angesprochen hat.⁶⁵ Dort heißt es:

Durch das Jahressteuergesetz 2020 werden auch Fragen der Gemeinnützigkeit von Vereinen angepasst. Vereine sind elementar als zentraler Baustein und Organisationsform einer aktiven Bürgergesellschaft. Mit Angeboten im Rahmen von Sport, sozialer Hilfe, Heimatpflege, Kirche und Kultur aber auch als Element der kommunalen Selbstverwaltung leisten sie einen erheblichen Beitrag zum gesellschaftlichen Zusammenhalt und verdienen umfassende Unterstützung. Ein Element der Unterstützung ist die steuerliche Privilegierung durch das Gemeinnützigkeitsrecht.

Zunehmend zeigen sich allerdings Risse im Fundament, auf dem die Gemeinnützigkeit steht. Neben den unzähligen selbstlos agierenden und am Allgemeinwohl orientierten Vereinen etablieren sich Strukturen, die offenkundig das Gemeinnützigkeitsrecht für ihre Zwecke nutzen bzw. zum Teil missbrauchen. Intransparente Hybridorganisationen mit unzähligen Netz- und Querverbindungen und (bewusst) diffusen Mitgliederstrukturen, reine Kampagnenvereine ohne vertieftes inhaltliches Fundament und Abmahnvereine, die unablässig juristische Schranken austesten, lassen die gemeinnützige Landschaft zunehmend erodieren.

Dabei fällt auf, dass insbesondere Vereine gegenüber Kapitalgesellschaften und Parteien deutlich niedrigeren Transparenzanforderungen in Bezug auf ihr finanzielles Handeln unterliegen. Dies ist sowohl unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes problematisch als auch unter dem Aspekt politischer Einflussnahme durch Vereine. Es sind Fälle bekannt, in denen Unternehmen gemeinnützige Vereine für ihre unternehmerischen Zwecke missbrauchen. Denkbar wären hier Regelungen, die klar die wirtschaftliche Lage der entsprechenden Organisationen für Bürger, Presse und Politik darstellen. Vorstellbar wäre beispielsweise auch die Anwendung der finanziellen Transparenzrege-

63 BFH (Urt. v. 10.1.2019 - V R 60/17), E 263, 290 = BStBl. II 2019, 301 (Attac); BFH (Beschl. v. 10.12.2020 - V R 14/20) (Attac).

64 Jahressteuergesetz 2020 (JStG 2020) vom 21.12.2020, BGBl. I, 3096.

65 Deutscher Bundestag, Plen.-Prot. 19/201, 25330 (B) ff.

lungen nach dem Parteiengesetz für solche Vereine und gemeinnützigen Kapitalgesellschaften, welche nach Satzungszweck oder tatsächlich Einfluss auf die politische Meinungsbildung nehmen wollen.

Neben Fragen der finanziellen Transparenz ist weiterhin auch über die Frage der Entscheidungstransparenz nachzudenken. In großen Mitgliedervereinen ist die Entscheidungsfindung häufig faktisch auf einen ganz kleinen Kreis von Delegierten beschränkt; teilweise ist die Mitentscheidungsmöglichkeit für den Hauptanteil der Fördermitglieder vollkommen ausgeschlossen. Wünschenswert wären Regelungen, die zum einen eine klare Transparenz der Entscheidungsfindung in Vereinen herstellen und zum anderen ein Mindestmaß an Mitentscheidungsmöglichkeit für sämtliche Mitglieder, z.B. durch die Pflicht zu Abhaltung regelmäßiger Mitgliederversammlungen, bieten.

Schließlich handeln als gemeinnützig anerkannte Organisationen nicht in jedem Fall im Rahmen ihrer Satzung und überschreiten in wenigen Fällen zudem die Grenze zum wirtschaftlichen Handeln oder fördern zumindest indirekt rechtswidriges Verhalten. Hier stellt sich die Frage nach einer stärkeren Aufsicht, um ein mögliches zweckwidriges Handeln des gemeinnützigen Vereins in Zweifelsfällen zu überprüfen und gegebenenfalls frühzeitig aufzudecken.

Die Transparenzerwägungen sollten die Antwort auf die Frage nach der allgemeinpolitischen Betätigung gemeinnütziger Vereine sein. Dieses Anliegen adressiert das Jahressteuergesetz 2020 jedoch nicht, obwohl auf diese Weise die Möglichkeit zur Stärkung der strukturprägenden deutschen Vereinskultur bestanden hätte.

Im neuen Lobbyregistergesetz (LobbyRG)⁶⁶ ist schließlich vor allem ein Blick auf dessen § 2 von Interesse, nach dessen Absatz 2 von der Registrierungspflicht des § 2 Abs. 1 LobbyRG ausgenommen sind

Interessenvertreterinnen oder Interessenvertreter [...] bei Interessenvertretung gegenüber den Organen, Mitgliedern, Fraktionen oder Gruppen des Deutschen Bundestages [...], wenn und soweit sie [...] 8. Rechtsberatung für einen Dritten oder sich selbst, einschließlich der Erstattung wissenschaftlicher Gutachten oder an die Allgemeinheit gerichteter Darstellung und Erörterung von Rechtsfragen erbringen, so-

⁶⁶ Gesetz zur Einführung eines Lobbyregisters für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und gegenüber der Bundesregierung (Lobbyregistergesetz - LobbyRG) vom 16.4.2021, BGBl. I, 818 sowie die schon erwähnten Reformen des Abgeordnetengesetzes (oben Fn. 46).

wie Tätigkeiten, die nicht auf Erlass, Änderung oder Unterlassung einer rechtlichen Regelung durch den Deutschen Bundestag oder die Bundesregierung gerichtet sind, erbringen, [oder] 13. einer nach Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes geschützten Tätigkeit nachgehen, [...].

Gerade nach den vorstehenden Überlegungen wird man künftig dabei vor allem ein Auge darauf zu richten haben, ob sich nicht hinter der „Rechtsberatung“, der „Erstattung wissenschaftlicher Gutachten“ oder einer „nach Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes geschützten Tätigkeit“ (Presse) nicht doch politische Einflussnahme verbirgt. Das deutet die Beschlussempfehlung zum Lobbyregistergesetz, auf die die erste genannte Regelung zurückgeht, bereits an. Denn: „Nicht umfasst von diesem Schutz sind Kontaktaufnahmen, die auf den Erlass, die Änderung oder Unterlassung einer rechtlichen Regelung durch den Deutschen Bundestag oder die Bundesregierung gerichtet sind.“⁶⁷

Dass auch im Gesellschaftsrecht entsprechende Diskussionen geführt werden, legt *Fleischer* in durchaus selbst reflektierender Weise offen:

Für heutige Ohren klingt Rechtshonoratioren nach einem elitären, oligarchischen und abgeschlossenen Kreis von Personen.⁶⁸ Dies provoziert die Frage, ob es sich bei den Gesellschaftsrechts-Honoratioren um einen *cercle privé* handelt,⁶⁹ der allen Außeneinflüssen trotzt und die Dinge im Wesentlichen unter sich ausmacht. In der Tat ist unter diesem Gesichtspunkt kürzlich Kritik an einer zu engen Verflechtung von Wissenschaft und Praxis laut geworden: Der in einer Subdisziplin des Rechts versierte Wissenschaftler, so das Argument, stehe in ständigem Austausch mit entsprechend spezialisierten Praktikern in Anwaltschaft und Justiz; dies führe zu Bindungen, manchmal auch zu Verstrickungen.⁷⁰ Einer solchen Gefahr muss sich die Zunft der Gesell-

67 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung (1. Ausschuss) zum LobbyRG, BT-Drucks. 19/27922, 19 (elektronische Vorabfassung).

68 (Quelltext-Fn. 79) So bereits die allgemeine Kritik von *Bernstein*, *RabelsZ* 34 (1970), 443, 451.

69 (Quelltext-Fn. 80) Der Begriff findet sich bei *Thiessen*, *Rg* 25 (2017), 46, 65.

70 (Quelltext-Fn. 81) So *G. Wagner* in *Dreier*, *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, 66, 93; noch schärfer zuvor *ders.*, dokumentiert bei *Kumpan*, *AcP* 214 (2014), 305 f.: „Aber es gebe auch ganz massive Nachteile [...]. Man traue sich nicht mehr, krasse Fehlentscheidungen als solche zu bezeichnen, oder der Rechtsprechung Vorwürfe zu machen, wenn sie ihre Kompetenzen überschreite, weil die Angst bestehe, nicht mehr wahrgenommen zu werden.“

schaftsrechtler – wie jede andere Fachvereinigung – bewusst sein. Dass es Zielkonflikte zwischen intimer Sachkenntnis und Unabhängigkeit geben kann, ist allen Aktienrechtlern von der Besetzung des Aufsichtsrats geläufig. Für eine Kumpanei zwischen höchststrichterlicher Rechtsprechung und Teilen der Gesellschaftsrechtslehre fehlen aber nach meiner Beobachtung stichhaltige Belege.⁷¹

Der Deutsche Bundestag dürfte, schon aus den bereits erwähnten verfassungsrechtlichen Gründen (oben I.1. a.E.) verpflichtet sein, kraft eigener Anschauung zu prüfen, ob die Beurteilung durch *Fleischer* zutrifft. Im Übrigen gilt: Schon der von ihm offengelegte Streit gebietet, hier dieselben Standards wie auch in anderen Bereichen anzulegen, in denen es darum geht, Einflussnahmen und Abhängigkeiten offenzulegen.

IV. Die Professoren

Vor dem beschriebenen Hintergrund überrascht es, dass *Fleischer* das Nebentätigkeitsrecht der Professoren nicht anspricht. Denn die für Richter angestellten Überlegungen müssen hier erst recht gelten. Schließlich geht es dabei auch darum, den aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG folgenden besonderen verfassungsrechtlichen Schutz, den wissenschaftliche Meinungsäußerungen genießen und der auch ein Grund für die besondere beamtenrechtliche Rechtsstellung von Professoren ist, zu legitimieren. Insoweit ist es auffällig, dass für die Vereinigten Staaten, wo – wie auch *Fleischer* und der Autor dieses Beitrags – ein großer Teil der deutschen Gesellschaftsrechtsprofessoren studiert hat, von *Fleischer* der für das deutsche Gesellschaftsrecht charakteristische Diskurs zwischen Rechtswissenschaft und Justiz nicht festgestellt werden kann. Vielmehr nehme dort die „Entfremdung zwischen Spruchpraxis und Wissenschaft unverändert zu. Eingebettete Forschung, die sich innerhalb des gesetzlichen Bezugsrahmens bewegt, [sei] dort inzwischen eine randständige Erscheinung“.⁷² Könnte dies, so ist man geneigt, ketzerisch zu fragen, vielleicht damit zusammenhängen, dass in den Vereinigten Staaten schon lange höhere Ansprüche an die Transparenz von Dritteinflüssen bei wissenschaftlichen Veröffentlichungen gestellt werden?⁷³

71 *Fleischer*, NZG 2019, 921, 925.

72 *Fleischer*, NZG 2019, 921, 924.

73 Siehe dazu bereits die Nachweise oben Fn. 55.

Zu diskutieren ist deshalb auch, welche Anforderungen an die Unabhängigkeit (rechts-)wissenschaftlicher Zeitschriften zu stellen sind, wenn und soweit sie mit dem Anspruch auftreten, den Meinungsbildungsprozess des Gesetzgebers im Vorfeld zu beeinflussen.⁷⁴ Deshalb ist *Fleischer* zustimmen, wenn er „alle institutionell Verantwortlichen [auffordert], den gesellschaftsrechtlichen Meinungsmarkt im Interesse des wissenschaftlichen Wettbewerbs offenzuhalten, die Vielfalt von Problemzugängen zu fördern, Außenseitermeinungen ernst zu nehmen und allfällige Zutrittsbarrieren zu Archivzeitschriften oder Fachveranstaltungen für Querdenker abzusenken.“⁷⁵ Nur auf diese Weise kann sichergestellt sein, dass sie im Gesetzgebungsprozess eine andere Aufmerksamkeit genießen als beispielsweise Stellungnahmen von Verbänden.

In der parlamentarischen Praxis werden diese Überlegungen vor allem insoweit eine Rolle spielen (müssen), als im Rahmen von Sachverständigenanhörungen das Vorliegen unsachlicher Dritteinflüsse auch und gerade bei Professoren zu prüfen sein wird.

V. Die Spitzenanwälte und -notare

In noch einmal stärkerem Maße gilt die Notwendigkeit zur Offenlegung von Dritteinflüssen für „Spitzenanwälte und -notare“, die sich in den wissenschaftlichen Diskurs einbringen. Das folgt schon daraus, dass sie schon anwaltsrechtlich verpflichtet sind, die Interessen ihres bzw. ihrer Mandanten wahrzunehmen.⁷⁶ Zugleich bestätigen dies auch die Erfahrungen in

74 Angedeutet bereits bei *Hirte*, in Festschrift für Seibert (2019), 345, 351.

75 *Fleischer*, NZG 2019, 921, 926.

76 Ständige Rspr.; zuletzt BGH (Urt. v. 17.9.2020 - III ZR 283/18, zur Veröffentlichung in der amtlichen Entscheidungssammlung vorgesehen), NJW 2020, 3451, 3453 Tz. 14 (als Grund für das Verbot einer Verfolgung gegenläufiger Interessen); BGH (Urt. v. 12.5.2016 - IX ZR 241/14), NJW 2016, 2561 Tz. 6; *Berger*, in: Erman, BGB (16. Aufl. 2020), § 675 BGB Rn. 59; *Träger*, in: Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung: BRAO (10. Aufl. 2020), § 43a Grundpflichten des Rechtsanwalts, Rn. 77 ff.; *Zuck*, in: Gaier/Wolf/Göcken (Hrsg.), Anwaltliches Berufsrecht (3. Aufl. 2020), § 3 BORA Rn. 5 ff. - Zur Kardinalpflicht des Anwalts, die Interessen seines Mandanten nach jeder Richtung und umfassend wahrzunehmen, früher schon. BGH (Urt. v. 20.3.1961 - III ZR 172/59) VersR 1961, 467, 468 = LM Nr. 28 zu § 675 BGB (Belehrung); BGH (Urt. v. 23.5.1985 - IX ZR 102/84) Z 94, 380, 386; BGH (Urt. v. 31.10.1985 - IX ZR 175/84) NJW-RR 1986, 1281; BGH (Urt. v. 12.12.1985 - IX ZR 1/85) Z 96, 352, 354; *Giesen*, ZVglRWiss 91 (1992), 43, 58; *Henssler*, JZ 1994, 178; *Hirte*, Berufshaftung (1996), 13 m.w.N.; *Lang*, WM 1988, Beil. 9, 3.

der unmittelbaren parlamentarischen Einflussnahme, die *Norbert Lammert* auf die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Einführung eines Lobbyregisters für das Parlament kürzlich unter Hinweise darauf beschrieb, dass „Unternehmen oft ihren Einfluss über Anwaltskanzleien aus[übten], deren Rolle von außen schwer erkennbar sei“.⁷⁷

Diese derzeit unkontrollierten Möglichkeiten erklären auch zwanglos den von *Fleischer* aufgezeigten Befund, dass „Unternehmensjuristen in jüngerer Zeit – anders als früher – wenig Neigung [zeigen], sich am gesellschaftsrechtlichen Diskurs zu beteiligen.“⁷⁸ Denn schon im Interesse ihres Arbeitgebers sind sie verpflichtet, insoweit den beschriebenen „sichereren Weg“ zu wählen.⁷⁹ Und das heißt, da bei ihnen der Interessenkonflikt offensichtlich ist: Wenn sie die "Spitzenanwälte" oder "nahestehende Wissenschaftler" für sich reden lassen, hat das bei Richtern und den nicht nahestehenden Wissenschaftlern natürlich viel größere Wirkung, solange das Näheverhältnis nicht transparent ist.

77 Siehe *Elisabeth Niejahr*, „Das System endet mit einem Wimmern“, *Wirtschaftswoche* 1/2 2019, 36, 38.

78 *Fleischer*, NZG 2019, 921, 923.

79 BGH (Urt. v. 19.3.2009 – IX ZR 214/07), NJW 2009, 2949 = GmbHR 2009, 613, 614 Tz. 9; BGH (Urt. v. 23.11.2006 – IX ZR 21/03) WM 2007, 419, 419 Tz. 10; BGH (Urt. v. 19.1.2006 – IX ZR 232/01) WM 2006, 927, 928 Tz. 14; BGH (Urt. v. 11.5.1995 – IX ZR 140/94), Z 129, 386, 396 Tz. 23; BGH (Urt. v. 3.12.1992 – IX ZR 61/92), WM 1993, 510, 511 Tz. 16; BGH (Urt. v. 3.6.1993 – IX ZR 173/92), NJW 1993, 2799, 2800 Tz. 11; BGH (Urt. v. 15. 7.2004 – IX ZR 472/00), NJW 2004, 3487 Tz. 7 m.w.N.; BGH (Urt. v. 8. 2.2007 – IX ZR 188/05), WM 2007, 903 Tz. 8; *Berger*, in: Erman (Hrsg.), BGB (16. Aufl. 2020), § 675 BGB Rn. 58. – Vgl. früher bereits RG (Urt. v. 5.5.1936 – III 273/35) Z 151, 259, 264 (zweifelhafte Rechtslage); BGH (Urt. v. 22.9.1958 – III ZR 16/58) NJW 1959, 141 (Rechtsmittel statt Armenrechtsgesuch nach altem Recht); BGH (Urt. v. 9.11.1982 – VI ZR 293/79) Z 85, 252, 260 = LM Nr. 7 zu § 68 ZPO (*Dunz*) (Berufungseinlegung); BGH (Urt. v. 6.2.1992 – IX ZR 95/91) WM 1992, 741, 743 (Hinweis erforderlich, dass gewerbliche Tätigkeit eines Arztes verboten); BGH (Urt. v. 2.7.1992 – IX ZR 256/91) NJW 1992, 2694 (Vorbehalt beschränkter Erbenhaftung); BGH (Urt. v. 13.7.1994 – IV ZR 294/93) NJW 1995, 51, 52 (Rücktritt vom Erbvertrag statt Zustellung der Scheidung); BGH (Urt. v. 20.10.1994 – IX ZR 116/93) VersR 1995, 212, 213; BGH (Urt. v. 1.12.1994 – IX ZR 131/94) WM 1995, 719, 720; *Giesen*, ZVglRWiss 91 (1991), 43, 58; *Henssler*, JZ 1994, 178, 182; *Hirte*, Berufshaftung (1996), 17 m.w.N.: *Lang*, WM 1988, Beil. 9, S. 3 f.; *Odersky*, NJW 1989, 1, 3.

VI. Schluss

Fleischer hat einen wichtigen Beitrag zur rechtspolitischen Diskussion geleistet; dafür sei ihm herzlich gedankt. In der weiteren Diskussion wird dabei vor allem ein Augenmerk auf die Frage zu richten sein, wie sicherzustellen ist, dass die *qua* Verfassung jeweils mit besonderer Unabhängigkeit ausgestatteten Institutionen Wissenschaft (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) und Justiz (Art. 97 Abs. 1 GG) ihre wichtige Rolle im Rechtsetzungsverfahren verantwortlich wahrnehmen können – ein Thema, mit dem sich ja auch der aufgrund der Corona-Pandemie ausgefallene 73. Deutsche Juristentag im Jahr 2020 in Hamburg befassen sollte.⁸⁰

Was aber hier entscheidend ist: Auch *Thomas Heidel* gehört mit der Übergabe dieser Festschrift zur den Gesellschaftsrechts-Honoratioren – was gerade auch *Holger Fleischer* mit seinen an anderer Stelle veröffentlichten Überlegungen zur Bedeutung von Festschriften ebenfalls bestätigen müsste. Dass der Verfasser dieser Zeilen als – jedenfalls zum Zeitpunkt des Verfassens dieses Beitrags – Politiker in den Augen der *scientific community* des Gesellschaftsrechts nicht dazu gehört, kann er dann verschmerzen.

80 Abteilung Justiz: „Empfehlen sich Regelungen zur Sicherung der Unabhängigkeit der Justiz bei der Besetzung von Richterpositionen?“.

Ausscheiden oder Auflösen

– Grundsatzfrage bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts neu gestellt im Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)

Jürgen Hoffmann

I. Einführung

Der Jubilar hat sich insbesondere als engagierter Vertreter seiner Mandanten in Gesellschafterstreitigkeiten einen Namen gemacht. Neben seinem Schwerpunkt in aktienrechtlichen Streitigkeiten gehört auch die Personengesellschaft zu seinen Tätigkeitsfeldern. Dort bricht mit dem Inkrafttreten des vom Bundestag am 24.6.2021 beschlossenen Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts am 1.1.2024 eine neue Ära mit einigen grundlegenden Neuerungen an.¹ Dazu gehören auch Vorschriften, die einen besonders streitträchtigen Themenkomplex regeln, nämlich die Beendigung von Gesellschaftsverhältnissen durch Ausscheiden von Gesellschaftern oder Auflösung der Gesellschaft. Die genauere Betrachtung gerade dieser neuen Regeln bietet sich angesichts der genannten Interessenschwerpunkte des Jubilars im Rahmen dieser Festschrift also an.

II. Zielsetzung der Neuregelung

Von den erklärtermaßen² im Wesentlichen fünf Zielen des neuen Gesetzes steht die „Konsolidierung“ des Rechts der BGB-Gesellschaft an erster

1 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom 24.6.2021, BGBl. I 2021 S. 3436, Regierungsentwurf (RegE) BTDr. 19/27635, abrufbar unter https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Personengesellschaftsrecht.pdf?_blob=publicationFile&v=3; Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz BTDr. 19/30942 vom 22.06.2021.

2 RegE-Begründung (Fn. 1), 111 unter II. 1.

Stelle.³ Der BGB-Gesellschaft kommt als „Grundtyp“⁴ aller Personengesellschaften eine besondere Bedeutung zu. Gegenstand der Konsolidierung soll die Abkehr vom Verständnis der BGB-Gesellschaft als rein vertragliches Schuldverhältnis mit Gesamthandsvermögen der Gesellschafter hin zu einem eigenständigen, von ihren Gesellschaftern weitgehend unabhängigen Rechtssubjekt mit eigenem Gesellschaftsvermögen sein.⁵

Diese Zielsetzung - jedenfalls für die am Rechtsverkehr teilnehmende und daher eigene Rechtssubjektivität rechtfertigende Gesellschaft - wurde bereits angelegt durch die Rechtsprechung des BGH durch Urteil vom 29.1.2001.⁶ Mit diesem Urteil hatte der BGH festgestellt, dass eine am Rechtsverkehr teilnehmende Gesellschaft bürgerlichen Rechts - auch ohne juristische Person zu sein - rechtsfähig ist und eigene Rechte und Pflichten begründen kann. Durch Urteil vom 4.12.2008⁷ erkannte der BGH auch die Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts an. Mit dieser Rechtsprechung entfernte sich das Verständnis von der Rechtsstellung einer BGB-Außengesellschaft zunehmend von der gesetzlichen Ausgestaltung als besonderes Schuldverhältnis zwischen den im Vordergrund stehenden einzelnen Gesellschaftern in den noch geltenden §§ 705 ff. BGB. Infolgedessen verstärkten sich im Laufe der Jahre Bestrebungen, die immer größer gewordene Kluft zwischen der hergebrachten Legalordnung und dem gelebten, durch die neuere Judikatur geprägten Recht zu schließen.⁸ Diese Bestrebungen führten im August 2018 zunächst zur Einsetzung einer Expertenkommission durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV). Diese legte im April 2020 mit dem sog. „Mauracher Entwurf“ ihr Arbeitsergebnis vor, das den Grundstein für den

3 Weitere Schwerpunkte sind – allgemein - die Modernisierung des Rechts der Personengesellschaften, konkreter die Behebung von Publizitätsdefiziten der BGB-Gesellschaft, die Flexibilisierung der Haftungsverhältnisse von Angehörigen freier Berufe sowie die Herstellung von Rechtssicherheit bei Beschlussmängelstreitigkeiten. RegE-Begründung (Fn. 1), 111 bis 114; *Fleischer*, Ein Rundgang durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DStR 2021, 430, 431 unter 2.2.

4 *Fleischer*, DStR 2021, 433 unter 3.4; *M. Noack*, Von Maurach in die Welt – Der Gesetzentwurf der Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts im Überblick, NZG 2020, 581.

5 RegE-Begründung (Fn. 1), 111 II. 1; vgl. auch die Darstellungen der Neuerungen bei *Fleischer*, DStR 2021, 430; *Lieder*, Der Regierungsentwurf des MoPeG in der rechtspolitischen Analyse, ZRP 2021, 34.

6 II ZR 331/00 – BGHZ 146, 341 „ARGE weißes Roß“.

7 V ZB 74/08 = BGHZ 179, 102.

8 *Fleischer*, DStR 2021, 430, 431.

bereits im November 2020 vorgelegten Referentenentwurf⁹ und den im Januar 2021 vorgelegten Gesetzentwurf legte. Mit der Neuregelung soll die vom BGH für Außengesellschaften anerkannte Rechtsfähigkeit der Gesellschaft im Interesse der Rechtssicherheit gesetzlich nachvollzogen werden.¹⁰

An dieser Stelle zu betonen ist mithin die grundsätzliche Differenzierung des Gesetzgebers in rechtsfähige (Außen-)Gesellschaften und nicht rechtsfähige (Innen-)Gesellschaften.¹¹ Diese Differenzierung findet sich in § 705 Abs. 2 BGB n.F., der explizit zwischen Gesellschaften, die „nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen“ sollen und damit rechtsfähig sind und Gesellschaften, die ausschließlich „den Gesellschaftern zur Ausgestaltung ihres Rechtsverhältnisses untereinander dienen“ und damit nicht rechtsfähig sind. Gemäß § 705 Abs. 3 BGB n.F. wird vermutet, dass die Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnimmt, wenn ihr Gegenstand der Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen ist. Alle nachstehend erläuterten gesetzlichen Neuregelungen betreffen fast ausschließlich die rechtsfähigen Außengesellschaften, während bei den nicht rechtsfähigen Innengesellschaften, die kein eigenes Vermögen bilden können (§ 740 Abs. 1 BGB n.F.) im Wesentlichen die al-

9 BMJV, Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, April 2020, abrufbar unter https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Entwurf_Mopeg.html; hierzu *Habersack*, Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – aber wie?, ZGR 2020, 539; *Storz*, Der Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – ein Überblick über die Änderungen und Ergänzungen zum Mauracher Entwurf, GWR 2021, 5; *Bergmann*, Der Mauracher Gesetzentwurf der Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DB 2020, 994; *M. Noack*, NZG 2020, 612; *Schäfer*, Grundzüge des neuen Personengesellschaftsrechts nach dem Mauracher Entwurf, ZIP 2020, 1149; *Bachmann*, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Mo-PeG), NZG 2020, 612; *Fleischer*, Leitbildwandel im Recht der BGB-Gesellschaft, DB 2020, 1107; *Bergmann/Drescher/Fleischer* et al., Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, ZGR-Sonderheft 23, 2020.

10 RegE-Begründung (Fn. 1), 112.

11 *Fleischer*, DStR 2021, 432 unter 3.2 und 437ff. unter 5.; die Begriffe „Außen“- und „Innen“- Gesellschaft waren noch vom Mauracher Entwurf zur Unterscheidung verwendet worden, der Gesetzgeber hat diese Begrifflichkeit nicht übernommen, vgl. *Storz*, GWR 2021, 6 unter II., *Bachmann*, NZG 2020, 612; *M. Noack*, NZG 2020, 581.

ten Regelungen zur Beendigung der Gesellschaft fortbestehen (§ 740a BGB n.F.).¹²

III. Ausscheiden oder Auflösen

1. Abgrenzung zur bisherigen Rechtslage bei Ausscheidens- und Auflösungsgründen

Nach dem nach altem Recht maßgeblichen Verständnis von der BGB-Gesellschaft als reinem Schuldverhältnis war es konsequent, die Gesellschafter selbst und nicht das durch sie vertraglich gebildete Gesellschaftskonstrukt im Vordergrund zu sehen.¹³ Ebenso konsequent war die Grundidee, die Gesellschaft mit Ausscheiden eines Gesellschafters und damit Wegfall eines Vertragspartners als aufgelöst anzusehen, sofern von den Vertragspartnern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist. So bestimmt das noch geltende Recht, dass im Falle der ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung eines Gesellschafters (§§ 723, 724 BGB), Kündigung durch den Gläubiger eines Gesellschafters (§ 725 BGB), Tod eines Gesellschafters (§ 727 BGB) und Insolvenz eines Gesellschafters (§ 728 BGB) die Gesellschaft aufgelöst wird. Die gesetzliche Folge der Beendigung¹⁴ der Gesellschaft in solchen Fällen gilt nach neuem Recht nur noch für die nicht rechtsfähige, weil nicht am Rechtsverkehr teilnehmende Gesellschaft (§§ 705 Abs. 2, 2. Alt., 740a Abs. 1 Nr. 3-6 BGB n.F.). Gesellschafter einer am Rechtsverkehr teilnehmenden und damit rechtsfähigen Gesellschaft scheiden demgegenüber bei Fortsetzung der Gesellschaft aus dieser aus (§ 723 Abs. 1 Nr. 1-4 BGB n.F.).¹⁵

Im Prinzip unverändert bleibt die Möglichkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters aus wichtigem Grund mit der Folge seines Ausscheidens (§ 723 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. § 727 BGB n.F.). Schon nach geltendem Recht ist

12 Die RegE-Begründung (Fn. 1), 221 zu Untertitel 3 (Nicht rechtsfähige Gesellschaft) bezieht sich hinsichtlich dieser Unterscheidung auf Empfehlungen gemäß Beschluss 5a des 71. Deutschen Juristentages, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Band II/2, 2017, O219.

13 *Fleischer*, DStR 2021, 432 unter 3.1.

14 Nicht Auflösung, weil die nicht rechtsfähige Gesellschaft mangels eigenen Vermögens liquidationslos erlischt, RegE-Begründung (Fn. 1), 223 zu § 740a BGB N.F.BGB n.F.; *Fleischer* DStR 2021, 438 unter 5.3.

15 *Fleischer*, DStR 2021, 436 f. unter 4.4.

der Ausschluss nur möglich, wenn der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft bei Kündigung eines Gesellschafters vorsieht (§ 737 BGB).

Erhalten bleibt in allen nunmehr als Ausscheidenstatbestände geregelten Fällen die Möglichkeit, gesellschaftsvertraglich auch die umgekehrte Rechtsfolge, also die Auflösung der Gesellschaft anzuordnen und damit die Rechtsfolge nach derzeit geltendem Recht herbeizuführen. Auch nach zurzeit noch geltendem Recht besteht die Möglichkeit, gesellschaftsvertraglich das Gegenteil der gesetzlichen Regelung, also die Fortsetzung der Gesellschaft zu vereinbaren. Diese Möglichkeit besteht nach neuem Recht für die nicht rechtsfähige Innengesellschaft fort, da es für diese bei dem gesetzlichen Regelfall bleibt, dass die Gesellschaft im Falle der genannten Tatbestände aufgelöst wird (§§ 740a, 740c BGB n.F.).

Zur Auflösung der rechtsfähigen und Beendigung der nicht rechtsfähigen Gesellschaft führen der Ablauf der für die Gesellschaft vereinbarten Dauer ein Auflösungsbeschluss sowie das Erreichen oder das Unmöglichwerden des Erreichens des vereinbarten Zweckes (§ 729 Abs. 1 Nr. 1 u. 4, Abs. 2 BGB n.F.; § 740 a Abs. 1 Nr. 1 u. 2 BGB n.F. wie bisher § 726 BGB¹⁶). Bei der rechtsfähigen Gesellschaft führt zusätzlich die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft (§ 729 Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. wie bisher § 728 Abs. 1 BGB) zur Auflösung.

2. Angleichung an das Recht der OHG

Es wird deutlich, dass die Neuregelungen im Recht der BGB Gesellschaft zu einer weitgehenden Angleichung an das Recht der Offenen Handelsgesellschaft – OHG - in den §§ 105 ff. HGB führen.¹⁷ Dort waren die jetzt für die BGB Gesellschaft vorgesehenen Schritte zur Stärkung des Fortbestands der Gesellschaft im Falle der Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses mit einzelnen Gesellschaftern schon mit dem Handelsrechtsreformgesetz – HRefG – vom 22.6.1998¹⁸ vollzogen worden. Deshalb sind in der jetzt anstehenden Novelle kaum nennenswerte Änderungen im Recht der OHG vorgesehen.¹⁹ Die Angleichung der Regelungen beider Gesellschaftsformen geht so weit, dass der Gesetzgeber erwogen hat, die meisten diesbezüglichen Vorschriften zur OHG durch einen Generalverweis in § 105

¹⁶ *Fleischer*, DStR 2020, 437 unter 5.

¹⁷ *Lieder*, ZRP 2021, 34 unter I.; *Bachmann*, NZG 2020, 615 (Ziff. 4 am Ende).

¹⁸ BGBl. I 1998, 1474.

¹⁹ *Bachmann*, NZG 2020, 617 unter Abschnitt IV.

HGB auf das Recht der BGB Gesellschaft zu ersetzen. Hiervon hat man jedoch im Interesse einer besseren Lesbarkeit und eines besseren Normverständnisses Abstand genommen. So hat es der Gesetzgeber vorgezogen, zum Recht der OHG „zusammengehörige Normenkomplexe möglichst im Gleichlauf zu den §§ 705 ff. BGB n.F. zu gestalten und dadurch die verbleibenden Strukturunterschiede für den Rechtsanwender deutlicher zum Ausdruck zu bringen“.²⁰ Bei der näheren Betrachtung der einzelnen Ausscheidensgründe nach neuem Recht der BGB-Gesellschaft bietet sich im Folgenden ein Seitenblick auf die entsprechenden Regelungen zur OHG jedenfalls an.

IV. Die einzelnen Gründe des Ausscheidens nach neuem Recht

1. Tod des Gesellschafters

a) *Neuregelungen* §§ 723 Abs. 1 Nr. 1, 724, 730 BGB n.F.; 130 Abs. 1 Nr. 1, 131 HGB N.F.

aa) *Regelung und Rechtsfolge*

Nach geltendem Recht wird die Gesellschaft durch Tod eines Gesellschafters aufgelöst (§ 727 Abs. 1 BGB). Eine abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag ist ausdrücklich zugelassen, wovon in der Praxis durch Fortsetzungsklauseln häufig Gebrauch gemacht wird. Die Gesellschaft gilt gemäß § 727 Abs. 2 BGB bei Auflösung nur insoweit als fortbestehend, als der Erbe und die übrigen Gesellschafter bei Gefahr in Verzuge die Geschäfte fortführen müssen.

Nach neuem Recht scheidet der Gesellschafter aus der Gesellschaft aus (§ 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F.), wenn im Gesellschaftsvertrag nicht die Auflösung der Gesellschaft in einem solchen Fall ausdrücklich vereinbart ist. Die Regelung nach § 727 Abs. 1 BGB gilt auch nach neuem Recht für den Fall, dass der Gesellschaftsvertrag die Auflösung der Gesellschaft vorsieht (§ 730 BGB n.F.)²¹. Der gesetzliche Regelfall ist nunmehr also die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des durch den Tod ausgeschiedenen Gesellschafters. Die Rechtslage entspricht folglich der im Recht der OHG,

20 RegE-Begründung (Fn. 1), 259 zu Art. 49 (Änderung des Handelsgesetzbuchs).

21 RegE-Begründung (Fn. 1), 208.

für die schon nach geltendem Recht in §§ 131 Abs. 3 Nr. 1, 139 HGB die Fortsetzung mit den Erben vorgesehen ist.

Die gesetzliche Regelung ist dispositiv. Ist im Gesellschaftsvertrag vorgesehen, dass die Gesellschaft im Falle des Todes eines Gesellschafters aufgelöst wird, gilt gemäß § 730 BGB n.F. eine Anzeigepflicht des Erben gegenüber den Gesellschaftern und eine Notgeschäftsführungspflicht des Erben bei Gefahr im Verzuge mit einem Fortbestand der gesellschaftsvertraglich geregelten Geschäftsführungs- und Vertretungskompetenzen (abweichend von der Gesamtgeschäftsführung in der Phase der Liquidation gem. § 736b Abs. 1 BGB n.F.). Diese Rechtslage entspricht inhaltlich der in § 727 BGB, der Gesetzgeber hat daran inhaltlich nichts ändern wollen.²²

bb) Haftungsbegrenzung

Abgesehen von der Rechtsfolge des Ausscheidens des Gesellschafters anstelle der Auflösung der Gesellschaft sieht § 139 HGB für die OHG vor, dass der Erbe den Verbleib in der Gesellschaft davon abhängig machen kann, dass ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und dadurch seine Haftung begrenzt wird. Ohne diese Regelung bliebe ihm nur die Ausschlagung der Erbschaft, um seine Haftung zu begrenzen.²³ Diese Möglichkeit der Haftungsbegrenzung ist nicht dispositiv, kann also im Gesellschaftsvertrag gemäß § 139 Abs. 5 HGB nicht ausgeschlossen werden. Diese Regelung wird nach neuem Recht für die OHG in § 131 HGB n.F. übernommen und darüber hinaus im Wesentlichen auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts erstreckt. Der Erbe und Rechtsnachfolger eines BGB-Gesellschafters kann nämlich gemäß § 724 Abs. 1 BGB n.F. ebenfalls verlangen, dass sein Anteil in den eines Kommanditanteils umgewandelt wird, wenn die BGB-Gesellschaft die Voraussetzungen nach § 107 Abs. 1 HGB n.F. (vormals § 105 Abs. 2 HGB) erfüllt. Nach diesen Vorschriften wird auch kleingewerblichen und vermögensverwaltenden Gesellschaften der Schritt in die OHG und die KG ermöglicht. Von diesem Recht muss der Gesellschafter-Erbe innerhalb einer Frist von 3 Monaten nach Kenntniserlangung vom Erbfall Gebrauch machen, § 724 Abs. 3 BGB n.F. (wie bei der OHG § 139 Abs. 3 HGB, künftig § 131 Abs. 3 HGB n.F.).

Zu beachten ist an dieser Stelle, dass die Möglichkeit des eintretenden Erben, die Umwandlung in einen Kommanditanteil zu verlangen, in § 724

²² RegE-Begründung (Fn. 1), 208 zu § 730 Abs. 1 BGB n.F.

²³ M. Noack, NZG 2020, 584 unter k).

BGB n.F. im Unterschied zum Recht der OHG (§ 139 Abs. 5 HGB, § 131 Abs. 5 HGB n.F.) dispositiv ausgestaltet ist, im Gesellschaftsvertrag also abbedungen werden kann. Deshalb hält es der Gesetzgeber²⁴ für möglich, dass im Einzelfall das Recht auf Umwandlung in eine Kommanditbeteiligung auch stillschweigend ausgeschlossen sein kann. Davon könne z.B. ausgegangen werden, wenn das Wahlrecht eines Erben einmal keinen angemessenen Ausgleich der gegenläufigen Interessen gewährleistet. So ist es denkbar, dass einem Gesellschafter-Erben angesichts des Gesellschaftszweckes (z.B. reine Vermögensverwaltung ohne besondere Risiken) keine nennenswerten Haftungsrisiken drohen, so dass eine Haftungsbegrenzung entbehrlich ist. Umgekehrt kann die Gesellschaft durch die bei einer Umwandlung in eine KG verursachte Erweiterung der Buchführungspflichten unzumutbar stärker belastet sein als durch die Zahlung einer Abfindung an den ausscheidenden Gesellschafter, so dass dieser auf die Kündigung zu verweisen ist.

Die Neuerung im Recht der BGB Gesellschaft geht im Übrigen aber noch einen Schritt weiter, indem nun auch freiberuflich tätigen Gesellschaften bürgerlichen Rechts diese Möglichkeit der Umwandlung in eine OHG/KG eingeräumt wird, § 107 Abs. 1 S. 2 HGB n.F.. Dies ist konsequent, weil die bisher kaufmännischen Unternehmungen vorbehaltenen Rechtsformen der OHG und vor allem der KG nunmehr auch Freiberuflern zur Verfügung stehen sollen.²⁵ Diese Möglichkeit birgt aber das Risiko, dass die Umwandlung in eine Kommanditbeteiligung nicht möglich ist, weil das jeweilige Berufsrecht dies nicht zulässt. Entsprechende berufsrechtliche Vorbehalte finden sich daher in den Regelungen der §§ 161 Abs. 2, 107 Abs. 1 S. 2 HGB n.F.

Wird der Antrag nicht angenommen (Mehrheitsentscheidung der übrigen Gesellschafter)²⁶ oder ist die Umwandlung in eine KG (insbesondere aus berufsrechtlichen Gründen) nicht möglich, kann der Gesellschafter-Erbe seine Mitgliedschaft in der Gesellschaft kündigen und zwar fristlos, § 724 Abs. 2 BGB n.F. (schon bisher so bei der OHG, § 139 Abs. 2 HGB und künftig § 131 Abs. 2 HGB n.F.). Dies hat entsprechende Abfindungsansprüche gem. § 728 BGB n.F. zur Folge. Die Gestaltung dieser Ansprü-

24 RegE-Begründung (Fn. 1), 198 zu § 724 BGB n.F.

25 RegE-Begründung (Fn. 1), 2 unter A. und 263 zu § 107 Abs. 1 HGB n.F.; *Fleischer*, DStR 2021, 438 unter 6.; *Lieder*, ZRP 2021, 36 unter III.; *Schäfer* ZIP 2020, 1153; *Wertenbruch*, Die Öffnung der KG und GmbH & Co. KG für die Freien Berufe in der Reform des Personengesellschaftsrechts, NZG 2019, 1081; *Bergmann*, DB 2020, 998.

26 RegE-Begründung (Fn. 1), 198 zu § 724 BGB n.F.

che ist zwar dispositiv, zu starke Einschränkungen der Abfindung bis hin zum gänzlichen Ausschluss scheitern aber an der Sittenwidrigkeitsgrenze des § 138 BGB.²⁷

b) Regelungsbedarf

Je nach Zustand des Gesellschaftsvertrages und Intention der Gesellschafter im Zeitpunkt der Gesetzesänderung haben die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft also mit Inkrafttreten der neuen Regelungen mehr oder weniger Handlungsbedarf.

Wer bewusst auf Nachfolgeregelungen im Gesellschaftsvertrag verzichtet hat, weil die bisher gesetzlich vorgesehene Auflösung der Gesellschaft im Falle des Todes eines Gesellschafters die gewünschte Rechtsfolge ist, muss mit Inkrafttreten der Neuregelung den Gesellschaftsvertrag entsprechend anpassen und diese Rechtsfolge ausdrücklich vereinbaren.

Wer schon bisher eine Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag vereinbart hatte, muss sich überlegen, ob er akzeptieren will, dass der Erbe nunmehr auch die Umwandlung in eine KG soll verlangen können oder ob dieses Recht ausdrücklich ausgeschlossen werden soll. Auf den nach der Regierungsbegründung für möglich gehaltenen stillschweigenden Ausschluss dieser Möglichkeit sollten sich die Gesellschafter jedenfalls nicht verlassen.

2. Kündigung durch den Gesellschafter

Das bislang geltende Recht sieht die Kündigung durch den Gesellschafter in verschiedenen Varianten in §§ 723 Abs. 1 S. 1, 724 BGB als ordentliche oder außerordentliche Kündigung vor. Die anstehende Neuregelung verändert die Systematik erheblich.

a) Ordentliche Kündigung durch den Gesellschafter

Die ordentliche Kündigung ist derzeit möglich zum Ablauf einer vereinbarten Dauer der Gesellschaft oder jederzeit bei unbestimmter Dauer (§ 723 Abs. 1 S. 1 BGB), bei einer Vereinbarung der Gesellschaft auf Le-

²⁷ RegE-Begründung (Fn. 1), 203 f. zu § 728 BGB N.F./BGB N.F..

benszeit oder bei einer nach fest vereinbarter Dauer fortgesetzten Gesellschaft (§ 724 BGB). Eine bestimmte Frist für die Kündigung ist derzeit nicht vorgesehen. In all diesen Fällen ist Rechtsfolge der Kündigung die Auflösung der Gesellschaft.²⁸ Nur wenn der Gesellschaftsvertrag eine Fortsetzungsklausel enthält, was gesetzlich in § 736 BGB ausdrücklich als Möglichkeit anerkannt ist, scheidet der Gesellschafter im Falle der ordentlichen Kündigung aus der Gesellschaft aus.

aa) Neuregelung der Kündigungsfolgen

Nach neuem Recht ist die ordentliche Kündigung einer Gesellschaft ohne fest vereinbarte Laufzeit durch den Gesellschafter jederzeit möglich, jedoch nur noch in Form der Kündigung seiner Mitgliedschaft unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten zum Ablauf eines Kalenderjahres mit der Rechtsfolge seines Ausscheidens aus der Gesellschaft, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht die Auflösung der Gesellschaft ausdrücklich vorsieht (§§ 723 Abs. 1 Nr. 2, 725 Abs. 1 BGB n.F.). Das neue Recht kehrt also in Anlehnung an die schon im Jahre 1998 eingeführte Regelung zur OHG in § 131 Abs. 3 Nr. 3 HGB die Rechtsfolgen der Kündigung unter den Gesellschaftern von der Auflösung der Gesellschaft in das Ausscheiden aus der Gesellschaft bei gleichzeitiger Einführung einer Kündigungsfrist um. Die ordentliche Kündigung der Gesellschaft selbst (und nicht nur der Mitgliedschaft des Gesellschafters) mit der Folge ihrer Auflösung ist gesetzlich also nicht mehr vorgesehen und einer entsprechenden Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag vorbehalten.

Neu ist im Übrigen, dass künftig für die ordentliche Kündigung eine Frist von 3 Monaten zum Ablauf eines Kalenderjahres einzuhalten ist, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag oder dem Gesellschaftszweck nicht etwas anderes ergibt (§ 725 Abs. 1 BGB n.F.). Nach Meinung des Gesetzgebers²⁹ überfordert die bislang vorgesehene fristlose Kündigungsmöglichkeit die übrigen Gesellschafter. Dem ist für die meisten Fälle zuzustimmen, weil diese sich bei Fristlosigkeit nicht auf die Folgen der Kündigung, insbesondere die Erfüllung von Abfindungsverpflichtungen einstellen können. Die Regierungsbegründung verweist auf die schon zum geltenden

28 Schäfer, in: MüKoBGB, 8. Auflage, München 2020, § 723 BGB Rn. 19; Kilian, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Becksche Kurzkommentare: Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, Köln 2021, § 723 BGB Rn. 24.

29 RegE-Begründung (Fn. 1), 200 zu § 725 Abs. 1 BGB n.F.

Recht großzügig angenommenen stillschweigenden oder aus dem Gesellschaftszweck abzuleitenden Fristvereinbarungen.³⁰ Sollte die Frist im Einzelfall ein Problem darstellen, kann eine Abkürzung der Frist oder Fristlosigkeit vereinbart werden.

Im Recht der OHG findet die Regelung zur ordentlichen Kündigung ihre Entsprechung in §§ 131 Abs. 3 Nr. 3, 132 HGB (gleich geblieben in § 132 Abs. 1 HGB n.F.) mit dem Unterschied einer längeren Kündigungsfrist von hier 6 Monaten zum Ende eines Geschäftsjahres.

bb) Verbot der Kündigung zur Unzeit

Die ordentliche Kündigung darf nicht zur Unzeit erklärt werden. Dies ist schon nach geltendem Recht in § 723 Abs. 2 BGB vorgesehen und künftig in § 725 Abs. 5 BGB n.F. geregelt. Rechtsfolge der unzeitigen Kündigung ist nicht deren Unwirksamkeit, sondern eine Schadenersatzpflicht des unzeitig kündigenden Gesellschafters. Der Gesetzgeber hat inhaltlich an dieser Regelung grundsätzlich nichts ändern wollen. Allerdings besteht die Schadenersatzverpflichtung nach künftigem Recht gegenüber der Gesellschaft und nicht mehr gegenüber den einzelnen Gesellschaftern.³¹

cc) Abweichende Vereinbarungen

Das noch geltende Recht sieht in § 723 Abs. 3 BGB vor, dass „Vereinbarungen, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird“, nichtig sind. Diese Bestimmung bezieht sich auf die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund ebenso wie auf die ordentliche Kündigung, die beide in § 723 BGB geregelt sind. Nach inzwischen herrschender Meinung sollen grundsätzlich vertraglich vorgesehene Beschränkungen auch des ordentlichen Kündigungsrechts nach § 723 Abs. 3 BGB nichtig sein.³²

Das neue Recht sieht insoweit eine klarstellende Änderung vor. § 725 Abs. 6 BGB n.F. erklärt nur noch solche Vereinbarungen im Gesellschafts-

30 *Schäfer*, in: MüKoBGB, § 723, Rn. 23; *Kilian*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), § 723 BGB Rn. 7.

31 RegE-Begründung (Fn. 1), 201 zu § 725 Abs. 5 BGB n.F..

32 *Schäfer*, in: MüKoBGB, § 723, Rn. 62; *K. Schmidt*, in: MüKoHGB, 4. Auflage, München 2016, § 132, Rn. 30; *Sprau*, in: Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Auflage, München 2020, § 723 Rn. 2, 7.

vertrag für unwirksam, die das Kündigungsrecht nach den Absätzen 2 und 4 (Kündigungen aus wichtigem Grund) ausschließen oder beschränken. Damit ist klargestellt, dass Beschränkungen des ordentlichen Kündigungsrechts grundsätzlich nicht unwirksam sind. Dies ist vom Gesetzgeber ausdrücklich so gewollt, weil das außerordentliche Kündigungsrecht unabdingbar ist, das ordentliche Kündigungsrecht aber nicht.³³

Das bedeutet auch nach neuem Recht aber nicht, dass ordentliche Kündigungsrechte ohne weiteres und schrankenlos vertraglich ausgeschlossen werden könnten. Vielmehr finden die Ausschlussmöglichkeiten ihre Grenze in der Sittenwidrigkeitsprüfung des § 138 BGB.³⁴ Deshalb ist fraglich, ob sich in der Praxis diese Gesetzesänderung überhaupt nennenswert auswirkt. Denn auch nach derzeit noch geltendem Recht sind Einschränkungen des ordentlichen Kündigungsrechts nach herrschender Meinung (nur) möglich, wenn dem Gesellschafter vertraglich andere adäquate Ausstiegsmöglichkeiten aus der Gesellschaft geboten werden.³⁵

b) Außerordentliche Kündigung des Gesellschafters

Die außerordentliche Kündigung des Gesellschafters ohne Einhaltung einer Frist ist auch nach bisher geltendem Recht wie bei allen Dauer-schuldverhältnissen aus wichtigem Grund mit der Folge der Auflösung der Gesellschaft möglich. Ein solcher wichtiger Grund ist gegeben bei Verletzung oder Unmöglichkeit der Erfüllung wesentlicher Pflichten anderer Gesellschafter und - unter bestimmten weiteren Voraussetzungen - bei Vollendung des 18. Lebensjahres eines Gesellschafters, § 723 Abs. 1 S. 2 u. 3 BGB.

Im Recht der OHG findet diese Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund derzeit nur teilweise eine Entsprechung. So kann jedenfalls der Gesellschafter einer OHG, der das 18. Lebensjahr vollendet hat, die Mitgliedschaft in der Gesellschaft aus wichtigem Grund gemäß § 105 Abs. 2 HGB i.V.m. § 723 Abs. 1 Nr. 2 BGB kündigen.³⁶ Die Möglichkeit einer Kündigung der Mitgliedschaft aus sonstigem wichtigem Grund ist nach gelten-

33 Reg-E-Begründung (Fn. 1), 201 zu § 725 Abs. 6 BGB n.F. unter Berufung auf K. Schmidt, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band 3, 1983, 540.

34 Reg-E-Begründung (Fn. 1), 201 zu § 725 Abs. 6 BGB n.F.

35 K. Schmidt, in: MüKoHGB, § 132 Rn. 31.

36 RegE-Begründung (Fn. 1), 269 zu § 132 HGB n.F.

dem Recht jedoch umstritten, weil für solche Fälle gesetzlich die Auflösungsklage aus wichtigem Grund gemäß § 133 HGB vorgesehen ist.³⁷

aa) Austritts- und Auflösungskündigung

Das neue Recht zur BGB Gesellschaft differenziert künftig zwischen zwei Möglichkeiten der Kündigung aus wichtigem Grund. § 725 Abs. 1 BGB n.F. sieht zunächst die Möglichkeit der Kündigung der Mitgliedschaft mit der Folge des Ausscheidens des Gesellschafters aus der Gesellschaft vor. Voraussetzung ist die Verletzung oder die Unmöglichkeit der Erfüllung wesentlicher Pflichten anderer Gesellschafter. Aus dem gleichen wichtigen Grunde besteht nach neuem Recht in § 731 BGB n.F. jedoch nunmehr zusätzlich die Möglichkeit, anstelle der Mitgliedschaft auch die Gesellschaft selbst mit der Folge ihrer Auflösung zu kündigen. Dies erscheint unspektakulär, weil ja auch nach altem Recht die Rechtsfolge der Kündigung der Gesellschaft aus wichtigem Grund gemäß § 723 BGB deren Auflösung ist.

Bei näherem Hinsehen ergeben sich dennoch Auffälligkeiten.

(1) Fortsetzungsklauseln

Für den Fall von Fortsetzungsklauseln in Gesellschaftsverträgen wird zum geltenden Recht überwiegend vertreten, dass diese auch auf Kündigungen aus wichtigem Grund Anwendung finden. Auch der aus wichtigem Grund kündigende Gesellschafter bringt durch seine Kündigung also die Gesellschaft nicht zur Auflösung, sondern scheidet aus der Gesellschaft gegen Abfindung aus, wenn der Gesellschaftsvertrag für den Fall von Kündigungen eine Fortsetzungsklausel enthält.³⁸

Diese Rechtsfolge gesellschaftsvertraglich für Kündigungen der Gesellschaft aus wichtigem Grund zu vereinbaren, ist künftig ausgeschlossen.³⁹ Denn § 731 Abs. 2 BGB n.F. verbietet ausdrücklich den Ausschluss oder die Beschränkung des Kündigungsrechtes nach dieser Vorschrift. Hierge-

37 BGH Urt. v. 12.5.1977 II ZR 89/75; K. Schmidt, in: MüKoHGB, § 132 Rn. 37-50.

38 BGH Urt. v. 7.4.2008 – II ZR 3/06, NZG 2008, 463 zur ordentlichen Kündigung; gegen die Zulässigkeit der Fortsetzungsklausel auch für den Fall der Kündigung aus wichtigem Grund sollen „keine Bedenken bestehen“, Schäfer, in: MüKoBGB, § 723, Rn. 74 unter Hinweis auf RGZ 162, 388, 393 und Habermeyer, in: Staudinger, BGB, 2003, § 723, Rn. 42.

39 Fleischer, DStR 2021, 437 unter 4.5 „zwingendes Recht“.

gen mag man einwenden, schon das alte Recht verbiete in § 723 Abs. 3 BGB den Ausschluss oder die Einschränkung der Kündigungsrechte gemäß § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 und 2 BGB, insbesondere also die Möglichkeit der Kündigung des Gesellschafters aus wichtigem Grund mit der Folge der Auflösung der Gesellschaft. Gleichwohl ist nach geltendem Recht die Möglichkeit der Vereinbarung des bloßen Ausscheidens anerkannt. Wenn der Gesetzgeber nunmehr die Kündigungsmöglichkeiten ausdrücklich in eine Kündigung der Mitgliedschaft einerseits und eine Kündigung der Gesellschaft andererseits differenziert und auch für Letztere ausdrücklich ein Einschränkungsverbot anordnet, erscheint die bisherige Argumentation zu § 723 Abs. 3 BGB zu Gunsten von Fortsetzungsklauseln auch bei Kündigungen aus wichtigem Grund nicht mehr haltbar. Denn durch die Zulassung einer Fortsetzungsklausel auch für diesen Fall wird die Auflösungskündigung ausgeschlossen, was mit deren Charakter als zwingendes Recht gemäß § 731 Abs. 2 BGB n.F. nicht vereinbar ist.

(2) Kein Wahlrecht zwischen Austritts- und Auflösungskündigung

Die Formulierungen zur Definition des wichtigen Grundes sind im neuen Recht für die Kündigung der Mitgliedschaft (§ 725 Abs. 2 S. 2 BGB n.F.) und Kündigung der Gesellschaft (§ 731 Abs. 1 S. 2 BGB n.F.) identisch formuliert. Daraus könnte man den Schluss ziehen, dass im Falle des Vorliegens eines wichtigen Kündigungsgrundes für den Gesellschafter ein Wahlrecht besteht, ob er nur seine Mitgliedschaft kündigt oder die Gesellschaft.⁴⁰ Zu beachten ist jedoch, dass § 731 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. zusätzlich verlangt, dass dem Gesellschafter aus wichtigem Grund die Fortsetzung der Gesellschaft nicht zuzumuten ist, eine Formulierung, die bei § 725 Abs. 2 BGB n.F. fehlt. Nur wenn also der wichtige Grund so schwerwiegend ist, dass er diese Unzumutbarkeitsschwelle überschreitet, ist eine Kündigung der Gesellschaft möglich. Im Einzelfall muss also eine sorgfältige Interessenabwägung zwischen den Interessen des einzelnen Gesellschafters, der Gesellschaft und deren Fortbestehensinteresse und den übrigen Gesellschaftern stattfinden. Die Regierungsbegründung will dabei neben dem Recht zur Kündigung der Mitgliedschaft auch die Möglichkeiten des Ausschlusses des störenden Gesellschafters aus wichtigem Grund durch Beschluss der übrigen Gesellschafter, die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis oder eine Anpassung des Gesellschafts-

40 So anscheinend M. Noack, NZG 2020, 584 unter k) (2).

vertrages als Möglichkeiten einbeziehen.⁴¹ Nur wenn diese Möglichkeiten – insbesondere mangels Mitwirkung der übrigen Gesellschafter – nicht zur Verfügung stehen, soll die Kündigung der Gesellschaft praktisch als „ultima ratio“ aus wichtigem Grund möglich sein. Zu einem Wahlrecht zwischen den Kündigungsmöglichkeiten nach § 725 Abs. 2 und § 731 BGB n.F. kommt es mithin nicht. Denn wenn der Gesellschafter das Recht zur Kündigung der Mitgliedschaft wählt, kann ihm die Fortsetzung der Gesellschaft nicht unzumutbar sein. Andererseits wird der kündigungswillige Gesellschafter gut beraten sein, vor einer Kündigung der Gesellschaft nach § 731 BGB n.F. nachweislich den Versuch zu unternehmen, die übrigen Gesellschafter von der Mitwirkung an Maßnahmen gegen den Störer zu überzeugen, die zur Beseitigung des wichtigen Grundes geeignet sind. Im Falle der Unvermeidlichkeit der Kündigung der Gesellschaft – insbesondere mangels Unterstützung der übrigen Gesellschafter – sollte er im Übrigen vorsorglich hilfsweise die Mitgliedschaft nach § 725 Abs. 2 BGB n.F. kündigen. Geschieht dies nicht, wird man aber in der Regel eine Kündigung der Gesellschaft nach § 731 BGB n.F. in eine Kündigung der Mitgliedschaft umzudeuten haben, sofern sich aus den Umständen nicht ergibt, dass der kündigende Gesellschafter ausschließlich eine Kündigung der Gesellschaft erklären wollte.

(3) Fristlose Kündigung auch bei Gesellschaften ohne bestimmte Zeitdauer

Auffällig ist auch die Formulierung der Voraussetzungen einer Kündigung der Mitgliedschaft aus wichtigem Grund nach § 725 Abs. 2 BGB n.F. Die Regelung übernimmt im Wesentlichen den geltenden § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 und S. 6 BGB.⁴² Alte wie neue Regelung sehen eine Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund vor, wenn „für das Gesellschaftsverhältnis eine Zeitdauer vereinbart“ ist, so der Wortlaut des § 725 Abs. 2 S. 1 BGB n.F. Ungeregt bleibt damit die Möglichkeit der fristlosen Kündigung der Mitgliedschaft bei Gesellschaften, die auf unbestimmte Zeit vereinbart werden. Nach noch geltendem Recht ist das auch nicht regelungsbedürftig, weil nach § 723 Abs. 1 S. 1 BGB eine auf unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft ohnehin jederzeit ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden kann. Nach neuem Recht gilt aber auch für zeitlich nicht be-

41 RegE-Begründung (Fn. 1), 208 f. zu § 731 BGB n.F.

42 RegE-Begründung (Fn. 1), 200 zu § 725 Abs. 2 BGB n.F.

stimmte Gesellschaftsverhältnisse eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Jahresende. Das bedeutet, dass die Frist bis zum Ausscheiden bis zu 15 Monate lang sein kann. Vernünftigerweise muss die fristlose Kündigung der Mitgliedschaft auch bei Gesellschaften, die nicht für eine bestimmte Dauer vereinbart werden, möglich sein. Der wichtige Grund muss aber so schwerwiegend sein, dass die Einhaltung der Frist für eine ordentliche Kündigung nicht zumutbar ist.

bb) Anpassung des Rechts der OHG

Das neue Recht zur OHG passt die Kündigungsmöglichkeiten aus wichtigem Grund nunmehr dem neuen Recht der BGB-Gesellschaft an.⁴³ § 132 HGB n.F., der in Abs. 1 (wie bisher § 132 HGB) schon die Rechtsfolge der ordentlichen Kündigung (allerdings mit längerer Kündigungsfrist von 6 Monaten zum Ende eines Geschäftsjahres) entsprechend § 725 Abs. 1 BGB n.F. regelt, übernimmt in den Absätzen 2 - 6 praktisch inhaltsgleich alle Regelungen zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund, die auch in § 725 Abs. 2 - 6 BGB n.F. zu finden sind.

c) Zusammenfassung der Kündigungsmöglichkeiten nach neuem Recht

Ordentliche Kündigungen sind bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts ohne feste Laufzeit jederzeit, aber nur noch unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 3 Monaten zum Jahresende möglich, ansonsten zum Ablauf der vereinbarten Dauer. Abweichende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag sind möglich. Bei außerordentlichen Kündigungen ist künftig zu differenzieren in solche auf Kündigung der Mitgliedschaft und solche auf Kündigung der Gesellschaft. Letztere ist nur möglich, wenn der wichtige Grund so schwerwiegend ist, dass eine Fortsetzung der Gesellschaft für den kündigenden Gesellschafter unzumutbar ist. Das ist nur der Fall, wenn die Kündigung der Mitgliedschaft dem Interesse des kündigenden Gesellschafters nicht hinreichend Rechnung trägt und andere Sanktionen gegen den oder die Störer zur Störungsbeseitigung nicht ausreichend oder nicht umsetzbar sind. Die Rechtsfolge der Kündigung nach § 731 BGB n.F. in Form der Auflösung der Gesellschaft ist zudem abweichend von der aktuellen Rechtslage nach § 723 BGB zwingend und vertraglich nicht abän-

43 § 132 HGB n.F.; RegE-Begründung (Fn. 1), 289 vor Abs. 1 von § 132 HGB n.F.

derbar in eine solche auf Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters aus der Gesellschaft. Besteht der wichtige Grund zur Kündigung in der Vollendung des 18. Lebensjahres des Gesellschafters, ändert sich gegenüber der bisherigen Rechtslage nichts.

3. Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters führt nach geltendem Recht gemäß § 728 Abs. 2 BGB zur Auflösung der Gesellschaft. Demgegenüber führt derselbe Grund bei der OHG zum Ausscheiden des Gesellschafters gemäß § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB. Vertraglich kann in beiden Fällen etwas anderes bestimmt werden.

Nach neuem Recht führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters gemäß § 723 Abs. 1 Nr. 3 BGB n.F. und § 130 Abs. 1 Nr. 3 HGB n.F. zum Ausscheiden des Gesellschafters. Alternativ kann der Gesellschaftsvertrag die Auflösung der Gesellschaft für diesen Fall vorsehen. Das neue Recht gleicht die Rechtsfolgen dieses Ereignisses für BGB-Gesellschaften also denen an, die schon bisher für die OHG galten.

Für den Fall, dass der Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass die Gesellschaft im Falle der Insolvenz eines Gesellschafters aufgelöst wird, übernimmt § 730 Abs. 1 und 2 BGB n.F. die bisher in § 728 Abs. 2 S. 2 getroffene Regelung. Danach bleiben die übrigen Gesellschafter im Rahmen der ihnen gesellschaftsvertraglich eingeräumten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse, wie im Falle des Todes eines Gesellschafters bei Gefahr in Verzug zur Notgeschäftsführung berechtigt und verpflichtet. Dies ist eine bewusste Abweichung von der Regelung in § 736 Abs. 1 BGB n.F., wonach die Geschäftsführung und Vertretung in der Liquidationsphase allen Liquidatoren gemeinsam zusteht (vormals § 728 Abs. 2 S. 2 BGB), sofern dies im Gesellschaftsvertrag nicht abweichend geregelt ist. Dem Insolvenzverwalter steht die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis im Umkehrschluss aus § 730 Abs. 1 S. 4 BGB n.F. aber nicht zu.⁴⁴ Diese Regelung gilt über die Verweisungsnorm § 105 Abs. 3 HGB n.F. auch Anwendung im Recht der OHG, weil dort eine anderweitige Bestimmung fehlt.

Hinsichtlich des für die Folgen der Insolvenz eines Gesellschafters bestehenden Gestaltungsspielräume ist die neue Formulierung des Vorbehaltes anderweitiger Vereinbarungen in §§ 723 Abs. 1 BGB n.F., 130 Abs. 1 HGB

44 RegE-Begründung (Fn. 1), 208.

n.F. zu beachten. In § 131 Abs. 3 S. 1 HGB heißt es noch, dass hinsichtlich der Rechtsfolge eine vom Ausscheiden des Gesellschafters „abweichende vertragliche Bestimmung“ getroffen werden kann. Das lässt im Falle der Insolvenz auch die Möglichkeit zu, die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem insolventen Gesellschafter zu vereinbaren. Auf diese Weise werden Ansprüche auf Liquidationsüberschüsse (im Falle der Auflösung) oder Abfindung (im Falle des Ausscheidens) vermieden. Nach neuem Recht ist sowohl in der Formulierung des § 723 Abs. 1 BGB n.F. als auch des § 130 Abs. 1 HGB n.F. ausdrücklich zum Zwecke des Gläubigerschutzes bestimmt, dass alternativ zum Ausscheiden aus der Gesellschaft der Gesellschaftsvertrag nur die Auflösung der Gesellschaft vorsehen kann. Dies soll die genannte Möglichkeit der Umgehung von Gläubigeransprüchen ausschließen.⁴⁵

4. Kündigung der Mitgliedschaft durch einen Privatgläubiger des Gesellschafters

Gemäß § 725 BGB kann auch ein Privatgläubiger eines Gesellschafters einer BGB-Gesellschaft die Gesellschaft mit der Folge der Auflösung kündigen, und zwar ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist. Voraussetzung ist die vorherige Pfändung des Gesellschaftsanteils aufgrund eines nicht nur vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels.

Etwas strengere Voraussetzungen sieht § 135 HGB für die Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters einer OHG vor. Danach muss ein nicht nur vorläufig vollstreckbarer Titel über den Anspruch auf Dasjenige vorliegen, was dem Gesellschafter bei Auseinandersetzung der Gesellschaft zukommt. Der Gläubiger muss darüber hinaus auch innerhalb der letzten 6 Monate erfolglos eine Pfändung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters versucht haben. Die Kündigung ist nur unter Einhaltung einer Frist von 6 Monaten zum Ende eines Geschäftsjahres möglich. Dabei handelt es sich bei der OHG ohnehin immer um eine Kündigung der Mitgliedschaft und nicht der Gesellschaft, die nach Ausscheiden des gekündigten Anteils fortbesteht, § 131 Abs. 3 Nr. 4 HGB.

Da nach geltendem Recht diese Ausscheidensregelung in § 131 Abs. 3 HGB nur „mangels abweichender vertraglicher Bestimmungen“ gilt, kann der Gesellschaftsvertrag auch vorsehen, dass in einem solchen Fall die Gesellschaft mit dem von der Pfändung betroffenen Gesellschafter fortge-

⁴⁵ So ausdrücklich RegE-Begründung (Fn. 1), 197 zu § 723 Abs. 1 BGB n.F. am Ende.

führt wird.⁴⁶ Dies verhindert naturgemäß die Entstehung von wirtschaftlich durch den Pfändungsgläubiger verwertbaren Ansprüchen aus der Auflösung oder auf Abfindung. Die Problematik ist insoweit die gleiche wie im Falle der Insolvenz eines Gesellschafters.

Das neue Recht übernimmt für die OHG die Regelung des § 135 HGB praktisch inhaltsgleich⁴⁷ in § 133 HGB n.F.. Zu beachten ist, dass sich der geänderte Vorbehalt anderweitiger Vereinbarungen in § 130 Abs. 1 HGB n.F. hier auswirkt. Dadurch, dass es dort jetzt heißt, dass der Gesellschaftsvertrag anstelle des Ausscheidens des Gesellschafters alternativ nur noch die Auflösung der Gesellschaft vorsehen kann, ist die Vereinbarung eines Verbleibs des von der Pfändung betroffenen Gesellschafters in der Gesellschaft trotz Pfändung des Anteils nicht mehr möglich.⁴⁸ Der betroffene Gesellschafter scheidet also jedenfalls aus oder die Gesellschaft wird aufgelöst, so dass das Entstehen durch den Pfändungsgläubiger verwertbarer Abfindungs- oder Auseinandersetzungsansprüche nicht verhindert werden kann.

Zur BGB-Gesellschaft sieht das neue Recht in § 726 BGB n.F. nunmehr eine mit § 133 HGB n.F. bis auf die Kündigungsfrist wortgleiche Regelung vor. Auch bei der BGB-Gesellschaft führt die Kündigung der Privatgläubiger unter denselben Voraussetzungen zum Ausscheiden des von der Pfändung betroffenen Gesellschafters. Lediglich die vom Pfändungsgläubiger einzuhaltende Kündigungsfrist ist kürzer und beträgt nur 3 Monate zum Ende eines Geschäftsjahres (gegenüber 6 Monaten bei der OHG). Gesellschaftsvertraglich kann alternativ gemäß § 723 Abs. 1 BGB n.F. nur die Auflösung der Gesellschaft als Rechtsfolge vereinbart werden, nicht aber die Fortsetzung mit dem betroffenen Gesellschafter.⁴⁹

Die Kündigungsfrist von 3 Monaten, die für die kündigenden Gesellschafter gilt, wurde zum Schutz der BGB-Gesellschaft auch für den kündigenden Pfändungsgläubiger eingeführt, damit die Gesellschaft sich im Gegensatz zur bislang geltenden Regelung besser auf die Belastung durch die Erhebung von Abfindungsansprüchen einstellen kann.⁵⁰

46 K. Schmidt, in: MüKoHGB, § 131, Rn. 57; Roth, in: Baumbach/Hopt (Hrsg), Beck-scher Kurzkommentar: Handelsgesetzbuch, 40. Auflage, München 2021, § 131 Rn. 83.

47 RegE-Begründung (Fn. 1), 290 zu § 133 HGB n.F.

48 RegE-Begründung (Fn. 1), 197 zu § 723 Abs. 1 BGB n.F., die RegE-Begründung (Fn. 1), 287 kommentiert zu § 130 HGB n.F. die dort identische Änderung nicht gesondert.

49 RegE-Begründung (Fn. 1), 197 zu § 723 Abs. 1 BGB n.F.

50 RegE-Begründung (Fn. 1), 202 zu § 726 BGB N.F.BGB n.F.

5. Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund

Nach geltendem Recht haben die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft gemäß § 737 BGB die Möglichkeit, einen Gesellschafter aus wichtigem Grund auszuschließen. Dies gilt aber nur, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Fortsetzungsklausel für den Fall des Ausscheidens von Gesellschaftern enthält. Denn erst durch eine solche Bestimmung wird ein die Ausschlussmöglichkeit rechtfertigendes Bestandsinteresse der Gesellschafter deutlich.⁵¹ Allerdings ist diese Regelung weitgehend dispositiv. Daher kann trotz Fortsetzungsklausel das Ausschließungsrecht ausgeschlossen oder ein Ausschließungsrecht ohne Fortsetzungsklausel vereinbart werden.⁵²

Nach neuem Recht soll sich durch eine entsprechende Regelung in § 727 BGB n.F. inhaltlich nicht viel ändern.⁵³ Im künftigen Gesetzeswortlaut fehlt allerdings die noch in § 737 BGB enthaltene Voraussetzung, dass der Gesellschaftsvertrag eine Fortsetzungsklausel enthält. Dies hält der Gesetzgeber nach der Regierungsbegründung für konsequent, weil ja nunmehr die Fortsetzung der Gesellschaft bei Kündigung oder Ausschluss einzelner Gesellschafter der gesetzliche Regelfall ist.⁵⁴ Angesichts dieser Intention des Gesetzgebers stellt sich die Frage, ob das Ausschließungsrecht nach § 727 BGB n.F. entfällt, wenn der Gesellschaftsvertrag hinsichtlich der Beendigungsgründe in § 723 BGB n.F. anstelle des Ausscheidens der Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft vorsieht. Wenn der Gesetzgeber an der Ratio des bisherigen § 737 BGB nichts hat ändern wollen, wäre es konsequent gewesen, im neuen § 727 BGB n.F. vorzusehen, dass der Ausschluss nur möglich ist, wenn der Gesellschaftsvertrag bei der Kündigung eines Gesellschafters nicht die Auflösung der Gesellschaft anordnet. Da dies aber explizit in § 727 BGB n.F. nicht vorgesehen ist, wird es künftig ohne besondere Vereinbarung möglich sein, einzelne Gesellschafter aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft auszuschließen, wenn der Gesellschaftsvertrag für den Fall der Kündigung der Mitgliedschaft die Auflösung der Gesellschaft vorsieht. Will man solche Rechtsfolgen vermeiden, wird man dies künftig im Zusammenhang mit der Bestimmung, dass die Gesellschaft durch Kündigung eines Gesellschafters aufgelöst wird, mitberücksichtigen müssen. Es muss dann zusätzlich geregelt werden, dass die

51 Schäfer, in: MüKoBGB, § 737, Rn. 7; Schöne, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 57. Edition, München 2021, § 737 Rn. 4.

52 Schäfer, in: MüKoBGB, § 737, Rn. 16; Schöne, in: BeckOK BGB, § 737 Rn. 20; Sprau, in: Palandt (Hrsg.), § 737 Rn. 5.

53 RegE-Begründung (Fn. 1), 202 zu § 727 BGB n.F.

54 RegE-Begründung (Fn. 1), 202 zu § 727 BGB n.F.

Ausschließung aus wichtigem Grund gemäß § 727 BGB n.F. nicht möglich ist.

An der Voraussetzung, dass für den Ausschluss ein wichtiger Grund vorliegen muss, hat sich gegenüber der bisherigen Rechtslage nichts geändert. Der wichtige Grund entspricht den durch Verletzung oder Unmöglichkeit der Erfüllung wesentlicher Pflichten eines Gesellschafters in § 725 Abs. 2 S. 2 BGB n.F.⁵⁵ Der Ausschluss erfolgt nach neuer Regelung durch „Beschluss der anderen Gesellschafter“. Mit dieser Formulierung ist Einstimmigkeit gemeint, was folgerichtig ist, weil in einem neu eingefügten § 714 BGB n.F. vorgesehen ist, dass die Beschlussfassung – vorbehaltlich anderer gesellschaftsvertraglicher Regelung – der Zustimmung aller stimmberechtigten Gesellschafter bedarf. Die Rechtslage hat sich damit gegenüber dem derzeit noch geltenden § 737 BGB insoweit nicht geändert. Die dort gewählte Formulierung, das Ausschließungsrecht stehe „den übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu“, verlangt ebenfalls Einstimmigkeit, die ja auch hier grundsätzlich dispositiv ist.⁵⁶ Da die Beschlussfassung durch die „anderen“⁵⁷ Gesellschafter erfolgt, hat der betroffene Gesellschafter kein Stimmrecht, da er nicht Richter in eigener Sache sein kann. Dafür kann ihm aber das Recht, den Beschluss überprüfen zu lassen, nicht genommen werden.⁵⁸

Schließlich hat sich auch am Zeitpunkt des Wirksamwerdens eines solchen Beschlusses nichts geändert, die bisherige Regelung in § 737 S. 3 BGB findet sich nunmehr in § 723 Abs. 3 BGB n.F. Danach scheidet der ausgeschlossene Gesellschafter „sofort mit Mitteilung des Beschlusses durch die Gesellschaft aus.“⁵⁹ Schon zum alten Recht ist streitig, ob zum Zeitpunkt des Zugangs der Ausschlusserklärung ein den Ausschluss rechtfertigender wichtiger Grund tatsächlich vorliegen muss, damit die Ausschlussfolge eintritt.⁶⁰ Insoweit bringt auch das neue Recht keine Klarheit. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der Beschluss sofort nach Bekanntgabe an den ausgeschlossenen Gesellschafter wirksam wird und will „Friktionen“, die

55 RegE-Begründung (Fn. 1), 202 zu § 727 BGB n.F.

56 *Schäfer*, in: MüKoBGB, § 737, Rn. 13; *Schöne*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), § 737 Rn. 15; *Sprau*, in: Palandt (Hrsg.), § 737 Rn. 5.

57 Bisher in § 737 BGB formuliert: „die übrigen“.

58 *Schöne*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), § 737 BGB Rn. 16; *Schäfer*, in: MüKoBGB, § 737 Rn. 13.

59 RegE-Begründung (Fn. 1), 197 zu § 723 Abs. 3 BGB n.F.

60 Bejahend *Schäfer*, in: MüKoBGB, § 737, Rn. 14 mit OLG Hamm, NZG 2008, 21 und gegen OLG Karlsruhe NJW-RR 1997, 169.

sich bei einer rückwirkenden Aufhebung des Ausschlusses ergeben, der Klärung durch die Rechtsprechung vorbehalten.⁶¹

Schon nach bisherigem Recht ist der Ausschluss eines Gesellschafters einer OHG grundsätzlich anders geregelt. Nach § 114 HGB ist die Ausschließung eines Gesellschafters nicht durch Beschluss, sondern durch Urteil des zuständigen Gerichtes nach Erhebung einer Ausschließungsklage möglich. Die Neuregelung in § 134 HGB n.F. hat diesbezüglich nichts geändert.⁶² Durch das Gestaltungs-klageerfordernis wird Rechtssicherheit hinsichtlich des Kreises der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugten geschaffen, allerdings um den Preis der von den ausschließungswilligen Gesellschaftern zu tragenden Klagelast.⁶³

§ 134 HGB n.F. bestimmt ausdrücklich, dass der Gesellschaftsvertrag auch eine andere Regelung vorsehen kann, insbesondere also auch den Ausschluss eines Gesellschafters durch Gesellschafterbeschluss.⁶⁴

V. Übergangsvorschriften

Soweit sich Anpassungsbedarf in bestehenden Gesellschaftsverträgen deshalb ergibt, weil die Gesellschafter die mit der Gesetzesänderung eintretenden Änderungen nicht wünschen, sieht das Gesetz wichtige Übergangsvorschriften vor.

Grundsätzlich ist gemäß Art. 135 MoPeG davon auszugehen, dass das Gesetz am 1.1.2024 bzw. hinsichtlich einzelner Bestimmungen, die im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle spielen, am Tag nach der Verkündung in Kraft treten.

Insbesondere hinsichtlich der Anwendbarkeit der vorstehend besprochenen Änderungen der Vorschriften in §§ 723 bis 728 BGB ist aber eine Übergangsvorschrift in einem zusätzlichen Paragraphen mit noch zu treffender Zählbezeichnung im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vorgesehen.⁶⁵ Danach sind die derzeit geltenden §§ 723 bis 728 BGB über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des MoPeG hinaus weiter anzuwenden, wenn ein Gesellschafter bis zum 31.12. des Jahres des Inkrafttretens (also 2024) die Anwendung der alten Vorschriften gegenüber der Gesellschaft

61 RegE-Begründung (Fn. 1), 198 zu § 723 Abs. 3 BGB n.F. (am Ende).

62 RegE-Begründung (Fn. 1), 290 zu § 134 HGB n.F.

63 RegE-Begründung (Fn. 1), 197 zu § 723 Abs. 3 BGB n.F.

64 RegE-Begründung (Fn. 1), 290 zu § 134 HGB n.F.

65 Storz, GWR 2021, 7 unter VI.

schriftlich verlangt.⁶⁶ Der Gesetzgeber geht in der Gesetzesbegründung zu Recht von der Annahme aus, dass die Gesellschafter bei Abfassung des Gesellschaftsvertrages ganz bewusst in Kenntnis der Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches gerade zu den Vorschriften hinsichtlich der Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden eines Gesellschafters auf bestimmte abweichende Regelungen im Gesellschaftervertrag verzichtet haben können.⁶⁷

Voraussetzung für die Wirksamkeit eines solchen Änderungsverlangens ist jedoch, dass nicht vorher und innerhalb der genannten Frist ein zur Auflösung der Gesellschaft oder zum Ausscheiden eines Gesellschafters führender Grund eingetreten ist. Dadurch soll nach dem Willen des Gesetzgebers verhindert werden, dass der von einer Ausschließung betroffene Gesellschafter nicht im Nachhinein noch die Ausschließung in eine Auflösung der Gesellschaft verwandeln kann.⁶⁸ Ein solches Verlangen kann allerdings durch Gesellschafterbeschluss mit einer Mehrheit, die nach dem Gesellschaftsvertrag für dessen Änderung vorgesehen ist, zurückgewiesen werden. Dies ist schlüssig, weil der betroffene Gesellschafter durch die Übergangsregelung vor der Änderung des Gesellschaftsvertrages nicht besser geschützt sein kann als durch den Vertrag, den er selbst abgeschlossen hat.⁶⁹ Zu Einzelheiten der Auslegung der Übergangsregelung verweist die Gesetzesbegründung auf die Kommentierungen zu Art. 41 EGHGB, der als Übergangsregelung zum Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998 (BGBl. I. 1998, 1474) eingefügt und inzwischen wegen Zeitablaufs wieder aufgehoben wurde.⁷⁰

66 Art. 47 MoPeG, RegE (Fn. 1), 52.

67 RegE-Begründung (Fn. 1), 258.

68 RegE-Begründung (Fn. 1), 259.

69 RegE-Begründung (Fn. 1), 259.

70 *Schäfer*, in: Staub, HGB, 5. Aufl. 2009, § 131, Rn. 6; *K. Schmidt*, BB 2001, 1.