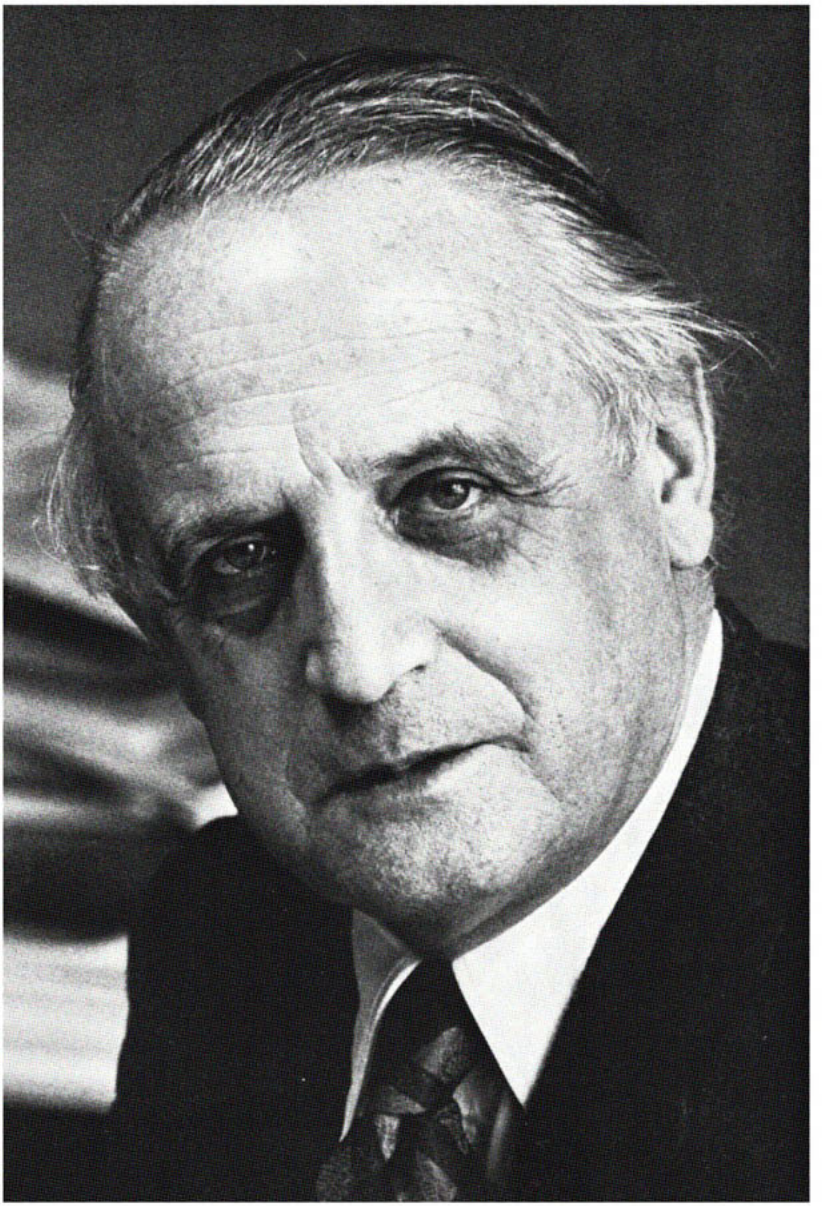
Wirtschaftsfragen
der
Gegenwart



Karl Hans Janz

WIRTSCHAFTSFRAGEN DER GEGENWART

Festschrift für

CARL HANS BARZ

zum 65. Geburtstag

am 6. Dezember 1974

Herausgegeben

von

Robert Fischer, Philipp Möhring

und

Harry Westermann

1974

Walter de Gruyter · Berlin · New York

ISBN 3 11 004264 9

Copyright 1974 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Satz und Druck: Saladruck, 1 Berlin 36
Buchbinderarbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe-GmbH, Berlin 61

Inhaltsverzeichnis

Zueignung IX

Verzeichnis der Veröffentlichungen von Carl Hans Barz 1

I. *Recht der Personengesellschaft*

KURT H. FREIHERR VON FALKENHAUSEN, Rechtsanwalt, Wetzlar:
Probleme des Kommanditvertrages 9

ROBERT FISCHER, Dr. iur. Dr. iur. h. c., Präsident des Bundesgerichtshofes, Karlsruhe:
Gedanken über einen Minderheitenschutz bei den Personengesellschaften 33

PHILIPP MÖHRING, Dr. iur. Dr. rer. pol. h. c., Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe, Honorarprofessor an den Universitäten Köln, Heidelberg und Salzburg:
Zur Zulässigkeit von Abfindungsklauseln in den Verträgen der Handelsgesellschaften 49

WOLFGANG SCHILLING, Dr. iur., Rechtsanwalt, Honorarprofessor an der Universität Heidelberg:
Die GmbH & Co KG als Einheitsgesellschaft 67

HARRY WESTERMANN, Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Münster:
Ausgleichsansprüche des Kommanditisten, dessen Haftsumme die Pflichteinlage übersteigt, bei Inanspruchnahme von Gläubigern der KG 81

II. *Recht der juristischen Personen*

ERNST GESSLER, Dr. iur., Honorarprofessor an der Universität Bonn, Ministerialdirektor a. D.:
Zur Anfechtung wegen Strebens nach Sondervorteilen (§ 243 Abs. 2 AktG) 97

REINHARD GOERDELER, Dr. iur., Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt, Vorstandsmitglied der Vereinigte Deutsche Treuhand-Gesellschaft, Frankfurt:
Das Ausscheiden aus der GmbH nach geltendem und künftigem Recht 113

HANS HENGELER, Dr. iur. h. c., Rechtsanwalt, Düsseldorf:
Versorgungszusagen in fehlerhaften Vorstandsverträgen 129

GEORG HOHNER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Frankfurt:
Die Bereinigung fehlerhafter GmbH-Anteile 147

OTTO KUNZE, Professor Dr. rer. pol., Rechtsanwalt, Düsseldorf:
Unternehmensträger-Stiftung und Unternehmensrechtsreform .. 171

KARL HEINZ LEHMANN, Dr. iur., Rechtsanwalt, Frankfurt:
Zur rechtlichen Beurteilung von Vorstandsverträgen mit nicht beschlußfähigem Aufsichtsratsausschuß 189

MARCUS LUTTER, Dr. iur., ordentlicher Professor an der Ruhr-Universität Bochum:
Teilfusionen im Gesellschaftsrecht 199

FREDERICK ALEXANDER MANN, F. B. A., Dr. iur., LLD, Rechtsanwalt in London; Honorarprofessor an der Universität Bonn, Associé de l'Institut de Droit International:
Bemerkungen zum Internationalen Privatrecht der Aktiengesellschaft und des Konzerns 219

HEINZ MAYER-WEGELIN, Dr. iur., Bad Homburg:
Das Aktienpaket. Teilaspekt einer Veränderung des Rechts 239

HANS-JOACHIM MERTENS, Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Frankfurt:
Zur Existenzberechtigung der Kommanditgesellschaft auf Aktien 253

JOACHIM MEYER-LANDRUT, Dr. iur., Rechtsanwalt, Düsseldorf:
Die Vorstandshaftung gegenüber sog. Neugläubigern bei Verletzung der Konkursantragspflicht des § 92 Abs. 2 AktG 271

WALTER OPPENHOFF, Dr. iur., Rechtsanwalt, Köln:
Zum Umkreis der von § 114 AktG Betroffenen 283

WINFRIED WERNER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Chefsyndikus der Deutschen Bank AG, Frankfurt:
Anfechtungsklage und Auskunftserzwingungsverfahren 293

III. *Bilanzierung und Steuerrecht*

CARSTEN P. CLAUSSEN, Dr. iur., MdBü., Rechtsanwalt, Vorstandsmitglied der Gerling Global Bank AG, Hamburg:
Sinngehalt und Ausformung der Sonderprüfung wegen Unterbewertung 317

KARL-HEINZ FORSTER, Dr. rer. pol., Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Honorarprofessor an der Universität Frankfurt, Vorstandsmitglied der TREUARBEIT AG, Frankfurt:
Überlegungen zur Bewertung in Abwicklungs-Abschlüssen 335

HANS J. FRANK, Dr. iur., Rechtsanwalt, New York City, New York und Washington, D. C.;
GERHARD HAAS, Dr. rer. pol., Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, München;
WOLFGANG SCHEUER, Dr. rer. pol., Rechtsanwalt, München:
Die Zwischengesellschaft und ihre amerikanischen Schwestern .. 349

HANS HAVERMANN, Diplom-Kaufmann, Wirtschaftsprüfer, Vorstandsmitglied der Vereinigte Deutsche Treuhand-Gesellschaft, Köln:
Zur Bilanzierung von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften in Einzel- und Konzernabschlüssen. Einige Anmerkungen zum Equity-Accounting 387

KONRAD MELLEROWICZ, Dr. rer. pol., ordentlicher Professor an der Technischen Universität Berlin:
Leasing-Geschäfte und ihre Bilanzierung — eine Lücke im Aktiengesetz 409

IV. *Allgemeines zum Wirtschaftsrecht*

HORST BARTHOLOMEYCZIK, Dr. iur., em. ordentlicher Professor an der Universität Mainz:
Unlauterer, relevanter und potentieller Wettbewerb 431

HELMUT COING, Dr. iur. Drs. h. c., ordentlicher Professor an der Universität Frankfurt, Direktor des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte:
Zur Rechtsstellung des gutgläubigen Wechselerwerbers. Der Entwurf der Kommission für internationales Handelsrecht bei den Vereinten Nationen im Vergleich zur Genfer Wechselrechtskonvention 443

JOACHIM KNIESCH, Dr. iur., Bundesrichter i. R., Verwaltungsgerichtspräsident i. R., Frankfurt:
Subventionen nach Art. 104 a Grundgesetz und ihre rechtliche Überprüfbarkeit 459

ALEXANDER KNUR, Dr. iur., Notar, Bonn-Bad Godesberg, außerplanmäßiger Professor an der Universität Bonn:
Die Gütergemeinschaft im Blickfeld des Erbschaftsteuergesetzes 1974 475

GERHARD MÜLLER, Dr. iur., Präsident des Bundesarbeitsgerichts, Kassel, Honorarprofessor an der Universität zu Köln:
Einigungsstelle und tarifliche Schlichtungsstelle nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972 489

RUDOLF NIRK, Dr. iur., Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe, Honorarprofessor an der Universität Heidelberg:
Zum Begriff und Inlandsschutz des „Handelsnamens" (Nom commercial) im deutschen und französischen Recht gemäß Art. 8 PVÜ. 509

ALBRECHT STOCKBURGER, Rechtsanwalt und Notar, Frankfurt:
Die Zulassung von Personen zum Börsenhandel mit Wertpapieren im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG 525

HARM PETER WESTERMANN, Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Bielefeld:
Das Verhältnis von Standesregeln und guten Sitten im Wettbewerbsrecht 545

HERBERT WIEDEMANN, Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität zu Köln:
Unternehmerische Verantwortlichkeit und formale Unternehmensziele in einer zukünftigen Unternehmensverfassung. Eine rechtsvergleichende und rechtpolitische Studie. 561

Zueignung

Es ist uns eine große Freude, Ihnen im Namen aller Ihrer Freunde und Kollegen zur Vollendung des 65. Lebensjahres unsere herzlichen Glückwünsche auszusprechen und Ihnen diese Festschrift zu überreichen.

Schon mit jungen Jahren haben Sie im Rahmen einer Anwaltsgemeinschaft, die besonders dem Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht verbunden war, mit einer Fülle von wissenschaftlichen Beiträgen das Schrifttum auf das fruchtbarste bereichert. Es nimmt daher nicht wunder, daß Sie mit Ihrem Wissen und Ihrer Tatkraft schon bald zu den führenden Praktikern auf diesem Gebiete zählten, dessen Schaffen dort nicht wegzudenken ist, wo gesellschaftsrechtliche und wirtschaftsrechtliche Probleme im Vordergrund stehen. Ungeachtet Ihrer ungewöhnlichen beruflichen Belastung haben Sie es während Ihrer ganzen Tätigkeit nicht daran fehlen lassen, auch weiterhin Ihr Wissen auszubreiten. Kommentare, Zeitschriftenaufsätze und anderweitige Publikationen legen ein beredtes Zeugnis hiervon ab. Für alle, nicht nur für jene, die mit diesen Rechtsfragen wissenschaftlich konfrontiert sind, ist es von größtem Wert, daß ein Kenner der Materie wie Sie, der zugleich Pragmatiker ist, seine vielfältigen Erfahrungen immer wieder zum Anlaß nimmt, sie neu zu durchdenken.

Was Sie sagen und schreiben, ist nicht am Schreibtisch ersonnen, sondern beruht auf Erkenntnissen und eigenen Anschauungen, die Sie in täglicher Arbeit gewinnen konnten. Neben dieser so produktiven publizistischen Tätigkeit zeichnet Sie auch eine besonders klare Darstellungsweise aus. Sie sind kein Freund vieler Worte, wohl aber der richtigen und gut gewählten, wie jeder von uns aus Gesprächen mit Ihnen und aus Ihren Vorträgen weiß.

So liegt das Geheimnis der Wirkung Ihrer Persönlichkeit gewiß zu einem guten Teil auch in der Fähigkeit, die richtigen Akzente zu setzen, wenn es darum geht, den Problemen in ihrer spezifisch juristischen und wirtschaftlichen Bedeutung gerecht zu werden.

Keiner von uns, die wir Ihnen diese Beiträge als Zeichen des Dankes für Ihr Schaffen und Ihr Wirken widmen, hat sich je dem überzeugenden Einfluß Ihrer Persönlichkeit entziehen können.

Nehmen Sie also, lieber, sehr verehrter Herr Barz, dieses Buch hin als Gabe von Freunden, die dankbar sind für alle Anregungen, die sie von Ihnen erfahren durften und die hoffen, daß dem noch lange so sein wird.

Verzeichnis der Veröffentlichungen von Carl Hans Barz

1933

Das Klagezurücknahmeversprechen. Dissertation Frankfurt am Main 1933, 73 S. Erschienen als Heft 15 der Reihe: Beiträge zum Zivilprozeß, hrsg. von Wilhelm Kisch, Albrecht Mendelssohn Bartholdy und Max Pagenstecher. Deutsches Druck- u. Verlagshaus GmbH, Mannheim/Berlin/Leipzig 1933.

1936

Anmerkung zum Urteil des OLG Königsberg vom 16. 4. 1936 (Zum Grundsatz der Surrogation in der Zwangsversteigerung). In: JW 1936, 2359.

Anmerkung zum Urteil des RG vom 4. 9. 1936 (RGZ Bd. 152, 119) (Zu § 242 BGB). In: JW 1936, 3530.

Hesse-Saage-Fischer, Kommentar zur Grundbuchordnung. 1. Aufl. Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin 1936. In: JW 1936, 3225. (Besprechung)

1937

Das Mindestgrundkapital im neuen Aktiengesetz unter besonderer Beachtung der Übergangsregelung. In: JW 1937, 1688 ff.

Die Verantwortlichkeit der Aktionäre für Fehler in der Geschäftsführung, die auf ihre Veranlassung vom Vorstand begangen wurden. (Landesreferat auf dem II. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Den Haag 1937.) In: Sonderheft der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1937, 373 ff.

Anmerkung zum Urteil des RG vom 16. 2. 1937 (Zur Kündigung des Handelsvertreters aus wichtigem Grund). In: JW 1937, 1311.

Anmerkung zum Urteil des RG vom 8. 12. 1936 (RGZ 154, 65) (Zur Haftung der Gründer einer Aktiengesellschaft). In: JW 1937, 1990.

Anmerkung zum Urteil des RG vom 29. 1. 1937 (Zum aktienrechtlichen Anfechtungsprozeß). In: JW 1937, 2276.

Anmerkung zum Urteil des RG vom 6. 4. 1937 (Zu § 60 HGB). In: JW 1937, 2655.

Lehmann, Heinrich: Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart und Berlin 1937. In: JW 1937, 2441 f. (Besprechung)

1938

Vertraglicher Kündigungsausschluß bei Personalgesellschaften. Ein Beitrag zur „Kapitalistischen Kommanditgesellschaft". In: JW 1938, 490 ff.

Anmerkung zum Urteil des RG vom 29. 10. 1937 (Zum Börsentermingeschäft). In: JW 1938, 238.

Anmerkung zum Urteil des RG vom 2. 2. 1938 (RGZ 157, 52) (Zur Stimmrechtsermächtigung für gepfändete GmbH-Anteile). In: JW 1938, 1400.

Obst, Georg: Geld-, Bank- und Börsenwesen. 30. Aufl. Verlag C. E. Poeschel. Stuttgart 1937. In: JW 1938, 361. (Besprechung)

Grossmann, H.: Der Jahresabschluß der Aktiengesellschaft. Industrieverlag Spaeth & Linde, Berlin 1938. In: JW 1938, 1157. (Besprechung)

1940

Hesse-Saage-Fischer: Kommentar zur Grundbuchordnung 2. Aufl. Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin 1939. In: DR 1940, 151. (Besprechung)

1941

Anmerkung zum Urteil des RG vom 26. 10. 1940 (Zur Vereinbarung eines Sondervorteils für den Gründer einer GmbH). In: DR 1941, 506.

Anmerkung zum Urteil des RG vom 28. 11. 1940 (Zur Firmierung einer Kommanditgesellschaft). In: DR 1941, 874.

Anmerkung zum Urteil des RG vom 6. 1. 1940 (Zum Ausscheiden eines Kommanditisten aus der Kommanditgesellschaft). In: DR 1941, 1303.

Anmerkung zum Urteil des RG vom 20. 2. 1941 (Zur Innengesellschaft). In: DR 1941, 1408.

Anmerkung zum Urteil des RG vom 28. 4. 1941 (Zur Anfechtung und zum Rücktritt vom Gesellschaftsvertrag einer oHG). In: DR 1941, 1944.

Anmerkung zum Urteil des RG vom 12. 6. 1941 (Zum Auskunftsrecht des Aktionärs). In: DR 1941, 2124.

1942

Anmerkung zum Urteil des RG vom 11. 9. 1941 (Zur Haftung aus Anscheinsvollmacht im bürgerlichen Recht). In: DR 1942, 172.

Anmerkung zum Urteil des RG vom 1. 9. 1941 (Zur Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses wegen Sittenwidrigkeit). In: DR 1942, 278.

Künne, Karl: Außergerichtliche Vergleichsordnung. 4. Aufl. Deutscher Rechtsverlag GmbH, Berlin/Leipzig/Wien 1942. In: DR 1942, 1780. (Besprechung)

1943

Anmerkung zum Urteil des RG vom 7. 12. 1942 (Zum Gesellschafterausschluß aus oHG oder KG). In: DR 1943, 809.

1947

Treuhandverwaltung und persönliche Haftung des Vermögensinhabers. In: NJW 1947/48, 44 ff.

Dölle, Hans und Konrad Zweigert: Gesetz Nr. 52 über Sperre und Beaufsichtigung von Vermögen. Kommentar. Verlag C. E. Poeschel, Stuttgart 1947. In: NJW 1947/48, 98. (Besprechung)

1948

Aufbauverträge und Umstellungsgesetz. In: NJW 1947/48, 537 ff.

1957

Grenzen des Auskunftsrechts des Aktionärs (Gutachten). In: BB 1957, 1253 ff.

1959

Die Feststellung der Bilanz. In: Beiträge zur Aktienrechtsreform, hrsg. von Hans Hengeler, Max Kreifels u. a., Verlagsgesellschaft „Recht und Wirtschaft" m. b. H., Heidelberg 1959, S. 61 ff.

Know how als Einbringungsgegenstand. In: Aktuelle Probleme aus dem Gesellschaftsrecht und anderen Rechtsgebieten. Festschrift für Walter Schmidt zum 70. Geburtstag. Berlin, Verlag Walter de Gruyter & Co., 1959, S. 157 ff.

1961

Aktiengesetz. Großkommentar. Begründet von W. Gadow, E. Heinichen u. a. 2. Aufl. bearbeitet von Carl-Hans Barz u. a. Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1961 ff. §§ 203—232 (1965).

Barz, Carl Hans und Rolf Berninger: Offene Handelsgesellschaft. In: Der Wirtschafts-Kommentator, Teil D: Wirtschaftsrecht II D I/3. Verlag Kommentator G. m. b. H. Frankfurt am Main 1961, IV + 78 S.

Bericht über die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins zur Aktienrechtsreform. In: Die AG 1961, 149 ff.

1962

Barz, Carl Hans und Rolf Berninger: Kommanditgesellschaft. In: Der Wirtschafts-Kommentator, Teil D: Wirtschaftsrecht II D I/4. Verlag Kommentator G. m. b. H., Frankfurt am Main 1962 IV + 28 S.

Das Frankfurter Publizitätsgespräch. Vorträge und Diskussionen der gleichnamigen Tagung in Königstein/Ts. am 13. und 14. April 1962. Hrsg. von den Veranstaltern Carl Hans Barz u. a.. Fritz Knapp Verlag Frankfurt/Main 1962. Diskussionsbeitrag S. 121. Schlußwort S. 294 ff.

Die große Hauptversammlung. In: Die AG 1962, Sonderbeilage I, 1 ff.

Geldeinlage-Zahlungen der Gesellschafter vor Eintragung der GmbH. In: GmbH-Rdsch. 1962, 189 ff.

1963

Die Reform des GmbH-Rechts. (Referat auf dem 32. Deutschen Anwaltstag in Goslar 1963.) In: GmbH-Rdsch. 1963, 124 ff.

1964

Rittner, Fritz: Handelsrecht und Zugewinngemeinschaft. Sonderdruck aus: FamRZ 1961, 1 ff., 185 ff. und 505 ff. Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1962. In: Z. f. d. g. Handels- und Wirtschaftsrecht 1964, 170 ff. (Besprechung)

1965

Gestaltungen in der erbrechtlichen Praxis heute. In: Sonderheft der DNotZ zum Deutschen Notartag 1965, 52 ff.

Kuhn, Ottmar: Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften. Tübingen, Verlag J. C. B. Mohr 1964. In: Jur. Rdsch. 1965, 198. (Besprechung)

Hartmann, Bernhard: Der lästige Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis. 2. Aufl. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln-Marienburg 1963. In: Jur. Rdsch. 1965, 359. (Besprechung)

1966

Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag mit ausländischer Aktiengesellschaft. Einschränkende Auslegung des § 293 Abs. 2 AktG. In: BB 1966, 1168.

Die durch die Aktienrechtsreform 1965 veranlaßten Satzungsänderungen. In: Die AG 1966, 39 ff.

1970

Aktiengesetz. Großkommentar. Begründet von W. Gadow, E. Heinichen u. a. 3. Aufl. bearbeitet von Carl-Hans Barz u. a. Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1970 ff. §§ 23—75, 118—147, 258—261, 278—290, 329—338.

Kapitalfragen im Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes. In: Rechtspolitik und Gesetzgebung, hrsg. von Ernst Geßler u. a., Bd. 1 GmbH-Reform, Bad Homburg v. d. H./Berlin/Zürich, Verlag Dr. Max Gehlen, 1970, S. 37 ff.

Mängel bei der Gründung einer GmbH. In: Blick durch die Wirtschaft, hrsg. von der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, Nr. 85 vom 13. 4. 1970.

Probleme der GmbH-Reform. Zugleich Bericht über die Arbeitstagung „GmbH-Reform" in Bonn vom 29. 9. — 1. 10. 1969. Heft 25 der Schriftenreihe: Rechtsfragen der Handelsgesellschaften. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln-Marienburg 1970. In: GmbH-Rdsch. 1970, 103. (Besprechung)

1972

Rechtliche Fragen zur Verschmelzung von Unternehmungen. (Vortrag vor der Deutschen Gesellschaft für Betriebswirtschaft 1970.) In: Die AG 1972, 1 ff.

Das 50 : 50 Gemeinschaftsunternehmen und das Konzernrecht. In: Beiträge zum Wirtschaftsrecht. Festschrift für Heinz Kaufmann zum 65. Geburtstag. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln-Marienburg 1972, S. 59 ff.

Listenwahl zum Aufsichtsrat. In: Freundesgabe für Hans Hengeler zum 70. Geburtstag. Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg/New York, 1972, S. 14 ff.

Die vertragliche Entnahmeregelung bei oHG und KG. In: Festschrift für Alexander Knur zum 75. Geburtstag. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1972, S. 25 ff.

Gesellschaftsrecht und Umwandlungsrecht. Übrige Rechtsnormen. In: Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, hrsg. von Arno Sölter und Carl Zimmerer, Verlag Moderne Industrie, München 1972, S. 247 ff.

Das Ende der GmbH & Co. KG. In: NJW 1972, 465 ff.

1973

Gesellschaftsvertragliche Regelung der Übertragung einer Kommanditbeteiligung. In: Festschrift für Wilhelm Westenberger zum

70. Geburtstag. Verlag Herbert Lang & Cie AG, Bern und Frankfurt 1973, S. 29 ff.
Abänderung festgestellter Jahresabschlüsse einer Aktiengesellschaft. In: Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht. Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag. Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin 1973, S. 127 ff.
Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff: Aktiengesetz. Kommentar. Lfgn 1—3, Verlag Franz Vahlen, München 1973. In: NJW 1973, 1873 f. (Besprechung)
Barz, Carl Hans und Georg Hohner: Zum Schachtelprinzip bei „Zwischenschaltung" einer Personengesellschaft. In: DB 1973, 2109 ff.
Formular-Kommentar. Formulare für Freiwillige Gerichtsbarkeit und Vertragsgestaltung mit Erläuterungen. Hrsg. von Egon Arnold, Georg Augustin, Kurt Bartenbach, Carl Hans Barz u. a. 1. Band: Handels- und Wirtschaftsrecht I. Unter Mitwirkung von Wilhelm Happ neu bearbeitet von Carl Hans Barz, Gerhard Boldt u. a. 21. Aufl. Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München 1973.

I. RECHT DER PERSONENGESELLSCHAFTEN

Probleme des Kommanditvertrages

Kurt Freiherr von Falkenhausen

Der folgende Beitrag ist in erster Linie praktischen Fragen gewidmet, die bei der Gestaltung des Kommanditvertrages anscheinend häufig nicht gesehen oder doch nicht ausreichend überdacht werden, obwohl ihre den Gegebenheiten des Falles glücklich angepaßte Lösung für das spätere Funktionieren und Gedeihen der Gesellschaft entscheidend sein kann. Einige der angestellten Erwägungen könnten auch de lege ferenda als Anregungen von Interesse sein, eine erschöpfende Behandlung ist jedoch im gegebenen Rahmen weder möglich noch beabsichtigt.

Die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft hat der Gesetzgeber so fast umfassend geregelt, daß eine auf den gesetzlichen Mindestinhalt und einige Entscheidungen zu den vom Gesetzgeber eingeräumten Wahlmöglichkeiten beschränkte Satzung die Bedürfnisse der meisten Fälle decken wird. Auch in der GmbH wird man in der Regel mit wenigen, dem Einzelfall angepaßten Ergänzungen im übrigen bewährter Muster auskommen können.

Die Kommanditgesellschaft bietet dagegen bei einem Minimum, noch dazu überwiegend dispositiver, gesetzlicher Rahmenvorschriften, — und weitgehend gerade hierdurch bedingt, — eine so ungeheure Fülle individueller Gestaltungsmöglichkeiten, wie wohl kein anderer Gesellschaftstyp. Sie werden in der Praxis auch in voller Breite (und gelegentlich vielleicht auch noch darüber hinaus) ausgeschöpft. Deshalb sollte jeder Kommanditvertrag ein Maßanzug sein, der, eigens auf die speziellen Bedürfnisse der Gesellschafter zugeschnitten, bei jeder Bewegung bequem sitzt, weder drückt noch Falten schlägt und auch nicht in den Nähten reißt, wenn man einmal in die Knie gehen muß.

I.

1.

Das setzt voraus, daß die Parteien sich klar werden und auch aussprechen, was genau sie wollen, und, wichtiger noch, was sie jedenfalls nicht wollen. Erst anhand dieser Klarheit können die Abläufe des gesellschaftlichen Geschehens in ihren Varianten durchgespielt, wahrscheinliche oder mögliche Verschiebungen der Gegebenheiten in die Erörterung einbezogen und ihnen gemäße Lösungen entwickelt werden.

2.

Soweit und solange die Interessen der Beteiligten parallel laufen, werden sich die Dinge mehr oder weniger von selbst regeln. Was vertraglich festgelegt werden muß, sind mithin in erster Linie Kollisionsnormen, die einen gemessen an den jeweiligen Umständen billigen Ausgleich widerstreitender Interessen ermöglichen.

Mit dem Hinweis auf die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze ist den Beteiligten nur wenig geholfen. Ihre Übertragung auf den konkreten Fall ist schwierig, denn mancher Tatbestand läßt verschiedene Deutungen zu; vielfach hängt die Entscheidung auch von Nuancen ab, für die das Schrifttum keine Hinweise bietet. Auch werden die Beteiligten oft aus persönlichen, familiären oder unternehmerischen Rücksichten vor Prozessen zurückschrecken, zumal wenn deren Ausgang nicht völlig gesichert erscheint. Wenn jedoch der Gesellschaftsvertrag die streitige Frage regelt oder doch die dem Vertragswillen entsprechende Regelung mit überzeugender Deutlichkeit aus ihm gefolgert werden, sich also niemand hinter einer behaupteten Ungewißheit verschanzen kann, wird man eher bereit sein, sich dem geschriebenen Wort zu beugen.

Natürlich ist es ausgeschlossen, jeden absehbaren Fall und erst recht die Fälle unvorhersehbarer Komplikationen vorausschauend kasuistisch zu regeln, — obwohl auch das oft genug versucht wird. Es wird also darauf ankommen, fallbezogene, d. h. so genau wie irgend möglich an die unternehmerischen Pläne der demnächstigen Gesellschafter angepaßte Generalklauseln als Spielregeln zu entwickeln, an die die Beteiligten sich halten und deren Innehaltung sie fordern können.

Dabei läßt sich gelegentlich eine Gestaltung finden, die die gegenläufigen Interessen so gewichtet, daß sie sich gegenseitig auf die gewünschte Lösung hin auspendeln und Exzesse sich von selbst totlaufen. Eine solche „negative Rückkoppelung“ ist jedem anderen Mechanismus vorzuziehen.

3.

Eine Kommanditgesellschaft kann in die Lage kommen, auch ihre Verfassung unerwarteten Änderungen der Verhältnisse anpassen zu müssen. Deshalb gilt hier in besonderem Maße die alte Regel, daß eine gute Satzung Freizügigkeit und Anpassungsmöglichkeiten nur insoweit versperren soll, als das zur Sicherung der Beteiligten unerläßlich ist. Das setzt voraus, daß diese Schutzbedürfnisse so genau wie möglich „definiert“, d. h. sowohl „beschrieben“ wie „eingegrenzt“ werden. Je präziser die Definition ist, desto größer kann der Freiheitsraum gehalten werden, ohne daß schuztbedürftige Interessen gefährdet werden.

4.

Hierher gehört auch die Bestimmung genauer Unternehmensziele. Damit ist mehr gemeint als die Bestimmung des „Unternehmenszwecks“: hier gilt es u. a. die Prioritäten festzulegen, z. B. wie weit und unter welchen Voraussetzungen die Gesellschafter eine expansive Politik, etwa unter Inkaufnahme von Nachschüssen oder der Aufnahme neuer Gesellschafter oder zu Lasten der Gewinnausschüttung mitmachen müssen, wie hoch die Geschäftsführung ins Risiko gehen darf, ob bei Überschreitung gewisser Grenzwerte ein Gesellschafter — nur — ausscheiden darf oder — auch — ein Vetorecht haben soll, wie lange er bei ungünstiger Entwicklung stillhalten muß und ähnliches. Jede Verfassung eines nicht ganz unbedeutenden Unternehmens sollte einen Konsens zumindest über solche Grundprinzipien enthalten; wenn nicht im Gesellschaftsvertrag selbst, dann in Form eines Zusatzvertrages oder Grundsatzbeschlusses, die nur in festgelegter Weise geändert werden können.

II.

Zu besserer Übersicht der verschiedenen Interessengegensätze, für die Lösungsmöglichkeiten vorgesehen werden sollten, bietet sich folgende Gruppierung an:

Nach Beteiligten:
- zwischen dem oder den Komplementären und dem oder den Kommanditisten,
  — wohl der wichtigste und häufigste Fall —
- zwischen den Mitgliedern jeder dieser beiden Gruppen,
- Außenseiterinteressen einzelner Gesellschafter,
  — Komplementäre wie Kommanditisten —.

Nach Gegenständen:
- Information und Mitwirkung im laufenden Geschäft,
- Grundsatzentscheidungen,
- Unüberbrückbare Meinungsverschiedenheiten,
- Sonderinteressen außergesellschaftlicher Begründung.

1.

Der Gegensatz zwischen Komplementär und Kommanditist tritt bei Fragen der Kontrolle und Mitwirkung am stärksten hervor. Das Gesetz geht von der Vorstellung aus, daß der Komplementär als Träger des unbeschränkten Risikos und damit eigentlicher Unternehmer auch

freie Entscheidung haben müsse und außer in Sonderfällen nicht behindert werden dürfe. Es räumt deshalb den Kommanditisten nur ein Minimum von Rechten ein:

— Sie haben Anspruch auf eine Abschrift der Jahresbilanz und
— dürfen deren Richtigkeit anhand der Bücher prüfen
  — § 166 Abs. 1 HGB —,
— sie können außerordentlichen Geschäften widersprechen
  — § 164 HGB —.

Das ist im Regelfall alles. Obwohl die Kommanditisten rechtlich als „Mitunternehmer" gelten, sind nach dem Gesetz ihre Rechte und Einwirkungsmöglichkeiten weit geringer als etwa die des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft.

Daß mit einer solchen Regelung — trotz mancher Modifizierung durch Rechtsprechung und Lehre — heute meist nicht mehr auszukommen ist, liegt auf der Hand. Die Kommanditgesellschaft hat den Raum, den ihr das Leitbild des Gesetzgebers zuweist, gesprengt. Auch die wenigen Rechte selbst, die das Gesetz dem Kommanditisten zugesteht, bieten ihm nicht mehr das, was sie früher einmal gewesen sein mögen.

Angesichts immer komplizierter und wechselvoller gewordener Wirtschaftsabläufe ist die Substanzstatik der Bilanz gegenüber der Dynamik der Ertragsrechnung, insbesondere der Bewertung zukünftiger Ertragschancen relativ uninteressant geworden. Auch in der Wirtschaftsprüfung selbst ist die hier vom Gesetzgeber angesprochene Kontrolle der Ordnungsmäßigkeit gegenüber der betriebswirtschaftlichen Bewertung der getroffenen Entscheidungen in den Hintergrund getreten.

a) Auch wenn unter dem Gesetzesbegriff „Bilanz" nicht mehr diese allein verstanden wird, sondern ein noch den Regeln ordnungsmäßiger Buchführung entsprechender Abschluß, der Handelsbilanz, Gewinn und Verlustrechnung und auch die Steuerbilanz[1] umfaßt, kann der Kommanditist damit doch noch recht wenig anfangen. Ohne eine angemessene Tiefengliederung und ohne entsprechende Erläuterung, wie sie für die Aktiengesellschaft nicht ohne guten Grund zwingend vorgeschrieben sind, ist die Aussagekraft eines solchen Abschlusses minimal. Der Kommanditist erfährt gerade, welchen Gewinn (oder Verlust) der oder die Komplementäre — nicht etwa erzielt, sondern nur — auszuweisen sich entschlossen haben[2], aber über das Warum

[1] *Baumbach-Hueck* HGB § 166, Anm. 2 A, Großkommentar z. HGB (früher RGR) § 166, Anm. 1.

[2] Großkommentar § 166, Anm. 2.

dieses Entschlusses, über bestehende Alternativen und vor allem über die in dem Abschluß steckenden Risiken erfährt er nichts. Denn weitere Auskünfte — über etwa das hinaus, was er für seine Steuererklärung wissen muß[3] —, stehen ihm, da und soweit die Bilanzfeststellung nicht seine Sache ist, nicht zu[4].

Auch das Prüfungsrecht hilft hier nicht weiter, denn es kann — normalerweise — nur persönlich ausgeübt werden[5]. Welcher Kommanditist ist aber in der Lage, den Abschluß seiner Gesellschaft zu prüfen? Selbst wenn er die entsprechenden Fachkenntnisse hat, hat er jedenfalls nicht die für die Prüfung eines Buchwerkes nötige Zeit.

Auf der anderen Seite würde eine solche Prüfung durch den Kommanditisten — oder gar mehrere von ihnen — auch für die Buchhaltung des Unternehmens selbst eine kaum zu bewältigende Belastung bedeuten.

Schließlich muß der Fälle gedacht werden, in denen selbst der vollkommenste und informativste Jahresabschluß kein deutliches Bild von Lage und Aussichten der Gesellschaft mehr vermitteln kann, weil der Raster jährlicher Berichterstattung für eine sinnvoll vergleichende Darstellung ihres wechselvollen Geschäfts einfach zu grob ist, wo also monatliche oder vierteljährliche Zwischenberichte unerläßlich sind. Auch auf ihre Mitteilung oder Einsicht hat der Kommanditist zunächst keinen Anspruch[6].

Wo der Kommanditist aktiv am Leben der Gesellschaft teilnehmen kann und will, und wo deren Wohlergehen auch für ihn eine Lebensfrage ist, wäre ein Verlangen nach so umfassender Unterrichtung aber keineswegs unbillig.

Auf der anderen Seite bedeutet die Berichterstattung allein keine Beeinträchtigung der Rechte der Komplementäre und, soweit sie auf die Unterlagen beschränkt ist, die die Gesellschaft ohnehin hat oder doch im eigensten Interesse erstellen sollte, auch nur eine unwesentliche Belastung der Organisation. Im Gegenteil, die Pflicht zur Berichterstattung bildet auch für den Berichtenden einen heilsamen Zwang zu ehrlicher Rechenschaft vor sich selbst, für den er im Grunde dankbar sein muß.

Deshalb kann und sollte im Interesse aller Beteiligten in jedem Kommanditvertrag eine den Verhältnissen des Unternehmens angepaßte, einigermaßen ausführliche Berichterstattung, ggf. mit angemessenen Zwischenberichten, festgelegt werden. Dabei wären Mindest-

[3] A. a. O., Anm. 1.
[4] A. a. O., Anm. 2 und 5.
[5] *Baumbach* § 166, Anm. 2 B, Großkommentar § 166 Anm. 4.
[6] Großkommentar, § 166, Anm. 5, *Baumbach* § 166 Anm. 2 A.

bestimmungen für die Aufmachung des Abschlusses, — etwa durch Verweis auf bekannte Muster oder gesetzliche Regelungen, wie z. B. das AktGes., — vorzusehen.

Ferner sollte neutrale Abschlußprüfung, in der Regel durch einen Wirtschaftsprüfer, vereinbart werden. Dabei wäre festzulegen, daß dessen Prüfungsbericht allen Gesellschaftern zuzustellen ist, denn sonst haben sie nur ein Einsichtsrecht[7], das für eine eingehende Beschäftigung mit der Materie kaum ausreicht.

b) Berichterstattung allein ohne Mitwirkungsrechte bleibt ein Torso. Deshalb kann der Kommanditist einer Maßnahme widersprechen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht — § 164 HGB —. Das wird dahin verstanden, daß die Komplementäre die Kommanditisten über solche Pläne zu unterrichten und einen förmlichen Gesellschafterbeschluß herbeizuführen haben[8].

Eine für die Praxis brauchbare, konkrete Abgrenzung dieses Begriffs ist jedoch sehr schwierig. Sogar das gleiche Geschäft des gleichen Unternehmens könnte in der einen Lage alltäglich, in einer anderen aber so riskant sein, daß es über das Betriebsnormale hinausgeht. Man denke etwa an die Länge einer Zeitcharter einer Reederei in wechselhaftem Frachtmarkt oder an Exzeßbevorratung gegen Kredit mit spekulativem Einschlag.

Deshalb wird in die Gesellschaftsverträge meist ein Katalog von Geschäften aufgenommen, deren Abschluß der Genehmigung der Gesellschafterversammlung vorbehalten sein soll. Aber auch diese, in der Regel den Verträgen anderer Gesellschaftsformen mit mehr oder weniger großen Abänderungen entlehnten Kataloge sind meist noch zu formal empfunden, um den eigentlichen Kern der Sache zu treffen. Die Erteilung etwa einer Prokura oder der Verkauf eines Grundstücks werden oft weit weniger bedeutsam sein als ein riskantes Tagesgeschäft.

Solche Genehmigungskataloge sollten deshalb unmittelbar auf das Geschäft des Unternehmens bezogen sein und entsprechend den Risikovorstellungen der Beteiligten einen Rahmen abgrenzen, zu dessen Überschreitung die Geschäftsführung der Zustimmung der Kommanditisten, sei es aller, sei es der Mehrheit, sei es eines hierzu von ihnen oder für sie bestellten Organs bedarf. Als Parameter hierfür bieten sich der finanzielle Umfang des Geschäfts — für sich allein und/oder

[7] Großkommentar, § 166, Anm. 3 a.
[8] RG 158/303; Großkommentar, § 164, Anm. 5 (und die dort zitierten).

in der Häufung mit anderen, — die Dauer der Verpflichtung oder Mittelbindung, die Belastung der Kapazität des Unternehmens, der Fremdmittelbedarf und ähnliches an.

Ein Streit um diese Frage wird allerdings erst dann mit Sicherheit ausgeschlossen, wenn die Bestimmung so formuliert wird, daß sie alle Geschäfte erfaßt, die nach dem Willen der Gesellschafter als „außerordentlich" der Zustimmungspflicht unterworfen werden sollen, *und* gleichzeitig zum Ausdruck gebracht wird, daß damit der in § 164 HGB gesteckte Rahmen für diese Gesellschaft abschließend bestimmt und ausgefüllt sei. Ein solcher Katalog für sich allein gilt im Zweifel nur als Ergänzung der gesetzlichen Vorschrift bzw. Auslegungsregel für diese[9].

c) Informations- und Kontrollzweck werden am besten erfüllt und abgesichert, wenn die Geschäftsführung verpflichtet wird, für bestimmte Zeiträume — ein oder mehrere Geschäftsjahre — bestimmte Planungen vorzulegen, die ganz oder abschnittweise genehmigt werden, worauf dann die Geschäftsführung innerhalb des jeweils genehmigten Rahmens freizügig nach eigenem Ermessen handeln kann. Eine solche Regelung kann im Gesellschaftsvertrag selbst oder in einer besonderen, einer Geschäftsordnung entsprechenden Vereinbarung festgelegt werden. Dabei wäre auch auszuführen, wann und wie über von der vorgegebenen Planung nicht nur unerheblich abweichende Entwicklungen zu berichten ist und wieweit dadurch schon erfüllte Bewilligungen gegenstandslos werden.

Für eine Jahresplanung könnten z. B. vorgeschrieben werden

Absatzplan,
Ergebnisplanung,
Finanz- und Liquiditätsplan,
Investitionsplan,

jeweils aufeinander bezogen und nach Zeiträumen — Monat, Quartal, Saison — aufgegliedert. Es hat sich bewährt, in solchen Plänen jeweils 3 Sätze von Zahlen, entsprechend der maximalen, der minimalen und der wahrscheinlichsten Entwicklung vorzusehen (wobei die wahrscheinlichste keineswegs in der Mitte zu liegen braucht).

d) Nach dem Gesetz — § 708 BGB — haften Gesellschafter einander, und mithin auch der Komplementär seinen Mitgesellschaftern, nur für die Sorgfalt, die sie in eigenen Dingen anzuwenden pflegen. Von dem verantwortlichen Leiter eines kaufmännischen Unternehmens sollte jedoch zumindest ein Einstehen für die Sorgfalt eines ordent-

[9] Großkommentar, § 164, Anm. 5 a.

lichen Kaufmannes verlangt werden[10]. Das wäre im Gesellschaftsvertrag festzulegen.

2.

In Grundsatzfragen und Geschäftspolitik hat nach dem Gesetz der Kommanditist überhaupt nicht hineinzureden. Das scheint aus heutiger Sicht nur noch bedingt gerechtfertigt und kann auch auf einen Widerspruch innerhalb der gesetzlichen Regelung selbst hinauslaufen, denn über die Gestaltung der Geschäftspolitik könnte über die längere Sicht der Komplementär selbst bestimmen, welche Geschäfte als nunmehr unternehmensüblich auch dem Widerspruchsrecht der Kommanditisten entzogen sind.

Das Bild, von dem der Gesetzgeber ausging, auf der einen Seite der unternehmerische Kaufmann, der nicht nur mit all seiner Habe, sondern auch mit seinem persönlichen Ruf für das Unternehmen einsteht und damit auch seine persönliche Zukunft aufs Spiel setzt, — z. B. bedeutete ein vorausgegangener Konkurs früher bleibende Unfähigkeit für gewisse Ehrenämter, — und auf der anderen Seite der Kommanditist, der nur einiges aus seinem Vermögen zur Verfügung stellt, trifft heute oft nicht mehr zu. Einsatz und Risiko des Komplementärs haben sich vermindert, — bei gewissen Typen von Gesellschaften sind sie praktisch gleich null, — während derjenige des Kommanditisten größer geworden ist, sei es, daß wenige Kommanditisten in ihrer wirtschaftlichen Existenz vom Gedeihen des Unternehmens abhängen, sei es, daß eine Vielzahl von ihnen Mittel aufbringt, die diejenigen der Komplementäre weit übersteigen. Ihre Forderung, auch an den Grundsatzentscheidungen des Unternehmens beteiligt zu werden — bei der auch die heutige Einstellung gegenüber autoritären Positionen im Spiel sein mag, — scheint deshalb im Prinzip begründet.

Die Frage ist aber, wie weit dieses Mitspracherecht gehen soll und wie es sinnvoll zum Tragen kommen kann. Eine allgemeine Antwort hierauf gibt es nicht.

a) Über den Umfang der „Mitbestimmung" der Kommanditisten wird man sich leichter einigen können, wenn zuvor, wie eingangs angeregt, die Unternehmensziele und ihre Grenzen und die Prioritäten zwischen ihnen hinreichend genau ausgehandelt und festgelegt sind. Dann hat man Richtlinien, die für beide Seiten gelten und gröbliche Einbrüche in die berechtigten Interessen anderer weitgehend ausschließen.

Innerhalb dieses Rahmens kann dergestalt differenziert werden, daß für heiklere Entscheidungen ein jeweils höherer Grad von Über-

[10] Großkommentar, § 114, Anm. 7; vor § 161, Anm. 9.

einstimmung auch mehrstufig bis hin zur Einstimmigkeit oder unbedingten Zustimmung einer Gruppe vorgeschrieben wird. So könnte z. B. bestimmt werden, daß eine normale Jahresplanung mit einfacher Mehrheit verabschiedet wird, während Entscheidungen über größere Investitionen oder Aufnahme von Anleihen nur mit Zustimmung aller Komplementäre, — die mehr in der Sache stehen und auch persönlich stärker durch sie betroffen werden, — und die Aufnahme eines neuen Geschäftszweiges oder eine entscheidende Vergrößerung des Unternehmens überhaupt nur einstimmig beschlossen werden könne.

Hier die für das jeweilige Unternehmen geeigneten Lösungen zu entwickeln, ist eine Frage der wirtschaftlichen Phantasie und der Verhandlungskunst. Dabei muß natürlich Einfluß und Gewicht der Komplementäre um so größer sein, je stärker ihr Einsatz und ihre Bindung im Unternehmen sind — die ja von einer einem angestellten Geschäftsführer ähnlichen Stellung ohne Kapitalanteil bis zur Hauptbeteiligung und zum persönlichen Aufgehen im Unternehmen reichen können, — und je mehr es in der Einzelfrage auf ihre Sachkunde ankommt.

b) Die meisten Fragen, die in diesem Zusammenhang anstehen können, werden im praktischen Ablauf schon im Zusammenhang mit der Jahresplanung gestellt und entschieden: jede Expansion z. B. hängt von den bewilligten Investitionsmitteln ab. Dennoch verdient das Problem eine nochmalige Betrachtung, weil aus dieser Sicht jene Entscheidungen eine andere Qualität erhalten. Jetzt und hier wäre also zu fragen, dürfen die Mittel für eine bestimmte Investition überhaupt verweigert werden, oder hat eine Gruppe einen Anspruch, daß ihre Pläne nicht gestört werden?

Soweit die Antwort nicht aus einer Grundsatzvereinbarung über Unternehmensziele und Prioritäten — vgl. oben S. 11 — folgt, wird sie eindeutig kaum zu geben sein. Auch hier wird dann ein nach dem Grad des Eingriffs in die jeweiligen Interessen abgestuftes System von Beschlußmehrheiten noch die billigsten Ergebnisse liefern. Das sei am Beispiel der in diesem Zusammenhang wohl am häufigsten anstehenden Frage entwickelt, inwieweit die Komplementäre berechtigt sein sollen, erwirtschaftete Erträge in — offene oder stille — Rücklagen einzustellen oder die Ausschüttung ausgewiesener Gewinne zu verweigern.

Die Extreme: Die Geschäftsführung nimmt in Anspruch, die Existenz des Unternehmens sei gefährdet, wenn es nicht sein Kapital durch Rücklagen verstärke bzw. die liquiden Mittel im Hause behalte, der Kommanditist erwidert, er verlange zumindest die Auszahlung des Betrages, den er als Steuer auf seinen Gewinnanteil an das Finanzamt zu entrichten habe. Alles andere liegt dazwischen.

Eine Entscheidung, die die Existenz des Unternehmens aufs Spiel setzt, sollte nicht gegen die Stimme der Komplementäre möglich sein. Dabei muß die Behauptung, daß es so sei, — zumindest wenn sie von den Komplementären einstimmig vertreten wird, — zunächst einmal genügen, auch wenn eine andere Beurteilung ebenfalls nicht von der Hand zu weisen ist. Wird dagegen die Stärkung der flüssigen Mittel des Unternehmens nur als sehr erwünscht bezeichnet, so könnte der Forderung des Kommanditisten auf Auskehr wenigstens der Gewinnsteuern schon das größere Gewicht zukommen, zumal das Unternehmen, wenn es eine Kapitalgesellschaft wäre, die Mittel für diese Steuern ebenfalls aufbringen müßte.

So könnte man vorsehen, daß der Komplementär einen bestimmten Anteil des Ertrages ohne weiteres in die Rücklage einstellen darf oder gar muß — ggf. beschränkt auf eine Gesamtrücklage bestimmter absoluter Höhe —, darüber hinaus einen weiteren mit Zustimmung der Mehrheit der Gesellschafter, wenn man will einen noch höheren nur mit qualifizierter Mehrheit, den zur Deckung der Gewinnsteuern der Gesellschafter nötigen Teil des steuerlichen Gewinns aber nur mit Zustimmung aller, und das zur Sicherung der Existenz des Unternehmens in Anspruch genommene wiederum auch gegen jeden Widerspruch der Kommanditisten.

Wo es um Fragen der Geschäftspolitik, der Expansion, des Entwicklungsaufwandes und ähnliches geht, könnte man die Skala der Mehrheiten vom vorsichtig-herkömmlichen Verfahren in Richtung auf das riskantere und spekulativere steigern.

c) Ein auf Beweglichkeit und Anpassung an veränderte Verhältnisse angelegter Gesellschaftsvertrag wird eine Erhöhung des Gesellschaftskapitals — notfalls auch unter Aufnahme neuer Gesellschafter — durch Gesellschafterbeschluß zumindest für den Fall vorsehen müssen, daß die Weiterführung des Unternehmens mit der vereinbarten Zielsetzung ohne eine solche Maßnahme ausgeschlossen oder in Frage gestellt scheint.

Im allgemeinen werden die Altgesellschafter das erste Anrecht erhalten, durch Erhöhung ihrer Einlagen die erforderlichen Mittel aufzubringen. Soweit sie das nicht können oder wollen, werden sie die mit der Aufnahme eines Dritten verbundene Minderung ihrer Mitgliedschaftsrechte in Kauf nehmen müssen.

Eine Verminderung des Vermögenswertes ihrer Beteiligung wird ihnen jedoch nur insoweit zugemutet werden können, als die Lage des Unternehmens dessen Realisierung unmöglich macht. Das kann durch die Vereinbarung abgesichert werden, daß gegen die Stimme eines Gesellschafters die Aufnahme eines neuen Gesellschafters nur mit

der Auflage beschlossen werden kann, daß dieser über seine nominale, d. h. die Gesellschafterrechte bestimmende Kapitaleinlage hinaus ein dem ihm auf diese zufallenden Anteil an den offenen und bewertbaren, stillen Reserven des Unternehmens entsprechendes Aufgeld einzuzahlen hat.

3.

Abstimmungsergebnisse regeln das Verfahren, aber sie überzeugen nicht unbedingt, — die Meinungen werden meist unterschiedlich bleiben. Soll der Gesellschafter, der einen ihm ungünstig oder gar verderblich erscheinenden Beschluß nicht hat verhindern können, dennoch weiterhin seinen Einsatz für den vereinbarten Gesellschaftszweck leisten, — d. h. seine Einlage stehen lassen —, oder als Komplementär eine Geschäftspolitik betreiben müssen, die er für verfehlt hält, oder soll er das Recht haben, die Konsequenzen zu ziehen und die Gesellschaft zu verlassen?

a) Das Gesetz — §§ 723 BGB, 132 HGB — gesteht jedem Gesellschafter das Recht zu, die Gesellschaft, soweit sie nicht auf eine bestimmte Zeit eingegangen ist, mit 6 Monaten Frist auf das Jahresende zu kündigen. Ob die Kündigung die Auflösung der Gesellschaft oder nur das Ausscheiden des Gesellschafters zur Folge hat, richtet sich danach, ob die Gesellschafter eine Regelung nach § 138 HGB vereinbart haben, was meist geschieht. Das Kündigungsrecht ist im Prinzip unabdingbar, kann aber eingeschränkt[11] und darf auch nicht mißbräuchlich („zur Unzeit", § 723 BGB[12]) ausgeübt werden.

Mit dieser Regel dürften die Bedürfnisse des Gesellschafters in den meisten Fällen abgedeckt sein, nicht aber die der Gesellschaft. Die Eigenmittel eines wirtschaftlichen, namentlich eines industriellen Unternehmens sind in aller Regel so fest gebunden, daß ein wesentlicherer Kapitalanteil auch bei längerer Streckung der Auszahlungsfristen nicht zur Abfindung freigemacht werden kann. Die Gesellschafter können also von ihrem Recht, die Gesellschaft gem. § 138 HGB fortzusetzen, nur Gebrauch machen, wenn sie in der Lage sind, das abfliessende Kapital termingerecht anderweit zu ersetzen.

Wo sie hierzu aus Eigenem nicht in der Lage sind, wird es deshalb zweckmäßig sein, nicht nur die Auszahlungsfristen für die Abfindung sondern auch Kündigungstermine und Fristen selbst den finanzwirtschaftlichen Bedürfnissen des Unternehmens anzupassen, d. h. möglichst weiträumig zu strecken. Diese Möglichkeit findet, auch wenn und soweit es um berechtigte Interessen des Unternehmens geht, ihre Grenze bei dem Schutzbedürfnis des Ausscheidenden, das der Gesetz-

[11] Großkommentar, § 132 Anm. 5, 23 ff.
[12] Vgl. a. a. O., Anm. 22 und die dort Zitierten.

geber unbedingt garantieren will[13]. Da auch Kündigungsvereinbarungen stets nur aus gesamtschauender Abwägung aller Gegebenheiten gewürdigt werden können, wird sie um so weiter gesteckt werden können, als dem Gesellschafter anderweitiger Ausgleich geboten wird[14].

Hierfür kommt in erster Linie das Recht in Betracht, den Anteil auf einen Dritten zu übertragen, — mit oder ohne Vorbehalt eines Vorkaufsrechts oder der Einschränkung, daß der Dritte den Gesellschaftern annehmbar sein muß. Eine bindende Verpflichtung, dem Gesellschafter den Anteil auf Verlangen gegen wertgerechtes Entgelt abzunehmen, kann sogar den völligen Ausschluß dieses Rechts rechtfertigen[15]. Aber auch eine großzügige Regelung des Rechts zu außerordentlicher Kündigung wird in diesem Zusammenhang ebenfalls ins Gewicht fallen.

In dem Maß, um das die ordentliche Kündigung eingeschränkt wird, bleibt die eingangs gestellte Frage offen und regelungsbedürftig.

b) Das sollte durch Vereinbarungen über außerordentliche Kündigungsrechte geschehen.

Für den Bereich der OHG und KG gewährt das Gesetz — § 133 HGB — an Stelle der auch für die Gesellschaft sonst allgemein vorgesehenen außerordentlichen Kündigung — § 723 Abs. 1, Satz 2 und 3 BGB — nur die Auflösungsklage aus wichtigem Grund. Auch sie ist formell unabdingbar[16], — Abs. 3 —, kann aber praktisch durch Vereinbarungen mit gleichem Interessenschutz abgelöst werden[17].

Eine Vereinbarung, die jeden Gesellschafter berechtigt, die Gesellschaft ebenfalls ganz allgemein aus wichtigem Grund zu kündigen, wäre mit dem Kriterium der Auflösungsklage deckungsgleich und würde für diese keinen Raum mehr lassen. Das hätte den praktischen Vorteil[18], daß die Maßnahme sofort und nicht erst mit der Rechtskraft des Gestaltungsurteils wirksam wird, deren Termin zunächst nicht abzusehen ist. Sie kann mit einer § 138 HGB entsprechenden Regelung verbunden werden, die dem ausscheidenden Gesellschafter eine Abfindung sichert, die nicht schlechter wäre als sein Liquidationserlös. Die gerichtliche Nachprüfung des wichtigen Grundes selbst kann jedoch nicht ausgeschlossen werden[19].

[13] Vgl. a. a. O., Anm. 26 ff.
[14] A. a. O., § 133, Anm. 20, vgl. auch Anm. 18.
[15] A. a. O., § 132, Anm. 29.
[16] A. a. O., § 133, Anm. 44 (möglicherw. etwas a. M. Anm. 67, Abs. 2).
[17] A. a. O., Anm. 69, 70, 73.
[18] A. M.: a. a. O., Anm. 2.
[19] A. a. O., Anm. 73.

c) Eine solche allgemeine Vereinbarung löst die hier anstehenden Fälle ebenfalls noch nicht. Häufig werden sie die Schwelle des wichtigen Grundes noch nicht erreichen; wo dies der Fall ist, ist das Kriterium „unzumutbar", das den Grenzwert für die Zulässigkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund bezeichnet[20], zu ungenau und schon wegen des ihm stets innewohnenden subjektiven Elements zur Abgrenzung wenig geeignet. Hinzu kommt, daß der Gegensatz zwischen den Gesellschaftern oft nur auf unterschiedlicher Beurteilung von Risiken und Möglichkeiten beruht und die Unzumutbarkeit weiteren Verbleibens in der Gesellschaft deshalb objektiv erst beurteilt werden kann, wenn der unterlegene Gesellschafter recht behalten und die Frage sich damit von selbst erledigt hat.

Deshalb sollten die Gesellschafter besser die Grenzen, über die hinaus mitzugehen sie nicht verpflichtet sein wollen, von vornherein — im Gesellschaftsvertrag unmittelbar oder in einer ihm angehängten Grundsatzvereinbarung — festlegen. Da damit jedoch ihre Mitwirkungspflicht im Sinne des § 705 BGB begrenzt würde, könnten weitergehende Maßnahmen zunächst wiederum nur durch einstimmigen Beschluß ermöglicht werden. Wenn das vermieden werden soll, muß also außerdem festgelegt werden, daß, wenn dennoch solche Maßnahmen mit einer bestimmten Mehrheit beschlossen werden, die nicht zustimmenden Gesellschafter nicht widersprechen, sondern nur unter — i. Zw. außerordentlicher — Kündigung gegen wertgerechte Abfindung aus der Gesellschaft ausscheiden können.

Auch die Grenzen der Mitwirkungspflicht sollten, soweit möglich, auf konkrete, meßbare Kriterien — vgl. zu 1 b (S. 14) — abgestellt werden. Für das Kündigungsrecht könnte eine allgemein gefaßte Ergänzung ähnlich der folgenden Formel nützlich sein: „Wenn der Gesellschafter ein Risiko dartut, das nach Umfang und/oder Wahrscheinlichkeit so hoch ist, daß es durch die zur Verwirklichung des Unternehmenszwecks zwischen den Gesellschaftern getroffenen Vereinbarungen nicht mehr gedeckt ist". Dabei ist der Begriff „Risiko" weder durch den eingesetzten Betrag für sich, noch allein durch den Grad der Gefahr eines Verlustes bestimmt, sondern stets erst das Produkt beider.

d) Ein persönlich haftender und geschäftsführender Gesellschafter sollte die Möglichkeit haben, sich schon dann von der Gesellschaft zu lösen, wenn er die von seinen Kollegen beschlossene Geschäftspolitik nicht mehr mitmachen zu können glaubt, oder anderweit die Voraussetzungen für eine fruchtbare Zusammenarbeit nicht mehr gegeben

[20] A. a. O., Anm. 8.

sind. Hier sind sehr subjektive Dinge und persönliche Werte im Spiel, wie Arbeit, Ruf, persönliche Überzeugungen und berufliche Leistung und Erfolg, die objektiver Wägung oft kaum zugänglich sind. Andererseits dürfte die Gesellschaft durch das Ausscheiden eines von mehreren Komplementären im allgemeinen nicht allzu stark betroffen werden.

Unter diesen Umständen wird ein solches Kündigungsrecht kaum einer Einschränkung bedürfen.

e) Andererseits könnten auch die anderen persönlich haftenden Gesellschafter oder die Gesellschafter schlechthin ein berechtigtes Interesse haben, sich von einem Kollegen bzw. Komplementär zu trennen, der die Geschäfte nicht so führt, wie sie es wünschen, die gemeinsam festgelegte Geschäftspolitik durchkreuzt oder einfach sich nicht so in das Team einfügt, wie es für eine fruchtbare Zusammenarbeit notwendig ist. Ähnliche Bedenken können auch gegen einen Kommanditisten bestehen, z. B. wenn dessen eigene geschäftliche Betätigung mit den Interessen der Gesellschaft kollidiert.

Das Gesetz — § 140 HGB — sieht eine Ausschließungsklage vor, die analog zur Auflösungsklage nach § 133 HGB ausgestaltet ist. Sie setzt einen wichtigen Grund in der Person des Auszuschließenden voraus, der den anderen die Fortsetzung der Gesellschaft mit ihm objektiv unzumutbar macht. Der Ausschluß muß der einzige Ausweg, sein, auf dem eine Auflösung der Gesellschaft noch vermieden werden kann. Daß der Auszuschließende den wichtigen Grund irgendwie zu verantworten habe, ist nicht prinzipiell erforderlich.

Der gesetzliche Rahmen ist also eng gezogen. Hinzu kommt, daß bei der Klage alle — anderen — Gesellschafter mitwirken müssen, wozu sie allerdings kraft gesellschaftlicher Treupflicht verpflichtet sein können, und daß auch der Ausschluß erst mit Rechtskraft des Urteils wirksam wird.

Es kann deshalb im Interesse der Vertragspartner liegen, für bestimmte Umtsände und Fälle eine Pflicht des Gesellschafters zu vereinbaren, auf Verlangen der anderen aus der Gesellschaft auszuscheiden. Eine solche Vereinbarung ist in den Grenzen der ausgleichenden Interessenabwägung zulässig, die auch hier das vorgeordnet herrschende Rechtsprinzip ist. Solange auf der einen Seite für das Unternehmen und/oder seine Gesellschafter bedeutsame Interessen dargetan und auf der anderen die Vermögensinteressen des Ausscheidenden — Abfindung ohne Einbußen — gewahrt werden, dürfte weder die Vereinbarung noch ihre Anwendung zu beanstanden sein.

f) Ein Recht mit verkürzter — oder ganz ohne — Frist und/oder anderen Vorzugsbedingungen aus der Gesellschaft auszuscheiden, wird schließlich ganz allgemein als Kompensation für die Zustimmung vorgeschlagen werden können, im Gesellschaftsvertrag Entscheidung durch Mehrheitsbeschluß für Angelegenheiten vorzusehen, die an sich einstimmiger Regelung oder der persönlichen Zustimmung bestimmter Gesellschafter unterworfen werden sollten.

4.

Hat eine Gesellschaft mehrere zur Geschäftsführung berufene Komplementäre, so ist nach dem Gesetz — § 115 HGB — im Regelfall, d. h. soweit nicht einstimmige Gesamtgeschäftsführung vereinbart ist, — Abs. 2 — jeder von ihnen für sich allein zur Geschäftsführung befugt, aber jeder andere hat ein absolutes Vetorecht gegenüber jeder seiner Maßnahmen[21]. Für alle „außerordentlichen" Geschäfte ist ein einstimmiger[22] Beschluß aller Gesellschafter erforderlich.

Nur im Ausnahmefall wird ein Unternehmen mit so organisierter Leitung im heutigen Wirtschaftskampf bestehen können. Diese Regelung wäre also durch eine zeitgemäßere zu ersetzen, die den Komplementären Aufgabenbereiche zuweist, die sie im Rahmen der von allen Komplementären — i. Zw. durch Mehrheitsbeschluß — festgelegten Geschäftspolitik und allgemeinen Richtlinien selbständig und selbstverantwortlich leiten. Einzelheiten könnten einer Geschäftsordnung vorbehalten werden.

5.

Das Gesetz verpflichtet die Gesellschafter, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes in der im Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Bei einer Handelsgesellschaft wird man als Verkehrssitte voraussetzen können, daß eine uneingeschränkte Förderung des Unternehmenszweckes gewollt und vereinbart ist, wenn und soweit der Vertrag keine Einschränkungen ausweist. Insoweit müssen also alle Gesellschafter der KG in den Angelegenheiten der Gesellschaft ihr Handeln und ihre Entscheidungen vorrangig nach dem wohlverstandenen Interesse des Unternehmens ausrichten. Darüber hinaus sind sie nach Maßgabe ihrer unterschiedlichen Stellung in der Gesellschaft verpflichtet, positiv zum Gedeihen des Unternehmens beizutragen[23].

a) Es kommt aber vor, daß die Parteien ihr Unternehmen nicht unbedingt, sondern nur in gewissen Grenzen fördern wollen. Man denke

[21] A. a. O., § 115 Anm. 4 und 6.
[22] A. a. O., § 116 Anm. 3.
[23] A. a. O., § 105, Anm. 17, 31 b.

etwa an ein zur Abdeckung von Rand- oder Substitutionsmärkten gegründetes Gemeinschaftsunternehmen, dessen eigenwirtschaftliche Interessen denen der Gesellschafter im Hauptmarkt zu weichen haben. Oder an den Fall, daß Familieninteressen, insbesondere eine eifersüchtige Familienparität oder Nachfolgewünsche dem Wohl des Unternehmens vorgeordnet werden.

Das ist nicht schlechthin unzulässig, kann aber von Mitgesellschaftern in dem Maße beanstandet werden, als es nicht vertraglich vorbehalten ist. Der Vorbehalt muß m. E. nicht notwendig in dieser Form ausgedrückt sein. Wenn dem oder den Gesellschaftern gewisse Weisungs- und/oder Vetorechte vorbehalten sind, deren Ausübung an keine Bedingungen geknüpft ist, so wird dem Gesellschafter nicht verwehrt werden können, von ihnen aus bzw. zu solchen unternehmensfremden Motiven und Zwecken Gebrauch zu machen, mit denen die Mitgesellschafter auf Grund der ihnen bekannten Umstände rechnen konnten.

Vereinbarungen über familiäre Rechte der genannten Art können insofern einen Sonderfall bilden, als sie meist nicht als Einschränkung der Mitwirkung zum gemeinschaftlichen Zweck, sondern als Methode zu seiner Verwirklichung gewollt und vereinbart sein werden. Dann kann ihre Beachtung wohl nicht mehr verlangt werden, wenn dies erkenntlich zum Nachteil der Gesellschaft wäre[24], wie etwa die Bestellung eines objektiv Ungeeigneten zum persönlich haftenden und geschäftsführenden Gesellschafter. Doch dürfte sich empfehlen, auch das im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck zu bringen und für die absehbaren Fälle Ausweichlösungen vorzusehen, z. B. die Aufnahme einer GmbH als Komplementär, wenn der Familienkreis keinen qualifizierten Anwärter stellen kann.

b) Ein Wettbewerbsverbot für Gesellschafter einer OHG oder KG ist, so legitim das Bedürfnis hierfür oft sein mag, nur noch dort und insoweit zulässig, als es für den Bestand und die Erhaltung des Unternehmens unerläßlich ist, insbesondere dann, wenn die betreffenden Gesellschafter selbst verantwortliche Träger und Leiter des Unternehmens sind, das auf ihre tätige und treue Mitarbeit angewiesen ist[25]. Das wird schon bei den Komplementären nicht immer, — siehe den der zitierten Entscheidung zu Grunde liegenden Fall, — und für Kommanditisten nur ausnahmsweise gelten.

Dennoch, und nur in scheinbarem Widerspruch zu § 165 HGB dürfen sie sich auch nicht unbeschränkt im Geschäftszweig der Gesell-

[24] Vgl. a. a. O.

[25] BGH 38/312 ff., vgl. auch Großkommentar, §§ 112, Anm. 16, 165, Anm. 7.

schaft betätigen. Ein Wettbewerb auch des Kommanditisten wird, wenn nicht allgemein, so doch jedenfalls in dem Augenblick gegen die Treupflicht zur Gesellschaft verstoßen, in dem er gegen diese selbst gerichtet wird[26]. Auch eine anderweitige geschäftliche Betätigung des Gesellschafters kann so erheblich mit den Interessen der Gesellschaft kollidieren, daß den anderen Gesellschaftern die Fortsetzung der Gesellschaft mit ihm nicht mehr zugemutet werden kann.

Es kann zweckmäßig sein, im Gesellschaftsvertrag die Grenzen zu bezeichnen, die die Gesellschafter einander diesbezüglich setzen wollen, und die Konsequenzen festlegen, die eintreten sollen, wenn sie überschritten werden.

c) Insbesondere seine Mitwirkungsrechte muß der Gesellschafter im alleinigen Interesse des Unternehmens ausüben. Deshalb können sich die Mitgesellschafter über einen Einspruch oder eine Gegenstimme, die dem Gesellschaftsinteresse zuwider läuft, oder über die eigennützige Verweigerung einer im Interesse der Gesellschaft notwendige Zustimmung hinwegsetzen[27].

Denoch kann es vorkommen, daß ein Gesellschafter, dessen Zustimmung oder Mitwirkung für eine im Interesse der Gesellschaft notwendige Maßnahme wichtig oder gar unentbehrlich ist, versucht, diese von der Einräumung gesellschaftsfremder, zumindest vertraglich nicht vorgesehener Vorteile abhängig zu machen; je wichtiger das Vorhaben für die anderen, desto höher der geforderte Preis. Daß solche Erpressungsversuche treuwidrig und unzulässig sind und ersatzpflichtig machen können, liegt auf der Hand.

Dennoch kann es sich empfehlen, auch derartige Unternehmungen bereits im Vertrag abzuriegeln, damit es gar nicht erst zum Streit und Prozeß kommen kann; soweit möglich, durch Vermeidung einstimmiger Beschlüsse, notfalls durch eine positive Bestimmung, auf die gegebenenfalls verwiesen werden kann.

III.

Die vorstehenden Ausführungen wurden bewußt so allgemein gehalten wie möglich, um die Breite der Einsatzmöglichkeiten der KG wenigstens einigermaßen zu erfassen. Dennoch scheinen zum Sonderfall der GmbH & Co. KG zusätzliche Ausführungen geboten. Dabei ist zwischen den Fällen zu unterscheiden, in denen die Kommanditisten auch Gesellschafter der GmbH sind, und solchen, in denen ein dritter

[26] A. a. O., § 165, Anm. 3.
[27] A. a. O., §§ 105, Anm. 31 b; 164, Anm. 5 a.

Unternehmer Kommanditisten einlädt, um den meist sehr erheblichen Kapitalbedarf seiner Pläne zu decken.

1.

Im ersten Fall bestimmen die Kommanditisten auch die Richtlinien und u. U. sogar die Einzelheiten der Führung der Geschäfte der Kommanditgesellschaft. Sie tun dies aber in ihrer gleichzeitigen Eigenschaft als Mitgesellschafter der persönlich haftenden GmbH[28]. Für diese Betätigung gilt mithin das GmbH Recht mit seinen teilweise sehr abweichenden Regeln.

Deshalb ist es notwendig, die Verträge beider Gesellschaften aufeinander abzustimmen und in gegenseitige Rückbeziehung zu bringen, damit die Dinge nicht auf unterschiedlichen rechtlichen Gleisen auseinanderlaufen. Dabei wäre z. B. zu berücksichtigen, daß der Gesellschaftsvertrag der GmbH, — anders als der der KG, — grundsätzlich durch Mehrheitsbeschluß geändert werden kann und Geschäftsanteile der GmbH übertragbar sind und auch in einer Hand kumuliert werden können. Andernfalls könnte ein Kommanditist u. U. bei einer Beschlußfassung unerwartet einer völlig anderen Stimmrechtsverteilung in der GmbH gegenüberstehen, als seiner und seiner Mitgesellschafter Stellung in der KG entspricht.

Es wird sich ferner empfehlen, schon bei der Gründung festzulegen, wo innerhalb dieses Doppelgestirns der unternehmerische Schwerpunkt liegen und wo die entsprechenden Entscheidungen getroffen werden sollen, und Funktionen, Mitwirkungsrechte und Gesellschaftsorgane von vornherein so zu planen, daß die Dinge auf nur einer Ebene den Vorstellungen entsprechend laufen und keine Doppelgleisigkeiten den Ablauf stören.

2.

Im zweiten Fall scheint dagegen die Absicherung der Kommanditisten das wichtigste Gebot, denn hier hat der Gesellschafterkreis der persönlich haftenden GmbH, der meist der unternehmerische Kopf der Gesellschaft ist, durch Gründung und Zwischenschaltung der GmbH klar zu erkennen gegeben, daß er gerade nicht persönlich und unbeschränkt haften will, obwohl es sich im Zweifel um die Verwirklichung seines unternehmerischen Konzepts handelt. Damit entfällt die Parallelität des Schutzbedürfnisses, die im Regelfall dem Kommanditisten eine gewisse Sicherheit gibt. Schon das rechtfertigt seine Forderung, durch entsprechende Informations- und Mitwirkungsrechte gesichert zu werden.

[28] A. a. O., § 161, Anm. 23 b.

Hinzu kommt, daß in diesen Fällen meist recht freigebig mit Handelsregistervollmachten und Befreiungen von § 181 BGB umgegangen wird. Es soll nicht verkannt werden, daß beide Maßnahmen Verzögerungen und Erschwerungen der praktischen Arbeit vermeiden sollen, die neben erheblicher Lästigkeit für alle Beteiligten auch ernsthafte geschäftliche Nachteile mit sich bringen können. So unentbehrlich sie aus dieser Sicht sein mögen, wird dennoch durch sie eine Lage geschaffen, in der der Kommanditist einem ihm nicht mehr verantwortlichen Unternehmer mehr oder weniger hilflos ausgeliefert ist.

Andererseits hat auch dieser ein berechtigtes Interesse, daß das Projekt, das er mit Initiative und u. U. Einsatz seiner eigenen Mittel entwickelt hat, nicht durch unsachliche Abstimmungsergebnisse gefährdet wird, die er mit den wenigen Stimmen seines relativ geringen Kapitalanteils nicht verhindern kann. Das wird es oft rechtfertigen, ihm in der Gesellschafterversammlung zusätzliche Stimmen einzuräumen. Ihre Anzahl wäre nach den satzungsmäßigen Mehrheitserfordernissen zu bemessen, etwa so, daß ein mit qualifizierter Mehrheit zu fassender Beschluß nicht mehr von einer ganz geringen Minderheit gegen sein Votum und seine Stimmen zu Fall gebracht werden kann.

IV.

Bisher war nur von den Rechten der Kommanditisten die Rede, aber nicht davon, ob und wie sie sich ihrer sinnvoll bedienen können. Das setzt geschäftliche Vorkenntnisse voraus, über die der Privatmann oft nicht verfügt. Ein Kommanditist, der die Dinge nicht übersieht und deshalb ängstlich oder mißtrauisch reagiert, wird zudem in der Gesellschafterversammlung sich selbst mehr schaden als nützen und auch in den Dingen der Gesellschaft manches Unheil stiften können. Man wird ihm also die Last erleichtern und helfen müssen, zu sachgerechter Entscheidung zu kommen.

1.

Deshalb wird in Kommanditverträgen häufig ein besonderes Gesellschaftsorgan („Beirat", „Verwaltungsrat") vorgesehen, das den Kommanditisten gewisse Funktionen abnimmt. Ein solcher Beirat kann nur dann zum Segen aller Beteiligten — einschließlich des Unternehmens selbst — wirken, wenn seine Stellung klar definiert ist, wenn er Rechte hat und wenn er bereit ist, diese intensiv genug auszuüben.

In der Regel werden die Beteiligten von der Vorstellung ausgehen, daß der Beirat ein Gegengewicht zur Geschäftsführung durch die persönlich haftenden Gesellschafter bilden und so — zumindest in

erster Linie, — die Interessen der Kommanditisten wahrnehmen soll. Auch in dieser Stellung wird er aber oft genug nach beiden Seiten auszugleichen haben. Deshalb sollte vorgesehen werden, daß alle Mitglieder des Beirats von allen Gesellschaftern gewählt werden. Werden sie von einzelnen Gesellschaftern oder Gesellschaftergruppen (z. B. Familienstämmen) bestellt, so besteht die Gefahr, daß sie sich nur als deren Interessenvertreter verstehen und in der Gesellschafterversammlung bestehende Unstimmigkeiten nur auf die nächste Ebene verlagert werden. Das wird besonders gefährlich, wenn eine im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Parität zwischen Gesellschaftergruppen zu einem alle Tätigkeit lähmenden Patt führen kann. Anderes wird zu gelten haben, wo der Beirat lediglich als Arbeitsgruppe der Gesellschafter gedacht ist, in der deren Vertreter die gemeinsame Geschäftspolitik ausarbeiten, festlegen und ihre Durchführung durch die Geschäftsführung überwachen sollen.

Es kann auch zweckmäßig sein, im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich noch einmal hervorzuheben, daß die Mitglieder des Beirats rechtlich der Gesellschaftergesamtheit verpflichtet sind und das Unternehmensinteresse den Parteiinteressen voranzustellen haben[29].

Der Beirat sollte umfassende Informationsrechte haben, d. h. alle Auskünfte und Einsicht in alle Vorgänge verlangen können, die ihm wichtig erscheinen.

Als Befugnisse werden ihm in der Regel die Entscheidung über die zustimmungspflichtigen Geschäfte, oft auch eine Mitwirkung bei der Feststellung des Abschlusses, — etwa die Zustimmung zur Bildung von Rücklagen, — oder andere Funktionen eines Aufsichtsrats übertragen. Maßgeblich hierfür ist das Konzept der Parteien, wie sie ihre Gesellschaft führen wollen. Dennoch wird es sich auch hier empfehlen, möglichst viel Bewegungsfreiheit vorzubehalten: Die Gesellschafterversammlung kann mit — ggf. qualifizierter — Mehrheit dem Beirat beliebig weitere Funktionen zuweisen, einmal übertragene aber nur einstimmig, zumindest nicht gegen die Stimmen derer zurücknehmen, die für ihre Einführung gestimmt haben.

Die Einrichtung des Beirats kann nur dann ein Erfolg werden, wenn seine Mitglieder eine Geschäftsführung beurteilen können und bereit sind, ihre Funktion voll und mit persönlichem Einsatz zu erfüllen. Deshalb sollten Bestimmungen über die zu fordernde Sachkunde und auch solche über eine angemessene Vergütung der von ihnen erwarteten Leistung vorgesehen werden. Auf dieser Grundlage kann ihnen dann auch eine entsprechende Haftung zugemutet werden.

[29] A. a. O., § 161, Anm. 38.

2.

Bei Gesellschaften mit einem großen, u. U. auch örtlich weit gestreuten Kreis von Kommanditisten könnte ein Beirat keinen Kontakt mehr mit diesen halten. Eine in solchen Fällen vielfach angebotene, wenn auch nicht immer zufriedenstellend ausgestaltete Lösung sieht vor, daß eine zentrale Stelle auf Grund besonderen Rechtsverhältnisses alle Rechte der Kommanditisten in der Gesellschaft und gegenüber den Komplementären ausschließlich wahrzunehmen und auszuüben habe. Hierfür kommen zunächst drei rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht.

Die schlichte Bestellung eines gemeinsamen Vertreters, wie sie bei kleineren Gesellschaften — etwa für die Miterben eines verstorbenen Gesellschafters — häufig vorgesehen wird, hat den Nachteil, daß der „Kernbereich" der Mitgliedsrechte nicht mit ausschließender Wirkung auf den Vertreter übertragen werden kann[30]. Jeder Kommanditist könnte also neben dem Vertreter in der Gesellschafterversammlung auftreten und bei solchen Fragen, z. B. Änderungen des Gesellschaftsvertrages oder Entscheidungen, die wesentliche Eingriffe in seine Rechtsstellung bedeuten, verlangen, selbst statt seiner abzustimmen. Das wäre in Gesellschaften der gedachten Art wahrscheinlich organisatorisch kaum zu bewältigen. Hinzu kommt ferner, daß nach Rechtsprechung und Lehre der gemeinsame Vertreter die von ihm vertretenen Stimmen nur einheitlich, d. h. im Zweifel auf Grund vorangegangener Beschlußfassung der Vertretenen, soll abgeben können[31]. Diese Auffassung — insbesondere die zitierte Grundsatzentscheidung, gehen jedoch von der Prämisse aus, daß der Gesellschaftsvertrag eine solche „einheitliche" Vertretung zumindest dem Willen nach implizite vorschreibe. Sie dürfte darüber hinaus keine Geltung beanspruchen, obwohl das nicht ausdrücklich gesagt ist, zumindest scheint ein anderer Grund, dem Mehrfachvertreter unterschiedliche Stimmabgabe entsprechend dem ihm erteilten Auftrag zu untersagen, nicht ersichtlich.

Die Unterbeteiligung des Anlegers an einer von einer Zentralstelle gehaltenen Globalkommandite begründet keine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen dem Unterbeteiligten und der Gesellschaft; er hat es rechtlich nur mit dem Hauptkommanditisten, also der Zentralstelle allein zu tun[32]. Das mag sich im späteren Ergebnis des Einzelfalles auch einmal als vorteilhaft erweisen können, eine nur abhängige „Beteiligung an einer Beteiligung" dürfte jedoch in aller Regel den Wünschen und Vorstellungen der Anleger nicht entsprechen.

[30] BGH 20/363 ff. (in BGH 46/295 offen gelassen); Großkommentar, § 161 Anm. 32 und 37.

[31] BGH 46/294, Großkommentar a. a. O.

[32] Großkommentar, § 161 Anm. 30.

Wird die Zentralstelle jedoch als deren Treuhänder eingesetzt, so muß sie zwar ebenfalls formell und nach außen hin allein als Kommanditist erscheinen, wenn ausschließlich sie zur unmittelbaren Ausübung der Mitgliedschaftsrechte berufen sein soll. Wirtschaftlich sind aber die Treugeber die Beteiligten[33], zumal wenn der Gesellschaftsvertrag selbst eine solche Treuhandschaft vorsieht bzw. vorschreibt. Soweit erkennbar, ist noch nicht ausdrücklich entschieden worden, ob die allgemeine Regel, daß ein Kommanditist rechtsbegrifflich nicht mehrere Kommanditanteile der Gesellschaft innehaben könne, auch auch diese Fälle einer offenen und im Gesellschaftsvertrag gewollten Treuhänderschaft für eine Vielzahl unabhängiger Treugeber erstreckt werden muß, im Hinblick auf die Außenwirkung muß das aber wohl bejaht werden. In allen Fragen, die nur das Innenverhältnis der Gesellschaft betreffen, können die Nachbeteiligten jedoch durch den Gesellschaftsvertrag grundsätzlich so gestellt werden, als ob sie die unmittelbar Beteiligten wären. Dann kann aber auch vereinbart werden, daß der Treuhänder seine Rechte unterschiedlich im Sinne der von jedem von ihnen erteilten Weisungen ausübt.

Eine solche Regelung scheint in mancher Beziehung die ideale Zusammenfassung der mannigfachen Interessen einer Vielzahl von Anlern, die anderenfalls überhaupt nicht zum Zuge kommen würden:

Die Einzelbeteiligungen sind meist nicht groß genug, um den Aufwand persönlicher Teilnahme an der Gesellschafterversammlung oder die Bestellung eines Individualvertreters zu rechtfertigen, und ein anderweitiges Äquivalent für das Depotstimmrecht gibt es für diesen Gesellschaftstyp nicht. So wird die Tagesordnung der Gesellschafterversammlung von einer Minderheit zufällig anwesender Gesellschafter entschieden, die verhältnismäßig leicht manipuliert werden kann, soweit nicht ohnehin die Eigenstimmen der Verwaltung zur Entscheidung ausreichen.

Auch ein schriftliches Beschlußverfahren ist hier mangels ausreichender Unterrichts- und Diskussionsmöglichkeit kein sinnvoller Ersatz; es wird zur Henkersschlinge, wenn der Vertrag, wie es auch vorkommt, bestimmt, daß nicht abgegebene Stimmen für den Antrag der Verwaltung zu zählen seien.

So attraktiv deshalb die Bestellung einer Globalvertretung erscheint, erfüllt sie doch die ihr zugedachte Aufgabe nur, wenn der Vertreter bestimmte Voraussetzungen erfüllt, die nicht immer gegeben sind.

Erstes Gebot ist natürlich seine Unabhängigkeit gegenüber der persönlich haftenden Gesellschafterin. Wird, wie es öfter geschieht, eine

[33] A. a. O., Anm. 29.

dieser nahestehende Gesellschaft zum Treuhänder bestimmt, so ist die Vertretung der Interessen der Kommanditisten zumindest nicht mehr gewährleistet. Er muß ferner beurteilen können, was im Unternehmen vor sich geht; Angemessenheit und Erfolg der Geschäftstätigkeit der persönlich haftenden Gesellschafterin, wie auch Förderung und Entwicklung der Chancen des Unternehmens selbst. Dies freilich nicht aus der Kapazität des ausgesprochenen Fachmannes, aber doch mit dem Urteil eines guten Kreditinstituts, das bereit wäre, ein gleichartiges Projekt zu finanzieren. Dazu wird die mehr auf Ordnungsmäßigkeit ausgerichtete Sachkunde eines Wirtschaftsprüfers oft nicht ausreichen. Ferner sollte der Globalvertreter über genug eigenes Gewicht und Ansehen verfügen; er sollte seinen Namen zu verlieren haben.

Und schließlich müssen ihm auch in der Gesellschaft selbst die entsprechenden Rechte zustehen. Als mindestes wäre wohl ein uneingeschränktes Auskunfts- und Einsichtsrecht und der Vorbehalt seiner Zustimmung zu allen Geschäften zu verlangen, die sinnvollerweise der Zustimmung der Gesellschafter oder eines Beirats unterworfen werden sollten. Falls die Gesellschaft einen Beirat haben soll, müßte er in diesem die Mehrheit haben.

Gedanken über einen Minderheitenschutz bei den Personengesellschaften

ROBERT FISCHER

Erst nach einer langen leidvollen Entwicklung hat sich die Notwendigkeit erwiesen, im Aktienrecht zur Wahrung eines gerechten Interessenausgleichs für die verschiedenen Gruppen von Aktionären einen durchgreifenden Minderheitenschutz zu gewährleisten. Der ursprüngliche Optimismus, die Mehrheit in der Generalversammlung (Hauptversammlung) werde schon im eigenen Interesse die berechtigten Belange des gemeinsamen Unternehmens vertreten, wurde durch die rauhe Wirklichkeit enttäuscht. Gleichwohl hielt sich das Reichsgericht in seiner Rechtsprechung erstaunlich lange an das gesetzliche Leitbild, wie es in der amtlichen Begründung zur Aktienrechtsnovelle 1884 zum Ausdruck gekommen war[1]. Noch im Jahre 1907 sprach das Reichsgericht den für uns heute nicht mehr verständlichen Satz aus: „Das ist eine unabwendbare Folge des im Gesetz zur Anerkennung gelangten Grundsatzes, daß die Mehrheit der Aktienbesitzer über die Verwaltung der Gesellschaft und darüber entscheidet, was im Interesse der Gesellschaft und ihrer Aktionäre zu tun und zu lassen ist. Mit dieser Tatsache muß sich jeder abgefunden haben, der Aktien erwirbt"[2]. Die Erfahrungen mit dem Mißbrauch der Mehrheitsherrschaft, die in der Zeit vor dem ersten Weltkrieg zuweilen skrupellos zur Verfolgung eigensüchtiger Sonderinteressen eingesetzt worden war, haben im Laufe der folgenden Jahrzehnte zu der gesicherten Erkenntnis geführt, daß der Mehrheitsherrschaft immanente Schranken gezogen sind und daß den einzelnen Aktionären zur Wahrung ihrer Interessen zwingende Schutzrechte innerhalb der Gesellschaft zustehen müssen. Auf dieser Erkenntnis beruht der Ausbau eines durchgreifenden Minderheitenschutzes, wie er für die Aktiengesell-

[1] „Individualrechte müssen, sofern sie überhaupt zugelassen werden, immer als eine notwendige Ausnahme erscheinen. Der Regel nach muß man von dem Grundsatz ausgehen, daß die Gesellschaftsorgane die ihnen durch Gesetz oder Statut verliehenen Befugnisse legal ausüben ... und daß auch die Generalversammlung in ihren Mehrheitsbeschlüssen nicht die Sonderinteressen einzelner Aktionäre, sondern das Interesse des Ganzen verfolgt. Darauf beruht das Wesen einer Aktiengesellschaft und ihrer Organisation." Allgemeine Begründung zum Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften S. 155/56.

[2] RGZ 68, 246; dazu schon damals mit Recht kritisch *Bondi* DJZ 1908, 1007: „Noch niemals ist die brutale Macht der Aktienmehrheit gegenüber der Minderheit in einem Urteil schärfer betont werden."

schaft in den Aktiengesetzen von 1937 und verstärkt von 1965 gesetzlich verankert und wie er für die GmbH in Anlehnung an diese Vorschriften von der Rechtsprechung ausgebildet worden ist.

I.

Es mag auf den ersten Blick erstaunlich erscheinen, daß es für das Recht der Personenhandelsgesellschaften an einer gleichen oder ähnlichen Entwicklung wie im Aktienrecht und im Recht der GmbH fehlt, und daß es hier bisher nicht zur Anerkennung eines entsprechenden Schutzbereichs für den einzelnen Gesellschafter gekommen ist. Die Gründe hierfür sind mannigfaltig, ohne daß jedoch nach meinem Eindruck gesagt werden kann, daß sie zwingend gegen eine ähnliche Entwicklung sprechen. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß insoweit Unterschiede zwischen dem Recht der Kapitalgesellschaften und der Personenhandelsgesellschaften bestehen, und daß es bei diesen wohl ungleich schwieriger ist, die Grenzen für einen solchen Schutzbereich zugunsten des einzelnen Gesellschafters zu ziehen.

1.

Für den Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts stellte sich die Frage nach einem besonderen Schutzbereich für den einzelnen Gesellschafter nicht, da er — im Unterschied zu den Kapitalgesellschaften — hier den Gesellschaftern mit der Zubilligung der Vertragsfreiheit die sachgerechte Wahrnehmung ihrer Interessen selbst überließ und damit die Erwartung verband, daß diese Gestaltungsfreiheit die sicherste Gewähr für eine auch sachlich gerechte Regelung des jeweiligen Gesellschaftsverhältnisses bietet[3]. Dabei wurde — und zwar auch hier im Unterschied zum Recht der Kapitalgesellschaften — die Zubilligung der Vertragsfreiheit mit dem Grundsatz der Einstimmigkeit bei der Fassung von Gesellschafterbeschlüssen verknüpft und so dem einzelnen Gesellschafter die Möglichkeit eröffnet, auch im weiteren Zeitablauf auf die Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses den seinen Interessen dienenden Einfluß zu nehmen. Bei dem Grundsatz der Einstimmigkeit blieb ihm namentlich die Möglichkeit, Beschlüsse in entscheidenden Fragen, besonders bei der Umgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses durch eine Verweigerung seiner Zustimmung zu verhindern.

[3] Diese Regelung und die ihr zugrundeliegende Vorstellung des Gesetzgebers spielt bei der Rechtsanwendung noch heute eine entscheidende Rolle, wenngleich diese ständig bemüht ist, bei der Rechtsanwendung den heutigen Bedürfnissen der Wirtschaft Rechnung zu tragen.

In der Rechtswirklichkeit wurde dieser Grundsatz der Einstimmigkeit freilich in weitem Umfang aufgehoben und vielfach von der gesetzlich eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, eine spätere Änderung des Gesellschaftsverhältnisses im Wege von Mehrheitsbeschlüssen herbeizuführen. Für den damaligen Gesetzgeber erschien die Einräumung auch dieser Möglichkeit nicht problematisch, weil sie eine Willensübereinstimmung aller Gesellschafter voraussetzt und der Gesetzgeber der Meinung war, diese Entscheidung zur Herbeiführung einer sachgerechten und angemessenen Regelung des Gesellschaftsverhältnisses den Gesellschaftern überlassen zu können. Damit haben die Schwierigkeiten, die sich für den überstimmten Gesellschafter bei Mehrheitsbeschlüssen ergeben, auch bei den Personengesellschaften Eingang gefunden.

2.

Ein weiterer Unterschied zum Recht der Kapitalgesellschaften, der in diesem Zusammenhang von Bedeutung ist, hängt mit der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse im Bereich der Personenhandelsgesellschaften zusammen, die sich einer Formalisierung der Rechtsstellung des einzelnen Gesellschafters und der Bestimmung eines festen Schutzbereichs zugunsten des einzelnen Gesellschafters weitgehend entzieht. In dieser Hinsicht tritt die positive Seite der Vertragsfreiheit in Erscheinung, die es ermöglicht, in diesem Bereich durch eine sinnvolle Gestaltungsfreiheit den verschiedenen Bedürfnissen der Beteiligten Rechnung zu tragen und durch das ihr eigene Element der Beweglichkeit der Rechtsfortbildung in einem besonderen Maße zu dienen[4]. Der große Reichtum der hier zu beobachtenden Gestaltungsformen, der ein bedeutendes Verdienst unserer deutschen Vertragsjuristen ist und der gerade auch im Lebenswerk des Jubilars seinen bemerkenswerten Niederschlag findet, beweist, in wie hohem Maß die Mannigfaltigkeit der hier in Betracht kommenden Lebensverhältnisse in den Gesellschaftsverträgen ihren rechtsformenden Ausdruck finden kann. Dabei geht es hier vom Standpunkt des einzelnen Gesellschafters aus nicht wie bei der Aktiengesellschaft nur um die Anlage und Sicherung von Vermögenswerten, die der einzelne der Gesellschaft zur Verfügung stellt, sondern um eine Regelung, die unter Umständen tief in die Gestaltung des persönlichen Lebensbereichs des einzelnen Gesellschafters eingreift und die die unmittelbare Führung des gemeinsamen Unternehmens betrifft. Diese Vielfalt der Erscheinungsformen, die durch die jeweils verschiedenartigen persönlichen Fähigkeiten und Vorstellungen der unmittelbar Beteiligten bestimmt wird, entzieht sich weitgehend einer formalisierenden Betrachtungsweise und macht es schwer, gene-

[4] Vgl. dazu *Raiser* Festschrift 100 Jahre Deutscher Juristentag I S. 119.

relle Maßstäbe für den Schutzbereich der einzelnen Gesellschafter zu setzen.

Der Reichtum der hier gegebenen vertraglichen Gestaltungsformen, die an die individuellen und persönlichen Verhältnisse der Beteiligten ausgerichtet sind, enthält auch eine Schwäche, die hier von besonderer Bedeutung ist. Denn es entspricht einer allgemeinen Lebenserfahrung, daß die vertragliche Gestaltung eines Gesellschaftsverhältnisses nicht mit Sicherheit die zukünftige Entwicklung im persönlichen und gesellschaftlichen Bereich vorauszusehen vermag, und daß gerade dadurch im Hinblick auf die individuelle Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses Konflikte zu Lasten einzelner Gesellschafter ausgelöst werden können. Das hat zur Folge, daß gerade dadurch das Schutzbedürfnis der einzelnen Gesellschafter gegenüber der vertraglichen Regelung besonders groß werden kann.

3.

Im Unterschied zu den Kapitalgesellschaften wird das Gesellschaftsverhältnis bei den Personenhandelsgesellschaften in einem besonderen Maß durch die gesellschafterliche Treuepflicht bestimmt[5]. Das hat zur Folge, daß hier die Rechte und Pflichten der Gesellschafter nicht wie bei der Kapitalgesellschaft eine feste umrissene rechtliche Ausformung aufweisen, sondern eine gewisse Elastizität in sich tragen, die eine Anpassung an die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles ermöglicht und einer sachgerechten gegenseitigen Rücksichtnahme im gesellschaftlichen Bereich auch rechtlich Raum läßt. Dadurch kann einer mißbräuchlichen Ausnutzung gesellschaftsrechtlicher Rechtspositionen zu Lasten einzelner Gesellschafter leichter begegnet werden als dort, wo eine solche Rücksichtnahme nicht im gleichen Maß Inhalt und Umfang der Gesellschafterrechte bestimmt.

II.

Eine kritische Prüfung der in diesem Zusammenhang bedeutsamen und hier nur kurz skizzierten Unterschiede zu den Kapitalgesellschaften zeigt an Hand der Erfahrungen, die im Laufe der Zeit gemacht worden sind und jetzt deutlich werden, daß bei den Personenhandelsgesellschaften das Bedürfnis für die Anerkennung eines gesicherten Schutzbereichs für den einzelnen Gesellschafter m. E. nicht geleugnet werden kann, sie zeigt aber zugleich auch, daß eine solche Anerkennung unter sehr verschiedenartigen rechtlichen Aspekten vorgenommen werden muß.

[5] Dazu Robert *Fischer* Groß. Komm. HGB § 105 Anm. 31 a ff.

1.

Die Erfahrungen, die ganz allgemein mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit gemacht worden sind, haben die Erwartungen, die an diesen Grundsatz geknüpft worden waren, nicht in jeder Hinsicht bestätigt. Man ging davon aus, daß im Rechtsverkehr jeder für die Wahrung seiner Interessen selbst sorgen kann und soll, und daß demzufolge der frei ausgehandelte Vertrag eine Richtigkeitsgewähr in sich trage, weil er auf einem sinnvollen Ausgleich entgegengesetzter Interessen im Sinne des „Richtigen" beruht. Diese ideale Vorstellung hat sich in weiten Bereichen des Rechts nicht verwirklicht, und zwar überall dort nicht, wo sich unter den Vertragsbeteiligten eine ungleiche Machtlage herausbildete und dadurch ein gerechter Ausgleich der entgegengesetzten Interessen durch die Vertragsgestaltung nicht möglich ist[6]. Das zeigte sich insbesondere auf Gebieten, wo es zur rechtlichen oder faktischen Monopolbildung kam, auf Gebieten einseitiger Warenverknappung (etwa auf dem Wohnungsmarkt) sowie dort, wo sozial oder intellektuell unterlegene Vertragspartner nicht zur sachgerechten Wahrnehmung ihrer Interessen bei der Festlegung des jeweiligen Vertragsinhalts im Stande waren. Schließlich versagte der Grundsatz der Vertragsfreiheit im Sinne einer Richtigkeitsgewähr in weiten Bereichen, die im Interesse einer kalkulatorischen Rationalisierung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen beherrscht werden, weil diese vielfach von einer betont einseitigen Interessenwahrnehmung ausgehen.

Die rechtlichen Bedenken, die sich angesichts dieser Entwicklung gegen Mißbräuche der Vertragsfreiheit ergeben, gelten — auch bei einer besonders kritischen Beurteilung — im allgemeinen nicht für den Abschluß von Geschäftsverträgen bei Personenhandelsgesellschaften. Hier ist im allgemeinen die Sachlage so, daß der jeweilige Vertrag meist unter rechtskundiger Beratung aller Beteiligten von diesen individuell ausgehandelt und unter Berücksichtigung der verschiedenartigen persönlichen Interessen und Bedürfnisse der Vertragschließenden festgelegt wird. Im allgemeinen kann in diesem Bereich nicht davon gesprochen werden, daß unter den Gesellschaftern bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages eine ungleiche Machtlage besteht oder eine soziale oder intellektuelle Unterlegenheit einzelner eine sachgerechte Wahrnehmung ihrer Interessen nicht möglich macht. In dieser Tatsache liegt nach meiner Erfahrung auch der eigentliche Grund für die große Zurückhaltung, die die höchstrichterliche Rechtsprechung seit langem bei einer inhaltlichen Überprüfung der Gesellschaftsverträge übt. Die Rechtsprechung läßt sich dabei von dem Gedanken leiten,

[6] Vgl. dazu etwa *Raiser* Festschrift 100 Jahre Deutscher Juristentag I S. 101 ff. *Flume* ebd. I S. 135 ff.

daß man es bei den hier gegebenen Verhältnissen den Beteiligten selbst überlassen sollte und auch überlassen kann, für eine sachgerechte Regelung ihrer Rechtsbeziehungen zu sorgen. Gerade angesichts der Vielfalt und Unterschiede der hier zu ordenden Lebenstatbestände glaubt die höchstrichterliche Rechtsprechung, den Interessen der Beteiligten am besten dadurch Rechnung zu tragen, daß sie möglichst wenig generalisierende Richtlinien aufstellt und sich möglichst weitgehend von korrigierenden Eingriffen freihält. Denn es entspricht richterlicher Erfahrung auf diesem Gebiet, daß eine Regelung, die in dem einen Fall nicht den Grundsätzen von Treu und Glauben entsprechen mag, in einem anderen Fall der gegebenen Interessenlage einen durchaus sachgerechten Ausdruck geben kann. Diese Erfahrung nötigt den Revisionsrichter dazu, sich bei solchen Tatbeständen vor einer rechtlich generalisierenden Betrachtung in Acht zu nehmen und zu versuchen, dem einzelnen Tatbestand nur nach den sehr viel gröberen Maßstäben des § 138 BGB als Einzelfall gerecht zu werden. Mit dieser grundsätzlichen Einstellung hängt es nach meinem Eindruck zusammen, daß die Rechtsprechung bisher noch nicht dazu gekommen ist, sich gegenüber manchen gesellschaftsvertraglichen Einzelregelungen in stärkerem Maße um die Grenzen eines generell bestimmten Schutzbereichs zugunsten der einzelnen Gesellschafter zu bemühen.

Die vorstehenden Ausführungen zur Bedeutung und Wirkungskraft der Vertragsfreiheit im gesellschaftsvertraglichen Bereich bedürfen aber noch einer Ergänzung. In neuerer Zeit bahnt sich bei der Errichtung von Kommanditgesellschaften bestimmter Art eine Entwicklung an, die auch in diesem Bereich die Möglichkeiten einer mißbräuchlichen Handhabung der Vertragsfreiheit deutlich macht. Es handelt sich dabei um die sog. Publikums- oder Anlage-Kommanditgesellschaften, die ihre Mitglieder mit Verkaufsprospekten in der Öffentlichkeit werben und den Fondszeichnern (Kommanditisten) einen bereits formulierten Gesellschaftsvertrag zur Unterzeichnung vorlegen[7]. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Gesellschaftsverträge dieser Anlagegesellschaften nicht mit den einzelnen Kommanditisten besprochen und ausgehandelt werden können; die Kommanditisten können auf den Inhalt des einzelnen Vertrages keinen Einfluß nehmen, so daß hier eine interessengemäße Wahrnehmung durch die einzelnen Vertragspartner beim Abschluß des Vertrages auch nicht gewährleistet ist. Bei diesen Verträgen ergibt sich ein ähnliches Problem, wie wir es bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bereits kennen. Auch hier wird die Rechtsprechung aufgerufen sein, die notwendige Inhaltskontrolle der Verträge, die durch die Vertragsfreiheit nicht gewähr-

[7] Vgl. dazu *Schneider* Betr. 1973, 957; *Wiedemann* Festschrift für Harry Westermann 1974 S. 590 f.

leistet ist, ihrerseits vorzunehmen und den notwendigen Schutz der Fondszeichner sicherzustellen. Dabei kann sich diese Kontrolle, wie Wiedemann[8] mit Recht hervorhebt, im allgemeinen nicht an den dispositiven Vorschriften der §§ 161 ff HGB ausrichten, da diese Vorschriften den Besonderheiten solcher Kapitalanlagegesellschaften nicht gerecht werden. Das ist aber kein Grund, insoweit zu resignieren. Vielmehr bin ich überzeugt, daß diese Aufgabe die Rechtsprechung zu meistern vermag. Es handelt sich hierbei um typische Vertragsgestaltungen, die von den Besonderheiten des einzelnen Falles, namentlich von den individuellen Verhältnissen der Beteiligten unabhängig sind. Diese Anlagegesellschaften, die als Kapitalsammelbecken für bestimmte Zwecke Funktionen wie die Aktiengesellschaften in früherer Zeit erfüllen, und bei denen die Kapitalzeichner (Kommanditisten) in einer bestimmten Form der Unternehmensführung gegenüberstehen, lassen sich nach generalisierenden Gesichtspunkten beurteilen. Des weiteren besteht bei diesen Gesellschaften ein besonderes Schutzbedürfnis für die Kommanditisten, die auf die Gestaltung des Vertragsinhalts keinen Einfluß haben und denen im allgemeinen auch die Geschäftserfahrung fehlt, die Unternehmensleitung sinnvoll zu kontrollieren (intellektuelle Unterlegenheit). Damit sind hier die typischen Kennzeichen einer ungleichen Machtlage gegeben, die die Rechtsprechung wie auch in anderen Fällen bei Mißbrauch der Vertragsfreiheit durch einseitig vorformulierte Verträge zur Inhaltskontrolle nötigt, solange der Gesetzgeber nicht selbst für diesen Teilbereich eine besondere gesetzliche Regelung geschaffen hat.

Es ist in diesem Zusammenhang aber noch auf einen anderen Gesichtspunkt hinzuweisen, der für einzelne Gesellschaftergruppen bei der Abfassung von Gesellschaftsverträgen gewisse Gefahren heraufbeschwören kann. In Deutschland werden bei den Personengesellschaften die Gesellschaftsverträge und ihre notwendigen Änderungen meist von den ständigen rechtskundigen Beratern der Unternehmensleitung — also der persönlich haftenden Gesellschafter — mit den Gesellschaftern besprochen und von ihnen formuliert. Das kann unter Umständen zu einem Übergewicht der Gesellschaftergruppe führen, die die Unternehmensleitung repräsentiert, und ein ausgewogenes Verhältnis der verschiedenen Gesellschaftergruppen beim Aushandeln des Vertrages beeinträchtigen[9]. Ich meine, daß sich die Rechtsprechung

[8] A. a. O. S. 591.

[9] In diesem Zusammenhang ist als Gegenbeispiel auch auf den Beitrag von *Barz* in der Festschrift für Alexander Knur hinzuweisen. Hier sind in einer m. E. vorbildlichen und sachlich ausgewogenen Weise an Hand des Entnahmerechts die Gesichtspunkte dargelegt, die bei einer anwaltlichen Beratung der gesellschaftsvertraglichen Regelung dieses Rechts von den Beteiligten bedacht werden sollten.

dieser Rechtstatsache bei der Prüfung einzelner Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages bewußt sein und daran denken sollte, daß aus diesem Grund das Gleichgewicht beim Aushandeln des Vertrages gestört gewesen sein könnte[10]. Das kann aber immer nur dazu führen, daß sich die Rechtsprechung bei der Prüfung unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB bewußt ist, daß die der Geschäftsführung nicht zugehörige Gesellschaftergruppe unter Umständen die Tragweite der ihr nachteiligen Vertragsbestimmungen bei der Abfassung des Vertrages nicht voll erkannt hat, und daß diese Tatsache dann auch eine entsprechende Berücksichtigung erfordert.

2.

Sehr viel problematischer kann die Rechtslage werden, wenn bei den Personengesellschaften das der Vertragsfreiheit zugrunde liegende Einstimmigkeitsprinzip aufgegeben und auch für die Änderungen des Gesellschaftsvertrages das Mehrheitsprinzip übernommen wird. Hier wird die jedem Mehrheitsprinzip immanente Gefahr aktuell, daß die Mehrheit die ihr übertragenen Befugnisse mißbraucht und dadurch die Grenzen überschreitet, die ihr insoweit gezogen sind. Dabei ist hier die Gefährdung der überstimmten Gesellschafter ungleich größer als bei den Kapitalgesellschaften, da bei den Personengesellschaften nicht nur die Vermögensbeteiligung des überstimmten Gesellschafters beeinträchtigt werden kann, sondern auch Eingriffe in den persönlichen Lebensbereich des betreffenden Gesellschafters in Betracht kommen[11]. Es kann daher auch nicht verwundern, daß sich in neuerer Zeit gerade mit diesen Tatbeständen das Schrifttum zunehmend befaßt und sie einer kritischen Prüfung unterzieht[12].

Es ist bemerkenswert, in welcher Weise die Rechtsprechung der früh erkannten Gefahr eines Machtmißbrauchs bei Ausübung der Mehrheitsherrschaft in den Personenehandelsgesellschaften zu begegnen versucht hat. Sie hat dabei, wie das häufig in der höchstrichter-

[10] So habe ich aus meiner früheren langjährigen Tätigkeit im handelsrechtlichen Senat des Bundesgerichtshofes den Eindruck gewonnen, daß bei der Formulierung von Nachfolgeklauseln das verständliche Interesse an einer Erhaltung und Fortführung des Unternehmens gegenüber den Interessen der übrigen Erben häufig ein wenig überbetont wird (Tendenz zur Entwicklung eines gewerblichen Höferechts); auch bei der Formulierung von Abfindungsregelungen ist derartiges zu bemerken.

[11] Vgl. etwa den Tatbestand der Entscheidung BGH NJW 1973, 651 mit Anm. von *Schneider* a. a. O. S. 751.

[12] Vgl. etwa Rob. *Fischer* ZHR 130, 366; *Huber* Vermögensanteil, Kapitalanteil und Geschäftsanteil in Personalgesellschaften des Handelsrechts S. 241 ff.; H. P. *Westermann* Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften S. 159 f.; *Schneider* ZGR 1972, 357; *Mertens* Betr. 1973, 413; *Wiedemann* Festschrift für Harry Westermann S. 585 ff.

lichen Rechtsprechung zu beobachten ist, wenn sie im Begriff steht, Neuland zu betreten und die Tragweite einer neu eingeleiteten Judikatur noch nicht recht zu übersehen vermag, auf eine zunächst ganz harmlos wirkende Auslegungsregel zurückgegriffen. In diesem Sinne hat das Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen für die Zulässigkeit einer Abänderung des Gesellschaftsvertrages durch Mehrheitsbeschluß den (Auslegungs-) Grundsatz aufgestellt, daß sich die Zulässigkeit eines solchen Beschlusses, besonders auch für den in Frage stehenden Beschlußgegenstand unzweideutig aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben müsse[13]. Für die Erhöhung der Beitragspflicht ist das Reichsgericht sodann noch einen Schritt weiter gegangen, wobei es zunächst auch wieder den genannten Auslegungsgrundsatz erwähnt aber sodann hinzugefügt hat, daß der Zulässigkeit eines solchen Erhöhungsbeschlusses gewisse Grenzen gezogen seien, da eine schrankenlose Unterwerfung der Minderheit unter die Mehrheit gegen die guten Sitten verstoßen würde[14].

Mertens[15] mißt dem vom Reichsgericht aufgestellten und vom Bundesgerichtshof übernommenen Bestimmtheitsgrundsatz für die Zulässigkeit einer Abänderung des Gesellschaftsvertrages durch Mehrheitsbeschluß „ein hohes Maß minderheitsschützender Prävention" zu, weil die Mehrheit in zahlreichen Fällen nicht auf eine solche spezielle Regelungskompetenz wird zurückgreifen können. Ich kann diesen Optimismus nicht teilen[16]. Es liegt im Wesen solcher Kunstgriffe, zu denen die höchstrichterliche Rechtsprechung zuweilen — und ich meine nicht zu Unrecht — greift, weil eine solche Methode für die Entscheidung des vorliegenden Streitfalls ausreicht, daß sie auf die Dauer nicht wirksam bleiben können. In diesem Fall fordert man die Kantelarjurisprudenz zu Vertragsgestaltungen heraus, die einem so aufgestellten Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung tragen, ohne daß dadurch das eigentliche Problem einer etwa notwendigen allgemeinen Beschränkung der Mehrheitsherrschaft aus der Welt geschafft ist. Es handelt sich hierbei um etwas Ähnliches, was wir früher bei der sog. Unklarheitenregel zur Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen erlebt haben. Für eine gewisse Zeit war eine solche Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich, sie mußte jedoch ihre Wirkungskraft verlieren, als die Verfasser dieser Bedingungen die entsprechenden Klauseln in aller nur möglichen Deutlichkeit formu-

[13] Vgl. die Nachweise bei Rob. *Fischer* Groß. Komm. HGB § 119 Anm. 12. Dieser Auffassung hat sich der Bundesgerichtshof in einer grundsätzlich gehaltenen Entscheidung angeschlossen (vgl. BGHZ 8, 35, 41; ferner BGH WM 1961, 304).

[14] Vgl. RGZ 151, 327.

[15] A. a. O. S. 416.

[16] Vgl. auch die Zweifel, die *Mertens* a. a. O. S. 418 selbst äußert.

lierten und damit für die Annahme einer Unklarheit keinen Raum mehr ließen[17]. Man wird daher nach meiner Überzeugung von dem Bestimmtheitsgrundsatz auf die Dauer keinen wirksamen Schutz gegen Mißbräuche der Mehrheitsherrschaft erwarten können. Vielmehr wird man sich — und das gilt namentlich für die höchstrichterliche Rechtsprechung — dazu durchringen müssen, hier bestimmte Grenzen für die Mehrheitsherrschaft aufzustellen, wie es das Reichsgericht bereits für Mehrheitsbeschlüsse bei der Erhöhung der Beiträge getan hat. Das wird auch ungeachtet der Tatsache notwendig sein, daß bei den Personenhandelsgesellschaften angesichts der Vielgestaltigkeit und der großen Unterschiedlichkeit der hier zu regelnden Lebenstatbestände die Aufstellung solcher Grundsätze eine große Behutsamkeit erfordert und gegebenenfalls zunächst eine etwas stärkere Anlehnung an den zur Entscheidung gestellten Sachverhalt nahelegen sollte.

Für eine solche Beurteilung geben m. E. drei höchstrichterliche Entscheidungen einen gewissen Anhaltspunkt für die Maßstäbe, an denen sich die Rechtsprechung insoweit ausrichten könnte. Es sind das die Entscheidungen RGZ 91, 166, BGHZ 20, 363[18], 48, 251. In der ersten dieser Entscheidungen wird bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Erhöhung der Beitragspflicht durch Mehrheitsbeschluß bereits auf die entsprechenden Vorschriften bei den Kapitalgesellschaften, die §§ 276 HGB, 53 Abs. 3 GmbHG, hingewiesen und ihre Bedeutung auch in diesem Zusammenhang gewürdigt. Derselbe Gedanke kehrt in der zweiten der genannten Entscheidungen wieder. Es wird dabei hervorgehoben, daß die Bestimmung des § 53 Abs. 3 GmbHG (vgl. auch § 35 BGB) zwar bei den Personenhandelsgesellschaften nicht — auch nicht entsprechend — angewendet werden könne, daß jedoch der allgemeine Rechtsgrundsatz, der letzten Endes auch der Vorschrift des § 53 Abs. 3 GmbHG zugrundeliegt, daß nämlich eine sachlich unbegrenzte Einschränkung der wirtschaftlichen und damit auch der persönlichen Freiheit eines einzelnen nicht gebilligt werden kann, auch im Bereich der Personenhandelsgesellschaften Berücksichtigung verlangt. Es scheint mir erwägenswert, den Hinweisen in diesen beiden Entscheidungen eine stärkere Beachtung zu widmen und zu versuchen, von hier aus eine nähere Konkretisierung der Schranken der Mehrheitsherrschaft auch bei den Personenhandelsgesellschaften zu gewinnen. Dieser Versuch darf m. E. nicht vorschnell zu einer schematisierenden Beurteilung führen, wie sie den §§ 53 Abs. 3 GmbHG, 35 BGB zugrundeliegt, sondern muß der Vielgestaltigkeit und Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse bei den Personenhandelsgesell-

[17] Vgl. dazu Rob. *Fischer* ZHR 125, 205 ff.

[18] Vgl. dazu auch meine Anm. bei LM Nr. 1 zu § 119 HGB betr. BGHZ 8, 35.

schaften Rechnung tragen. Die Auffassung des Reichsgerichts, nach der dispositiven Vorschrift des § 707 BGB (keine Erhöhung der Beitragspflicht) solle nicht das Mehrheitsprinzip, sondern die Freiheit des einzelnen den Ausgangspunkt bilden[19], kann insoweit eine Leitlinie geben, nämlich in der Richtung, daß bei umfassender objektiver Beurteilung aller im Einzelfall vorliegenden Umstände sachlich gerechtfertigte Gründe für einen derartigen Eingriff in die wirtschaftliche und damit auch persönliche Freiheit des einzelnen durch einen Mehrheitsbeschluß gegeben sein müssen. Dabei kann namentlich auch eine Veränderung der Verhältnisse, wie sie im Laufe einer langen Entwicklung in dem Geschäftsunternehmen in persönlicher und sachlicher Hinsicht eingetreten ist und erfahrungsgemäß bei der Abfassung des Gesellschaftsvertrages noch nicht abgesehen werden kann, eine sachgerechte Berücksichtigung finden. Diese Auffassung berührt sich mit Gedanken, die im Schrifttum im Zusammenhang mit einer vorsichtigen Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 35 BGB geäußert werden[20]. In diesen Bereich wird man neben einer allgemeinen oder individuellen Erhöhung oder Ausdehnung von Gesellschafterpflichten auch die Änderung des Gesellschaftszwecks sowie Eingriffe in die Rechtsstellung eines einzelnen Gesellschafters zu rechnen haben, sofern diese nach dem Gesellschaftsvertrag auch ohne wichtigen Grund durch Mehrheitsbeschluß vorgenommen werden können.

Die dritte der oben genannten Entscheidungen macht deutlich, in welcher Weise die höchstrichterliche Rechtsprechung überdies in der Lage ist, durch eine umfassende Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles seinen Besonderheiten gerecht zu werden und Ansätze für eine allgemeine Beurteilung zu entwickeln. Ich meine, daß diese Entscheidung insbesondere deutlich macht, daß sich die Rechtsprechung in diesem Bereich nicht vorschnell mit allgemeinen Kategorien, wie der Vertragsfreiheit oder dem Vertragswillen, begnügen, sondern sich auch mit den Folgerungen befassen sollte, die sich im konkreten Einzelfall aus der Verwertung solcher allgemeinen Kategorien ergeben würden.

Es liegt nahe, einer derartigen individuellen Betrachtungsweise den Einwand entgegenzuhalten, sie gefährde die Rechtssicherheit und führe zu einer unerwünschten Einzelfall-Rechtsprechung, die in erster Linie für die Beteiligten und die Vertragspraxis, aber auch für die Rechtsprechung der Instanzgerichte Unsicherheit mit sich bringe. Ich glaube nicht, daß dieser Einwand, dem man an sich in diesem Bereich

[19] RGZ 91, 166, 168.

[20] Vgl. etwa *Spengler* Festschrift für Philipp Möhring S. 179; *Huber* a. a. O. (Anm. 12) S. 41; *Mertens* Betr. 1973, 413.

immer besondere Beachtung schenken muß, bei einer sachgerechten und behutsamen Handhabung berechtigt ist. Es drängt sich auf, in diesem Zusammenhang an die Erfahrungen zu erinnern, die mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes zu der Annahme eines wichtigen Grundes für Übernahme-, Ausschließungs- und Auflösungsklagen gemacht worden sind. Seit den 30er Jahren hat das Reichsgericht in diesem Bereich in zunehmendem Maß einen betont individualisierenden Beurteilungsmaßstab angelegt, die umfassende Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles gefordert und dabei immer wieder neue Gesichtspunkte hervorgehoben, die bei einer solchen umfassenden Berücksichtigung zu beachten seien[21].

Der Bundesgerichtshof hat sodann an diese Rechtsprechung angeknüpft und sie noch weiter entwickelt und ausgebaut[22]. Dabei hat die Rechtsprechung die Formel, die Ausschließung oder die Übernahme des Gesellschaftsunternehmens sei gleichsam nur das letzte Mittel, um dem aufgetretenen Zerwürfnis unter den Gesellschaftern Rechnung zu tragen, als Ansatzpunkt für eine Prüfung in der Richtung benutzt, ob nicht durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages eine den betroffenen Gesellschafter weniger belastende Regelung herbeigeführt werden könne. Dabei ist die Rechtsprechung im Grunde erstaunlich weit gegangen, indem sie in diesem Zusammenhang etwa die Möglichkeit einer Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, einer Zurückstufung des persönlich haftenden Gesellschafters in die Stellung eines Kommanditisten, die Einschränkung oder das Ruhen des Stimmrechts des betroffenen Gesellschafters, die vorzeitige Übertragung seines Gesellschaftsanteils auf seine späteren Erben in den Kreis ihrer Erwägungen einbezogen hat[23]. Diese Rechtsprechung hat es namentlich auch ermöglicht, grobe Unbilligkeiten bei der Berechnung des Abfindungsguthabens des betroffenen Gesellschafters auszuräumen und die klagenden Gesellschafter zu einem sachgerechten Abfindungsangebot zu veranlassen[24].

Man hätte fürchten können, daß diese individualisierende und ungemein stark in das Gesellschaftsverhältnis eingreifende Rechtsprechung, die sogar einen — allerdings nur mittelbaren — korrigie-

[21] Vgl. etwa RGZ 146, 169; 153, 280; LZ 1932, 1145; ZAkDR 1938, 638; HRR 1941, 777; DR 1942, 733.

[22] Vgl. BGHZ 4, 108; 6, 113; 18, 350; 31, 295; WM 1961, 886; 1966, 29; 1971, 20.

[23] Vgl. etwa RGZ 146, 169, 180; *Seufferts* A 93, Nr. 8; BGHZ 18, 350, 362 ff.; WM 1961, 886, 1971, 22. Diese Fortbildung des Rechts durch die Rechtsprechung hat im Schrifttum weitgehend Zustimmung gefunden; vgl. dazu statt anderen Hueck Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl. S. 440; Ulmer Gross. Komm. HGB § 140 Anm. 18, 19; § 133 Anm. 41.

[24] BGH WM 1971, 22; ferner BGH LM Nr. 6 zu § 140 HGB.

renden Eingriff in den Gesellschaftsvertrag zum Schutz des betroffenen Gesellschafters nicht scheut, zu einer Rechtsunsicherheit und zu einer Häufung von Prozessen dieser Art führen werde. Eine solche Gefahr hat sich nicht realisiert; im Gegenteil, die erwähnte Rechtsprechung hat nach meinem Eindruß in diesem Bereich zu einer Beruhigung geführt und den Instanzgerichten ein brauchbares Mittel in die Hand gegeben, zu einem sachgerechten und ausgewogenen Ergebnis zu gelangen, das namentlich auch der Mannigfaltigkeit und Vielgestaltigkeit der hier gegebenen Lebensverhältnisse Rechnung zu tragen vermag. Ich glaube daher, daß gerade die richterlichen Erfahrungen, die im Anwendungsbereich der §§ 140, 142 HGB gemacht worden sind, die Rechtsprechung ermutigen sollten, ihr Augenmerk verstärkt der Frage zuzuwenden, ob und wie die Grenzen für einen Schutzbereich überstimmter Gesellschafter gegenüber Mehrheitsbeschlüssen näher konkretisiert werden können.

3.

Im Unterschied zu den Kapitalgesellschaften bietet bei den Personenhandelsgesellschaften die Berücksichtigung der gesellschafterlichen Treuepflicht eine geeignete Handhabe, den berechtigten Belangen einzelner Gesellschafter gegenüber Mehrheitsbeschlüssen oder auch gegenüber gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen, die im Laufe der Jahre durch die fortschreitende Entwicklung des Unternehmens den ursprünglichen Vorstellungen bei Abfassung des Vertrages nicht mehr entsprechen, in ausreichendem Maß Rechnung zu tragen.

Einen praktisch bedeutsamen Anwendungsfall bietet in dieser Hinsicht das Entnahmerecht für den einzelnen Gesellschafter. Mit Rücksicht darauf, daß die dispositive gesetzliche Regelung in den §§ 121/22 HGB den heutigen Verhältnissen nicht mehr Rechnung trägt[25], ist es üblich geworden und jedenfalls angebracht, für das Entnahmerecht eine besondere Regelung im Gesellschaftsvertrag zu treffen und die Beschlußfassung darüber der Gesellschafterversammlung zu übertragen. Das hat zur Folge, daß namentlich bei den Kommanditgesellschaften, bei denen heute bei Beschlußgegenständen dieser Art in weitem Umfang das Mehrheitsprinzip gilt, mit der Gewinnfeststellung durch die Mehrheit diese praktisch auch über den Umfang des Entnahmerechts beschließt. Dadurch ergibt sich für die Kommanditisten, die auf ihr Gewinnbezugsrecht — schon mit Rücksicht auf ihre Steuerschulden — angewiesen sind, eine potentielle Gefährdung, da die in der Geschäftsleitung tätigen Gesellschafter schon wegen ihrer Geschäftsführervergütung, aber auch aus anderen Gründen (besonderes

[25] Vgl. *Barz* Festschrift für Alexander Knur S. 25 ff.

Interesse an einer finanziellen Stärkung des Gesellschaftsunternehmens) nicht in gleicher Weise an einer möglichst hohen Gewinnausschüttung interessiert sind. Diese Gefährdung der Kommanditisten ist, wie die Erfahrung lehrt[26], wohl nicht sehr aktuell, da die Handhabung in der Praxis in diesem Bereich offenbar sachgerecht ist und den schutzwerten Belangen aller Gesellschafter Rechnung trägt. Sollte dies jedoch in einem Einzelfall nicht geschehen und etwa dem Interesse des Unternehmens an einer Vergrößerung der Eigenkapitalbildung über Gebühr Rechnung getragen werden, so kann einer solchen Handhabung oder einem anderweitigen Mißbrauch der Mehrheit bei der Gewinnfeststellung unschwer mit dem rechtlichen Gesichtspunkt einer Verletzung der gesellschafterlichen Treuepflicht begegnet werden[27]. Für die Rechtsprechung werden sich dabei keine besonderen Schwierigkeiten ergeben.

Ein anderer Anwendungsfall für die gesellschafterliche Treuepflicht, um mit ihr den Schutzbereich zugunsten einzelner Gesellschafter zu sichern, ist die Berechnung des Abfindungsguthabens beim Ausscheiden eines Gesellschafters. Bei älteren Gesellschaftsverträgen erweist sich die vertragliche Abfindungsregelung nicht selten durch die inzwischen eingetretene Entwicklung des Unternehmens als überholt. Das gilt namentlich von einer Regelung, die die Buchwerte für die Berechnung des Abfindungsguthabens zugrunde legt, wenn durch die inzwischen notwendig gewordene Eigenkapitalbildung in dem Unternehmen der wahre Wert des Gesellschaftsanteils ein Vielfaches des Buchwertes beträgt und durch diese Entwicklung die Vorstellungen der Beteiligten bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages in ihren Grundlagen verändert worden sind. Hier wird nach den Grundsätzen der gesellschafterlichen Treuepflicht häufig eine Korrektur notwendig werden, wie sie die Rechtsprechung — im Grund aus den gleichen Erwägungen — schon seit langem bei den Ausschließungs- und Übernahmeklagen vornimmt. Das ist in rechtlicher Hinsicht auch nichts besonderes, weil es sich hierbei um einen Anwendungsfall des Rechtsgedankens, wie er durch eine Anpassung des Vertrages beim nachträglichen Wegfall der Geschäftsgrundlage entwickelt worden ist, handelt, dem man jedoch

[26] Ich habe während meiner fast 18jährigen Zugehörigkeit zum handelsrechtlichen Senat des Bundesgerichtshofes dieser Frage immer mein besonderes Augenmerk zugewendet und die mir damals zugänglichen zahlreichen Gesellschaftsverträge in dieser Hinsicht geprüft, ohne eigentlich wesentliche Anstände feststellen zu können. Dem entspricht es, daß der Bundesgerichtshof bisher auch keine grundsätzliche Entscheidung über den Schutzbereich einzelner Gesellschafter bei der Bestimmung seines Entnahmerechts zu treffen brauchte.

[27] Vgl. *Barz* a. a. O. S. 36; *Ernst* BB 1961, 380. Der Heranziehung des Rechtsgedankens des § 315 BGB (so *Huber* a. a. O. (s. Anm. 12) S. 43) bedarf es insoweit m. E. nicht.

hier durch den rechtlichen Gesichtspunkt der gesellschafterlichen Treuepflicht besser gerecht werden kann. Denn unter diesem Gesichtspunkt ist eine gegenseitige Rücksichtnahme geboten, die auch dem ausscheidenden Gesellschafter im Hinblick auf den wirtschaftlichen Fortbestand des bisher gemeinsamen Unternehmens Bindungen auferlegt. Andererseits sollte man sich in diesem Bereich nicht auf die Tatbestände beschränken, bei denen erst durch eine nachträgliche Änderung der Verhältnisse die Unbilligkeit der ursprünglich getroffenen Abfindungsregelung zutage getreten ist. Es erscheint mir vielmehr auch dann eine solche Prüfung unter dem Gesichtspunkt der gesellschafterlichen Treuepflicht geboten, wenn eine solche Unbilligkeit schon in dem Zeitpunkt, in dem die betreffende gesellschaftsvertragliche Regelung getroffen worden ist, vorgelegen hat. Das gilt in erster Linie zugunsten überstimmter Gesellschafter für Änderungen des Gesellschaftsvertrages, die in zulässiger Weise durch Mehrheitsbeschluß herbeigeführt worden sind. Es ist m. E. nicht vertretbar, eine solche geänderte Regelung nur nach den sehr viel gröberen Maßstäben des § 138 BGB zu messen, sondern es erscheint mir notwendig, auch hier, wie bei der Gewinnfeststellung und dem darauf beruhenden Entnahmerecht, der Beachtung der gesellschafterlichen Treuepflicht Raum zu geben.

III.

Die vorstehenden Ausführungen sind nur als eine Skizze für die Entwicklung eines besonderen Bestandschutzes zugunsten einzelner Gesellschafter innerhalb einer Personenhandelsgesellschaft gedacht. Sie sollen deutlich machen, daß hier im allgemeinen ein formalisierter Schutzbereich für den einzelnen Gesellschafter nur schwer bestimmt werden kann. Sie sollen andererseits den Blick dafür schärfen, daß das Problem eines solchen Schutzes nicht unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit und der einverständlich gewollten Vertragsregelung beiseite geschoben werden kann. Das gilt namentlich für den weiten Bereich, in dem durch Beschlüsse einer Gesellschaftermehrheit in die Rechtsposition überstimmter Gesellschafter eingegriffen worden ist. Des weiteren sollte m. E. hier dem rechtlichen Gesichtspunkt der gesellschafterlichen Treuepflicht ein erhöhtes Augenmerk zugewendet werden, zumal die Rechtsprechung schon seit langer Zeit die Möglichkeit einer Verpflichtung zur Änderung des Gesellschaftsvertrages unter diesem Gesichtspunkt bejaht hat[28].

[28] Vgl dazu die Nachweise bei Rob. *Fischer* Groß. Komm. HGB § 105 Anm. 31 c; *Hueck*, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft 4. Aufl. S. 173 f.

Für die Rechtsprechung wird sich in diesem Bereich nach meiner Überzeugung für die Zukunft noch eine besondere Aufgabe stellen, die sie behutsam, aber doch auch mit einem offenen Blick auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse und Folgen für alle Beteiligten lösen sollte.