

Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht
ZGR-Sonderheft 13

Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

herausgegeben von

Peter Hommelhoff, Klaus J. Hopt, Marcus Lutter,
Walter Odersky, Herbert Wiedemann

Sonderheft 13



Walter de Gruyter · Berlin · New York

Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht

**Deutschland, Europa und USA
11. ZGR-Symposion „25 Jahre ZGR“**

herausgegeben von

Marcus Lutter und Herbert Wiedemann



Walter de Gruyter · Berlin · New York · 1998

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier, das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

[Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht / ZGR-Sonderheft]

Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. ZGR-Sonderheft. – Berlin ; New York : de Gruyter

Früher Schriftenreihe

Reihe Sonderheft zu: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

13. Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht. – 1997

Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht : Deutschland, Europa und USA / 11. ZGR-Symposion „25 Jahre ZGR“. Hrsg. von Marcus Lutter und Herbert Wiedemann. – Berlin ; New York : de Gruyter, 1997

(Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht : ZGR-Sonderheft ; 13)

ISBN 3-11-015692-X

© Copyright 1997 by Walter de Gruyter & Co., D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Satz und Druck: Arthur Collignon GmbH, Berlin

Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Berlin

Vorwort

Dieses Buch enthält die Referate und Diskussionsberichte über das 11. ZGR-Symposium, das am 5. und 6. September 1996 im Festsaal der Universität Bonn stattgefunden hat.

Mit diesem Symposium und der Hilfe seiner Teilnehmer – hoher Richter, Rechtsanwälte, Juristen aus den Unternehmen und Kollegen von den Universitäten – wollten die Herausgeber zugleich der Gründung der Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht vor 25 Jahren gedenken. Und sie wollten dabei in Dankbarkeit und Verehrung an ihre Mitbegründer erinnern, den Rechtsanwalt und Notar *Dr. Carl Hans Barz* und den einstigen Präsidenten des Bundesgerichtshofs *Dr. Dr. h. c. Robert Fischer*, beide haben Ziel und Inhalt, kurz: das Bild der Zeitschrift mit ihrer Erfahrung, ihrem Wissen und ihrem Ansehen entscheidend geprägt; und sie wirken noch immer fort in der lebendigen Erinnerung, genauso wie Rechtsanwalt und Wirtschaftsprüfer *Dr. Dr. h. c. Reinhard Goerdeler*, der ihnen nachgefolgt ist. Die Lebensleistung dieser drei großen Männer des Rechts ist festgehalten in Festschriften, die ihnen gewidmet sind (*Carl Hans Barz 1974; Robert Fischer 1979; Reinhard Goerdeler 1987*).

Die Spannung zwischen privater Freiheit und gesetzlicher Ordnung, der Zwiespalt zwischen Selbst- und Fremdbestimmung ist im Ansatz nicht auflösbar. Da in der Handelsgesellschaft vielfältige Kräfte zusammenwirken und aufeinanderstoßen, kann die Aufgabe nur darin liegen, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den unterschiedlichen Interessen zu suchen. Und hier wird jede Generation andere Lösungen anbieten und andere Akzente setzen. Seit einem Jahrzehnt schwingt das Pendel wieder in Richtung erweiterter und vereinfachter Gestaltungsbefugnisse. Die Wirtschaftswissenschaftler und von ihr beeinflusste Juristen fragen nachdrücklich, worin der Sinn mancher Regelungen bestehen soll, wo die Parteien doch im Zweifel selbst die für sie zweckmäßigste Lösung finden würden. Der Bundesgesetzgeber hat diesen Zweifeln kürzlich durch einige Maßnahmen im Gesetz über die sog. kleinen Aktiengesellschaften entsprochen, andererseits bringt das Wertpapierhandelsgesetz eine Fülle neuer Verhaltensvorschriften; die Rechtsprechung hat die Konzernhaftung zurückgenommen und dafür die Organhaftung verschärft. Das ist nur vordergründig widersprüchlich: das Gleichgewicht wird an anderer Stelle und mit anderen Mitteln gesucht; man gibt Freiheit hier und nimmt sie dort. Wir haben also allen Grund, unser System und unseren Ort in diesem Spannungsverhältnis zu befragen, um unsere Wertungsgrundlagen zu überprüfen und, soweit wir sie für berechtigt halten, im Tagesgeschehen zu verteidigen.

Da diese Fragen ganz zwangsläufig in jeder Ordnung des privaten Gesellschaftsrechts entstehen und entstehen müssen, wollten wir gerne aus den Erfahrungen unserer näheren und ferneren Nachbarn lernen: Welcher Linie und warum sind die Gesetzgeber Spaniens und der Schweiz bei ihrer kürzlich abgeschlossenen Reform des Gesellschaftsrechts gefolgt? Und wie etwa sehen traditionell liberale Rechtsordnungen wie die Großbritanniens und der USA dieses Spannungsverhältnis und das im Vergleich zu eher reglementierfreudigen Rechtsordnungen wie der Frankreichs? Die Herausgeber haben sich daher erstmals auf einem ZGR-Symposium der Hilfe ausländischer Freunde und Kollegen versichert: Wir sind für deren Mitwirkung ganz besonders dankbar.

Das Symposium hätte ohne die Hilfe vieler Freunde der ZGR nicht stattfinden können. Unser Dank gilt allen, vor allem der *Siedersleben'sche Otto-Wolff-Stiftung*, der *Thyssen-Stiftung* und der *Marga und Kurt Möllgard-Stiftung* im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft sowie dem Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin, und seinem Geschäftsführer Herrn *Dr. Dr. h. c. Helwig Hassenpflug*. Herzlichen Dank sagen wir schließlich Frau Rechtsanwältin *Imke Ossenbühl* für die sorgfältige Betreuung der Drucklegung dieses Buches.

Bonn und Köln, im Juli 1997

Marcus Lutter Herbert Wiedemann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Verzeichnis der Mitwirkenden	IX
JEAN NICOLAS DRUEY: Der ZGR zu ihrem 25jährigen Bestehen	1
HERBERT WIEDEMANN: Erfahrungen mit der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht	5
Diskussionsbericht: HOLGER FLEISCHER	33
PETER HOMMELHOFF: Gestaltungsfreiheit im GmbH-Recht	36
HERBERT HIRTE: Die aktienrechtliche Satzungsstrenge: Kapitalmarkt und sonstige Legitimationen versus Gestaltungsfreiheit	61
Diskussionsbericht zu den Vorträgen von HOMMELHOFF und HIRTE: DETLEF KLEINDIEK	99
WALTER ODERSKY: Gestaltungsfreiheit und gerichtliche Kontrolle	103
KLAUS J. HOPT: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht in Europa – Generalbericht –	123
Diskussionsbericht: HILDEGARD ZIEMONS	148
LÄNDERBERICHTE	
Belgien	
EDDY WYMEERSCH: Gestaltungsfreiheit und Gesellschaftsrecht in Belgien	152
Großbritannien	
HARRY RAJAK: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht des Vereinigten Königreichs	187
Niederlande	
LEVINUS TIMMERMAN: Gestaltungsfreiheit im niederländischen Gesellschaftsrecht	215
Spanien	
JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO und FERNANDO MARTÍNEZ SANZ: Gesellschaftsvertragliche Gestaltungsfreiheit im spanischen Recht der Kapitalgesellschaften	228

Schweiz

PETER FORSTMOSER: Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht 254

USA

DETLEV F. VAGTS: Gestaltungsfreiheit im amerikanischen Aktienrecht 278

Frankreich

DOMINIQUE SCHMIDT: Gestaltungsfreiheit im französischen Gesellschaftsrecht 291

YVES GUYON: Zur Gestaltungsfreiheit im französischen Gesellschaftsrecht . 297

Italien

PAOLO SPADA: Autorität und Freiheit im Recht der italienischen Aktiengesellschaft 310

Verzeichnis der Mitwirkenden

Druey, Jean Nicolas, Dr.	Professor für Zivil- und Handelsrecht, Universität St. Gallen
Embid Irujo, José Miguel	Professor, Direktor des Institutes für Handelsrecht, Universität Valencia
Fleischer, Holger Dr., LL. M.	wissenschaftlicher Assistent, Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Universität Köln
Forstmoser, Peter Dr. LL. M.	Professor, Lehrstuhl für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht, Universität Zürich, Rechtsanwalt
Guyon, Yves	Professor, Fakultät für Rechtswissenschaften, Université de Paris I-Panthéon-Sorbonne-, Paris
Hirte, Heribert Dr., LL. M.	Professor, Lehrstuhl für deutsches und europäisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, Universität Jena
Hommelhoff, Peter, Dr.	Professor, Direktor des Institutes für Deutsches und Europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Universität Heidelberg, Richter am OLG Karlsruhe
Hopt, Klaus Dr. Dr. Dres. h. c.	Professor, Direktor des Max-Planck-Institutes für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg
Kleindiek, Detlef, Dr.	Professor, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität Bielefeld
Lutter, Marcus, Dr. Dr. h. c.	Sprecher des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht, Universität Bonn
Martinez Sanz, Fernando	Professor für Handelsrecht, Universität „Jaume I“, Castellon, Spanien
Odersky, Walter, Dr.	Professor, ehemaliger Präsident des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe
Rajak, Harry	Professor, Direktor des Zentrums für Rechtswissenschaften, Direktor des Instituts für Insolvenzrecht, University of Sussex, Brighton, England
Schmidt, Dominique	Professor für Gesellschafts- und Börsenrecht, Robert Schuman Universität Straßburg, Rechtsanwalt an der Cour d'appel, Paris
Spada, Paolo	Professor, Lehrstuhl für Handelsrecht, Universität „La Sapienza“, Rom

Timmerman, Levinus, Dr.	Professor, Direktor des Institutes für Unternehmensrecht, Universität Groningen
Vagts, Detlev F.	Professor, Harvard Law School, Cambridge, USA
Wiedemann, Herbert, Dr.	Professor, Direktor des Institutes für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Universität Köln
Wymeersch, Eddy	Professor, Direktor des Instituts für Financial Law, Universität Gent
Ziemons, Hildegard, Dr.	wissenschaftliche Assistentin, Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität Bonn, Rechtsanwältin

Der ZGR zu ihrem 25jährigen Bestehen

– Tischrede beim Abschlußessen des Symposions auf dem Petersberg –

von

Professor Dr. JEAN NICOLAS DRUEY, St. Gallen

Ich glaube, wir sollten den Abend nicht vorbeigehen lassen, ohne daß wir des Anlasses gedenken, der uns für diese zwei Tage zusammengeführt hat. Ich tue es zunächst als einfacher Konsument – Konsumenten sind noch immer nicht in dem Maße geschützt, daß sie das Danken völlig verlernt haben.

Gerne hätte ich das Lob und den Dank abgestattet für die zwei Tage, aber auch für die 25 Jahre, die davor liegen. Herr Lutter hat mir jedoch gesagt, einfach aufstehen, alles prima finden und Dankeschön sagen, wieder absitzen und weiteressen: da könne man gleich sitzen bleiben. Aber selbst das schweizerische Bankgeheimnis, welches ja nur ein Ausdruck dafür ist, daß die Schweizer Mühe haben, ihre Worte hervorzukriegen, wird einen Professor, wenn er einmal steht und redet, nicht nach einem Lob- und einem Dankessatz wieder absitzen lassen. Meine Legitimation, die Erfüllung der Lutter'schen Anforderungen zu versuchen, ziehe ich aber vor allem daraus, daß ich schon früh als sogenannter „murrender Gast“ ausgebildet worden bin. Eine Gruppe von jungen Akademikern machte sich damals ein Vergnügen, mit Aufbegehren und Reklamationen die lieben Gastgeber, Gastwirte und Bediener zur Verzweiflung zu bringen. So werde ich auch jetzt danach trachten, meine Funktion als murrender Gast wahrzunehmen, doch gerät mir dies von vornherein zum Lob insofern, als es die traumwandlerische Sicherheit zeigt, mit der Herr Lutter die Leute findet, die er sucht.

So in etwa zu jener Zeit, als die murrenden Gäste herumzogen, damals 1972, erschien aus dem Kopf des Zeus, als fertig gerüstete und gepanzerte Göttin der Weisheit, die ZGR mit ihrer ersten Nummer – ohne daß man vorbereitet worden wäre. Wenn das nicht Grund zum Murren war! Man war ja wahrhaftig schon genug versehen mit Zeitschriften, welche die Leseberge in allen Ecken des Zimmers anschwellen ließen. Da erwartete man zumindest auf der ersten Seite eine Hinwendung an den so beanspruchten Leser, etwa unter dem Titel: „Warum eine neue Zeitschrift?“, wo sich der oder die eigentlichen Verursacher der Umweltbelastung auch zu erkennen gegeben hätten. Aber nichts von der Art; es geht in Nummer 1/Seite 1 medias in res. Wenigstens eine Erklärung von der Art des großen italienischen Kollegen Rescigno, die neulich bei entsprechender Gelegenheit in Italien wieder zitiert wurde, hätte man sich vorgestellt. Er warb in der Nummer 1 um Verständnis mit der Erwägung, daß all den Juristen in Akademie

und Praxis Gelegenheit zu geben sei, „di esprimere la sua commune passione“ ihrer gemeinsamen Passion Ausdruck zu verleihen. In den rustikaleren Anschauungsweisen meines Landes also etwa: man solle die juristischen Autoren nicht als ungemolkene Kühe herumlaufen lassen – der Leser als Wohltäter der Autoren, das wäre keine so falsche Perspektive gewesen.

Aber wie immer die Rechtfertigung: man hatte doch good old ZHR lieb, und nun setzte sich damals 1972 frech, in modernem Orange, der neue Vogel gleich daneben auf den Draht, nutzte zur Unterscheidung für seine Abkürzung nicht einmal das „U“ für Unternehmen aus seinem Namen (dabei wäre doch „ZUG“ für so einen internationalen Vogel auch ein guter Name gewesen), sondern nannte sich „ZGR“: nur **einen** Buchstaben verschob er um **eine** Stelle im Alphabet, und natürlich nach vorne.

Aber seien wir ehrlich: Warum das Murren? Doch einfach aus Schuldgefühlen. Die ungelesene Zeitschrift drückt uns auf die Seele, uns, die wir doch Virtuosen sind in der rasch getroffenen Entscheidung, etwas sei für uns irrelevant. Dazu waren wir gegenüber der ZGR immer unfähig, vom ersten Tag an. Und noch schlimmer für die Seelenhygiene als die Lesepflichten sind natürlich die Schreibpflichten. Und da wird einem erstmals diese geheimnisvolle enge Verbindung der ZGR mit dem Rhein so recht bewußt. An der Ader Europas sitzt sie natürlich, jene Loreley, welche gleich alles an sich zieht, was sich da in Europa bewegt und was ihr zusagt. Und so hören wir das Murren aus ganz Europa derjenigen, die es mit einem Einsendungstermin und mit den Vorgaben der nicht leicht zu befriedigenden Loreley erwischt hat.

Zu murren gibt es aber noch viel mehr. Murren tun natürlich nicht nur die, die es mit dem Schreibtermin erwischt hat, sondern viel mehr noch die, die es **nicht** erwischt hat, die nicht gekapert wurden, weil die Loreley keine Lust nach ihnen hatte. Und, wenn wir vom Schreiben wieder zum Lesen zurückkehren, so fangen wir gar nicht erst an mit all den unbefriedigten Leserwünschen. Nicht nur die Interessenten für liechtensteinische Schiffahrtsgesellschaften blieben enttäuscht, sondern es gibt gewiß auch solche, welche beispielsweise das Problem der andert-halb-Mann-Gesellschaften beschäftigt, angefangen bei einer klaren Definition und ebensolcher Erörterung, ob es sie geben kann und gibt, und eine Weiterführung in die großen darin sich eröffnenden Perspektiven, etwa unter dem Titel „Bruchteile und Bruchstellen im Gesellschaftsrecht“ oder „Fraktionen und Friktionen in der Gesellschafterstruktur des dritten Jahrtausends“.

Und wem der Hunger nach solchen und ähnlichen Themen steht, statt schon wieder über den Konzern orientiert zu werden oder über das italienische Kapitalmarktrecht zu lesen, der wird weiter lamentierend festhalten, daß die ZGR nicht nur äußerlich, sondern auch in ihrer redaktionellen Politik während dieser 25 Jahre haargenau dieselbe geblieben ist (ein leichtes Erröten einzelner Heftdeckel, allenfalls). Zusammenfassend wird die Beschwerde also etwa dahin lauten, daß ein Programm, das man in der ersten Nummer doch hätte erwarten dürfen, nie aufge-

stellt worden ist, und daß man diesem nicht aufgestellten Programm 25 Jahre treu geblieben ist.

Meine Damen und Herren, bringen wir die Motive des Murrens auf einen Generalnenner, so haben wir nicht nur das **Schuldgefühl** als solches erkannt, sondern abgezeichnet hat sich auch der **Neid** (der Nichterwählten insbesondere) und als drittes die **Neugierde**, jene Macht, der nichts unwichtig genug ist, um nicht einen Spezialisten zu finden. Stehen wir damit nicht vor der Dreiheit, welche die Welt der Wissenschaft „im Innersten zusammenhält“? Schuldgefühl–Neid–Neugier: sind das nicht Glaube–Liebe–Hoffnung der Akademie? Es sind unsere Reaktionen auf das Bedeutende, auf das, was fähig ist, Reaktionen auszulösen. Was ich also vorhin schon einmal einräumen mußte, erweist sich als allgemeines akademisches Gesetz: Murren ist gleichsam nur ein anderer Aggregatzustand des Lobens, Murren und Loben sind stofflich dasselbe. So ist, während die Zeitschrift 25 Jahre dieselbe geblieben ist, in mir immerhin diese Erkenntnis gewachsen.

Und so wirst Du, lieber Marcus Lutter, und werden Sie, lieber Herr Wiedemann, als offensichtlich ebenfalls stülpräger Mitgestalter durch die ganzen 25 Jahre, und Sie, meine Herren Mitherausgeber der ZGR und die Damen und Herren, die wissenschaftlich und verlegerisch dahinter stehen, mir das direkte Wort des Lobes aus 25 Jahren Erscheinen der ZGR nicht nehmen können, den Ausdruck der grossen Bewunderung, die ich Ihnen gewiß im Namen aller, die hier versammelt sind, ausspreche. Was es heißt, so lange Zeit soviel Linie und soviel Qualität mit soviel Themen zu halten, ermißt nur, wer sich selber im Zeitschriftenredigieren versucht hat. (Auch hier fühle ich mich legitimiert – nur habe ich es nicht halb so lang durchgestanden.)

Wir Juristen, und besonders noch wir akademisch tätigen Juristen, müssen uns bei unserer Bindung an ein vorgegebenes Recht fragen, was wir eigentlich zur Gestaltung unserer Welt beitragen, inwiefern uns der Blick auf die großen Linien der Zeitläufe und inwiefern uns die Ausrichtung an diesen Linien gewährt ist. Die ZGR, ich möchte es ohne weiteres so sagen, **hat** nicht nur, sondern **ist** eine solche Linie. Das ist Dienst, wie er sich für den Juristen eben gehört, zugleich aber auch Strategie im Bereich des Wirtschaftsrechts. Und zum Strategen gehört immer die Fähigkeit und Bereitschaft, einen Schritt zurückzutreten, nicht selber an der Front der Held sein zu wollen, sondern die anderweitigen Kräfte zu finden und auf das Ziel zu motivieren. Die Bereitschaft zu dieser intensiven, entsagungsvollen Arbeit legt von selber Zeugnis von jener Weite des Blicks ab.

Was die Richtung dieser Linie ist, tritt dabei für uns alle mit der Deutlichkeit hervor, die es für die Motivation braucht. Die Benennung der Zeitschrift vor 25 Jahren weist auf dasselbe wie das Thema der letzten zwei Tage: das Zusammenspiel des Rechts mit andern Kräften in der privaten wirtschaftlichen Organisation. Und vom ersten Tag an, nicht erst beim Auftun der Filiale „European Company Law Review“, war auch der Bezug zu den ausländischen Rechtsordnungen, na-

mentlich zu Europa, klar. Wir können allen Beteiligten nicht genug danken für die geduldige und treue Verfolgung dieser goldrichtigen Ziele.

Recht wird sich künftig, so meine ich, noch mehr vom Positiven lösen und im direkten Kontakt mit der sogenannten wirtschaftlichen Wirklichkeit bewähren müssen, bewähren dabei als ordnende Kraft, die weder im Himmel des alleinseligmachenden Marktes noch im Sumpf der Verordnungsparagraphen verharret.

Das Wirtschaftsrecht wird dabei viel Ballast abwerfen müssen, um sich auf diese große Frage der Organisation, sprich: jener Spannung von Gesellschaft und Unternehmen zu konzentrieren, die im Titel der ZGR angelegt ist. Und daß dies vor allem auch die Frage der dezentralisierten Führung ist, die wir bis heute unter dem Stichwort des Konzerns diskutieren, das hat nochmals die ZGR mit aller wünschbaren Deutlichkeit herausgestellt.

Diese (gewisse) Loslösung vom Positiven muß dabei die Länder, namentlich Europas, einander näherbringen, und die Berührungen im Wirtschaftsrecht können zur Stärkung der Gemeinschaft als solcher beitragen. Die ZGR hat wohl auch in dieser Hinsicht getan, was man tun kann. Sie hat ausländischen Autoren ein Forum geschaffen, mit großem Aufwand für Übersetzungen gesorgt und damit auch diesen anderen Ländern ein Interesse entgegengebracht, das sie eines Tages (es mag da und dort lange gehen) mit ihrem Gegeninteresse honorieren werden.

Wir sind uns alle bewußt, daß die Ziele noch nicht erreicht sind. Sowohl was die interdisziplinären wie namentlich die internationalen Kontakte angeht, werden wir das Umstellen unserer Funkgeräte von Senden auf Empfang, von der bloßen Selbstdarstellung auf die Synthese, besser lernen müssen. Aber die Richtung ist gewiesen und damit auch der Wunsch, daß die ZGR sie in den nächsten 25 Jahren beibehalte. Sonst, ja sonst ...: werden wir murren.

Erfahrungen mit der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*

VON

PROFESSOR DR. HERBERT WIEDEMANN, Köln

Inhaltsübersicht

I. Thema	5
II. Einschränkungen der Gestaltungsmacht	7
1. Zwingendes Gesetzesrecht	7
2. Rechtsprechung und Rechtslehre	19
3. Selbstbindungen der Gesellschafter	26
III. Ausblick	31

I. Thema

Das Thema unserer Festveranstaltung lehnt sich an ein Symposium an, das die Columbia Law School unter dem Titel „Contractual Freedom in Corporate Law“ 1988 in New York durchgeführt hat¹. Der auch in den Vereinigten Staaten verbreitete Wunsch nach Deregulierung des Wirtschaftsrechts knüpft hier an eine von den Ökonomen entwickelte² und von den Juristen übernommene³ Theorie zum Unternehmen als „Netz von Vertragsbeziehungen“ an und versucht, dessen Mäßen etwas lockerer zu knüpfen. Im Mittelpunkt der Debatte stand und steht die Absicht, die vorgestellten Vertragsbeziehungen zwischen den Anteilshabern und dem Management einer individuellen Regelung zugänglich zu machen, z. B. die persönliche Haftung der Organmitglieder für die Verletzung von Sorgfaltspflichten in den Statuten abzusenken oder das Insider-Handelsverbot für sie aufzuheben. Der Streit darüber, ob auf diesem Weg zwingendes Recht durch Vertragsvereinbarungen abgelöst werden soll, und ob es dazu überhaupt der Erklärung der *corpora-*

* Für ausführliche Gespräche über ihre Erfahrungen in der beratenden Rechtspraxis danke ich Herrn Rechtsanwalt Dr. Christian Decher, Düsseldorf, Herrn Rechtsanwalt Dr. Michael Hoffmann-Becking, Düsseldorf, Herrn Notar Dr. Hans-Joachim Priester, Hamburg, und Herrn Notar Dr. Erich Schmitz, Köln.

1 Veröffentlicht in 89 Colum. L. Rev. 1395–1774 (1989).

2 Zurückgehend auf COASE, The Problem of Social Cost, 3 J. L. & Econ. 1 (1960).

3 Vgl. statt aller BUTLER, 11 Geo. Mason U. L. Rev. 99–123; EASTERBROOK/FISCHEL, The Economic Structure of Corporate Law, 1991; allgemein illustrativ LANGBEIN, 105 Yale L. J. 625, 630 (1995).

tion als Vertragsgeflecht bedarf, teilt die Gesellschaftsrechtler der Vereinigten Staaten zur Zeit in zwei Lager, nämlich in die Strengrechtler (*anti-contractarians*) und die Freirechtler (*freedom to opt out advocates*), wobei der Gesetzgeber in Delaware⁴ und die Reformpolitik des American Law Institute⁵ dem Wunsch nach Rücknahme zwingender Regelungen bereits entsprochen haben.

Für uns auf dem Kontinent ist dieser Streit um den Wirkungsbereich der Vertragsfreiheit zwar lehrreich, aber – von einer wichtigen Ausnahme abgesehen⁶ – nur begrenzt weiterführend. Die Erklärung der Gesellschaft aus dem Vertrag ist dem europäischen Juristen vertraut, und selbst das Aktienrecht ist bis heute vom verbandsrechtlichen Denken geprägt. Die Entwicklung verläuft in Deutschland gerade umgekehrt: bei den Personengesellschaften vom Vertrags- zum Organisationsrecht⁷ und bei der Aktiengesellschaft vom Verbands- zum Kapitalanlage-recht⁸. Es handelt sich dabei nicht nur um ein historisch anderes Verständnis der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht als staatliche Gewährung oder als private Selbstbestimmung – es liegt dem auch eine abweichende Vorstellung von Regel und Ausnahme zugrunde⁹. Das deutsche Gesellschaftsrecht beruht auf dem durch Art. 9 Abs. 1 GG garantierten Selbstbestimmungsrecht der Mitglieder¹⁰, das im einzelnen die Freiheit zur gemeinsamen Gründung, zur kollektiven Änderung und zum individuellen Ausscheiden umfaßt. Zwingendes Recht, das diese Grundfreiheit antastet, muß nach Inhalt, Zweck und Ausmaß gerechtfertigt werden, wobei zusätzlich das vom Bundesverfassungsgericht eingeforderte Untermaßverbot zu beachten ist¹¹.

Nähert man sich dem Thema aus der Sicht verbürgerter Gestaltungsfreiheit, so liegt es nahe, die Gesellschaftsgesetze und deren einzelne Vorschriften auf ihre Vertragsresistenz abzuklopfen. Yves Guyon¹² hat diese Aufgabe in einer 1993 erschienenen Monographie eindrucksvoll bewältigt; er beschreibt in seinen beiden Hauptabschnitten, wie die Gesellschafter durch statutarische Bestimmungen oder hilfsweise durch schuldrechtliche Konventionen die gesetzlichen Vorgaben ergänzen oder anpassen können, wobei seine feinnervige Gliederung über 300 Sektionen aufweist. Das für die französische Doktrin maßgebende institutionelle Ver-

4 Delaware Code Ann. tit. 8, § 102 8(b) (7) (Supp. 1988).

5 Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, vol. 2 (1994), § 7.19.

6 Vgl. dazu unten III.1, S. 26.

7 Vgl. WIEDEMANN, ZGR 1996, 286–299.

8 Vgl. ASSMANN, in: Großkomm. z. AktG, 4. Aufl., 1992, Einl. Rdn. 343 ff; MÜLBERT, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 1995.

9 Vgl. schon LAUFKE, Die Handelsgesellschaften und das zwingende Recht, 1931, S. 16.

10 Ebenso K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 1991, S. 106: Vertragsfreiheit (ist) die Regel.

11 BVerfGE 88, 203, 254: Schwangerschaftsabbruch; BVerfGE 89, 214, 233: Bürgschaft.

12 GUYON, Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés, 1993 vgl. jetzt auch BERTREL, RTD com. 49 (1996), 595–631.

ständnis der Gesellschaften und der *ordre publique sociétaire* lassen der Vertragsfreiheit allerdings von vornherein nur zögernd Zutritt. Die Freistellungen, zu denen Guyon in seinem Lehrbuch gelangt, sind denn auch eher zurückhaltend formuliert.

Für einen Vortrag, der sich auf die Zentralfragen beschränken muß, ist eine Gliederung zweckmäßiger, die die Hauptdarsteller zu Wort kommen läßt: also den Verfassungs- und Gesetzgeber, der einen Ordnungsrahmen aufstellt, die Rechtsprechung und Rechtslehre, die darüber hinaus das Spielfeld in beträchtlichem Umfang eingrenzen und schließlich die Gesellschafter selbst, die sich im Gesellschaftsvertrag oder Statut eigenen Bindungen unterworfen haben. Dabei verstehe ich unter gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsfreiheit diejenige der *Gesellschaftergemeinschaft*, verkörpert in der Mitglieder- oder Hauptversammlung und ausgeübt in Statut¹³ oder Beschluß – nicht diejenige des Verbandes selbst und seiner Organe gegenüber der Außenwelt. Außerdem beschränke ich mich aus Zeitgründen auf die unabhängige Gesellschaft und blende den Unternehmensverbund mit seinen zusätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten aus.

II. Einschränkungen der Gestaltungsmacht

1. Zwingendes Gesetzesrecht

a) Grundlagen der zwingenden Wirkung

aa) Die Grundlagen der Qualifikation als zwingendes Recht sind Allgemeingut, soweit sie sich auf die drei anerkannten *Schutz*interessen: Gläubiger-, Gesellschafter- und Arbeitnehmerschutz zurückführen lassen. An den Rändern gibt es freilich Unschärfen, am Umfang gelegentlich auch Kritik.

Der *Gläubigerschutz* fordert neben der eigentlichen Kreditsicherheit, also der Aufbereitung eines Haftungs- oder Vermögensreservoirs, einen verlässlichen Standard der unternehmerischen Organisation; dazu zählt die Einrichtung einer zwingenden Vertretungsbefugnis ebenso wie der notwendige Rechtsformhinweis in der Firma des Unternehmens. Wenn gelegentlich bemerkt wird, der Gläubigerschutz brauche im deutschen Gesellschaftsrecht nicht noch weiter vertieft zu werden, belegt die Insolvenzstatistik doch nach wie vor seine Unentbehrlichkeit: die Konkursquote der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger liegt im Durchschnitt zwischen drei und vier Prozent¹⁴ und der Ausfall der festgestellten Verluste im Insolvenzverfahren beläuft sich auf durchschnittlich 1,3 Mio. DM¹⁵. Auch in Zukunft

13 „Statut“ wird hier und im folgenden als Zusammenfassung von Gesellschaftsvertrag und Satzung benutzt.

14 Statistisches Jahrbuch 1995, 7.9.5.

15 Vgl. FAZ v. 27. 7. 1996, Nr. 173, S. 11.

wird man auf den Gläubigerschutz in zwingenden Rechtsvorschriften nicht verzichten, wohl aber verstärkt zur Zweckerreichung andere Mittel wie z. B. das Kapitalersatz- statt des Kapitalaufbringungsrechts einsetzen können.

Der *Gesellschafterschutz* deckt nach allgemeiner Auffassung die Minderheits- und Individualinteressen der Mitglieder sowie bei den Publikumsgesellschaften auch ihre Anlageinteressen. In welchem Umfang dieser Schutz ausgebaut oder auch nur erhalten werden soll, ist nicht unbestritten; es sind in den letzten Jahren namentlich in der jüngeren Generation auch kritische Töne gegenüber einem „überzogenen Rechtspaternalismus“ zu hören¹⁶. Ansätze zu solcher Kritik fanden sich schon in den 70er Jahren während der Entwicklung des Anlegerschutzes in den Publikumskommanditgesellschaften; sie konnten sich aber seinerzeit nicht durchsetzen. Erst in den letzten Jahren verdichtet sich das kritische Verständnis des „Schutzes vor sich selbst“ im Zivil- und Arbeitsrecht. Nach einer – hier verkürzt wiedergegebenen – Leitlinie in einer jüngeren Habilitationsschrift¹⁷ soll es dem Gesetzgeber von Sondersituationen abgesehen definitiv verboten sein, die Wahlmöglichkeiten seiner Bürger einzuschränken – und zwar auch dann, wenn bei deren Ausübung Dritte geschädigt werden. Das verbindet der Gesellschaftsrechtler sogleich mit der Frage, in welchem Umfang Verzichtserklärungen für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters, insbesondere für seine zukünftige Abfindung, ausgesprochen werden können. Für die Beurteilung solcher und vergleichbarer Probleme wäre es erwünscht, wenn das deutsche Recht positiv eine allgemeine Vorschrift zum Schutz der persönlichen Handlungsfreiheit anbieten würde, wie sie in Art. 27 des Schweizer ZGB als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts enthalten ist.

- (1) Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten.
- (2) Niemand kann sich seiner Freiheit entäußern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.

Einprägsamer, wenn auch juristisch ungenauer hatte *Eugen Huber* vorgeschlagen¹⁸:

- (2) Niemand kann sich seiner Freiheit entäußern oder in ihrem Gebrauch sich über Gebühr beschränken.

Es entspricht dabei allgemeiner Rechtslehre in der Schweiz, daß Art. 27 ZGB neben dem Verbot sittenwidriger Verträge in Art. 20 OR eigenständige Bedeutung besitzt, daß diese sich mit Schwerpunkt bei der Durchführung von Dauerschuldverhältnissen auswirken soll, und daß dazu auch korporative Akte zählen, soweit

16 Vgl. statt aller ENDERLEIN, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996; HILLGRUBER, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992; HÖFLING, Vertragsfreiheit, 1991; SINGER, JZ 1995, 1133–1141.

17 ENDERLEIN, aaO (Fn. 16), S. 551.

18 Vgl. den Entwurf von *Eugen Huber* bei BUCHER, Berner Komm. z. ZGB, 3. Aufl., 1993, S. 3.

sie mehr als einmalige finanzielle Verpflichtungen begründen¹⁹. Wenn auch nicht Bestandteil der *lex scripta*, ist die Maxime doch auch Bestandteil des deutschen Zivil- und Handelsrechts derart, daß niemand sich in Dauerschuldverhältnissen seiner Freiheit entäußern oder in ihrem Gebrauch über Gebühr beschränken darf. Ich würde das mit einer Reihe zwingender Einzelbestimmungen wie den §§ 137, 310, 609 a, 624 und 723 BGB, mit dem anerkannten Grundsatz der Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund und mit den von der Schuldrechtsreformkommission vorgeschlagenen Unzumutbarkeitsklauseln in den §§ 275, 306 BGB – KE²⁰ zu begründen versuchen. Das Untermaßverbot des Verfassungsrechts stößt hier auf zivilrechtliches Urgestein²¹. Damit läßt sich freilich nur belegen, daß zwingendes Gesetzes- oder Richterrecht (auch) dem Schutz des einzelnen Mitglieds vor Verzichtserklärungen mit unvorhersehbaren Folgen dienen kann. Die eigentlichen juristischen Schwierigkeiten beginnen erst mit der Frage, wann ein Gesellschafter mit abstrakten Unterwerfungen seine Handlungsfreiheit „über Gebühr“ opfert.

Was schließlich den *Arbeitnehmerschutz* angeht, so ist dieser seit Erlaß des BetrVG 1952 im Hause des Gesellschaftsrechts zu Gast und wird durch die zwingenden Mitbestimmungsregeln dokumentiert. Da es sich um politisches Recht handelt, sind dogmatische Begründungen für die den großen Kapitalgesellschaften aufgezwungene Fremdbestimmung kaum versucht worden²². Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts²³ hat auch rechtstheoretisch offenbar zur Befriedung geführt.

bb) Das Zivilrecht erfüllt neben Schutz- vornehmlich Ordnungsaufgaben. Art. 9 Abs. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Privatrechtsordnung auszugestalten, also bewährte Ordnungsmodelle anzubieten, die von den Gesellschaftern oder Verbandsmitgliedern nach Gutdünken abgewandelt werden können.

Programmatisch BVerfGE 50, S. 290, 354: „Vereinigungsfreiheit ist in mehr oder minder großem Umfang auf Regelungen angewiesen, welche die freien Zusammenschlüsse und ihr Leben in die allgemeine Rechtsordnung einfügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten, Rechte der Mitglieder sichern und den schutzbedürftigen Belangen Dritter oder auch öffentlichen Interessen Rechnung tragen. Demgemäß ist mit der verfassungsrechtlichen Garantie der Vereinigungsfreiheit seit jeher die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung dieser Freiheit verbunden, ohne die sie praktische Wirksamkeit nicht gewinnen könnte“.

In den personalistischen Gesellschaften²⁴ ist die innere Organisation weitgehend frei verfügbar, wofür § 109 HGB sogar eine eigene Öffnungsklausel enthält.

19 BUCHER, aaO (Fn. 18) S. 24.

20 Vgl. Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 117, 146.

21 OETKER, RdA 1997, 9, 11.

22 Vgl. zuletzt BYDLINSKI, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 484 ff.

23 BVerfGE 50, 290.

24 Mit „Personalistische Gesellschaft“ werden hier und im folgenden die Personengesellschaften (GbR, OHG, KG) und die GmbH zusammengefaßt; vgl. WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, S. 5.

Vorschriften, die die Ordnung verbindlich festlegen, gibt es nur in begrenztem Umfang, wie in § 707 BGB mit dem Verbot der nachträglichen Beitragserhöhung, oder in § 717 BGB mit der Einschränkung, einzelne Mitgliedschaftsrechte zu selbständigen. Daß der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Organisationsrechts Gesellschaftsformen und Strukturprinzipien vorgeben darf, ist im Rahmen der Vereinigungsfreiheit nicht bestritten und in dem bisher verwirklichten Umfang auch generell nicht bestreitbar.

Eine Ausnahme macht das Aktienrecht, wo der Gesetzgeber die Satzungsfreiheit nahezu erdrosselt hat. Für eine Reihe von Einzelregelungen sind notwendige Schutz- oder zwingende Ordnungsüberlegungen nicht aufzuspüren. Beispiele:

- Kann die Satzung von der in § 58 AktG vorgezeichneten Zuständigkeit betr. Ergebnisverwendung zugunsten der Hauptversammlung abweichen?
- Kann die Satzung „Richtlinien der Geschäftspolitik“ oder wenigstens Einschränkungen der Geschäftstätigkeit des Unternehmens (z. B. keine Waffenherstellung) für Vorstand und Aufsichtsrat zwingend vorgeben?
- Kann die Satzung für Ausnahme- oder Notsituationen das Vorlagerecht in eine Vorlagepflicht des Vorstandes umwandeln?
- Kann die Satzung die Minderheitsrechte nach den §§ 142 ff, insbesondere nach 147 AktG erweitern?

Ausländische Aktienstatute lassen dergleichen unbedenklich zu. Da einschlägige Satzungsklauseln jedem Aktionär zur Verfügung stünden, könnten sie den Gesellschafterschutz schwerlich in Frage stellen. Auch der Gläubigerschutz ist nicht bedroht. Es bliebe abzuwarten, ob und wie sich die Akzeptanz des Marktes im Börsenpreis niederschlägt²⁵. Daß die genannten Abweichungen nicht oder bei der Festlegung des Unternehmensgegenstandes²⁶ nur mit großem Begründungsaufwand zu erreichen sind, hängt nach unserer Vorstellung mit dem *institutionellen* Charakter des deutschen Aktienrechts zusammen: die Gestaltungsfreiheit wird den Gründern oder späteren Aktionären nicht mit ungezählten Wahlmöglichkeiten zur Verfügung gestellt, sondern nur *gebündelt* als Gesamtordnung angeboten, wofür es im wesentlichen zwei Begründungsstränge gibt – einen historischen und einen funktionalen. Historisch entwickelt sich das Aktienrecht unter dem Eindruck der Befreiung vom Konzessionszwang oder der *charta*-Verleihung. Ordnungspolitisch übernimmt der Gesetzgeber bei dieser Organisation selbst die Verantwortung für das gute Funktionieren des Unternehmensträgers²⁷; er stellt im Interesse der Seriosität der Gesellschaftsform und der Stabilität der Wirtschaftsordnung die Gesellschafter von vornherein unter Kuratel. Das Aktienrecht erreicht damit ein Höchstmaß an Rechtspaternalismus.

25 Vgl. dazu ausführlich EISENBERG, 89 Colum. L. Rev. 1461, 1488 ff (1989); EKKENGA, AG 1994, 59.

26 Vgl. MARTENS, FS Kellermann, S. 271, 279; MERTENS, ZGR 1994, 426, 440.

27 HOMMELHOFF, Reformbedarf im Aktienrecht, 1994, S. 65, 70.

Aktuelle Folgefrage: Gilt der Institutionenschutz auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien? Der institutionelle Ansatz wäre geeignet, die (noch) herrschende Ansicht – kürzlich von *Karsten Schmidt*²⁸ eindrucksvoll unterstützt – in dem jetzt wieder aufgeflamten Dialog zur Gestaltungsfreiheit in der KGaA weiterzuführen²⁹. Streitgegenstand ist die Frage, ob die Komplementärstellung nach § 278 AktG nur von einer natürlichen Person eingenommen werden kann. Betrachtet man die KGaA als besondere Form der Aktiengesellschaft, so ist dies zu bejahen, weil der heutige § 278 Abs. 2 AktG wortlautgleich mit dem alten § 320 Abs. 2 HGB auf die seinerzeit intakte Institution der einfachen Kommanditgesellschaft verweist. Ich fürchte nur, die institutionelle Denkweise wird sich heute nicht mehr durchsetzen lassen; die Zeitströmung ist ihr nicht gewogen^{29, 30}. Vor allem hat die höchstrichterliche Rechtsprechung den Einwand der Denaturierung von Gesellschaftsformen leider nie aufgegriffen, weder in früheren Zeiten bei der GmbH & Co. KG noch in unseren Tagen bei der Duldung der Publikums-Personengesellschaft – wobei die Kritik freilich berücksichtigen muß, daß sich die Eigengesetzlichkeiten des Wirtschaftslebens nach geraumer Zeit nur schwer korrigieren lassen.

Zwischenbefund: Das deutsche Gesellschafts- und Verbandsrecht trägt der Vereinigungsfreiheit gebührend Rechnung; die Einsprengsel zwingenden Rechts sind durch die Schutz- und Ordnungsaufgaben des Zivilrechts legitimiert. Dem Aktienrecht und seiner Ausnahmestellung ist ein eigener Vortrag gewidmet³¹.

b) Abschwächung der zwingenden Wirkung

Die Tür zu einem größeren Gestaltungsspielraum der Statuten wird geöffnet, wenn zwingendem Recht im Wege der Gesetzeskorrektur generell diese Wirkung aberkannt wird oder im Einzelfall wenigstens Ab- und Aufweichungen geduldet werden. Beispiele dafür in beiden Richtungen ermutigen nicht zur Nachfolge.

aa) In Art. 128 ADHGB war vorgesehen, das Gericht könne auf Antrag aller übrigen die Ausschließung eines Handelsgesellschafters aus wichtigem Grund erkennen. Das Reichsoberhandelsgericht erklärte die Vorschrift für zwingendes Recht und das Reichsgericht schloß sich dem für den gleichlautenden § 140 HGB an³². Es war für Jahrzehnte gesicherte Rechtsansicht, daß bei den Handelsgesell-

28 K. SCHMIDT, ZHR 160 (1996), 265–287.

29 Vgl. dazu CLAUSSEN, GmbHR 1996, 73; GRAF, Die Kapitalgesellschaft und Co. KG auf Aktien, 1993; PRIESTER, ZHR 160 (1996), 250–264; SEHTE, Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang, 1996.

30 So in der Tat jetzt BGH ZIP 1997, 1027.

31 Vgl. dazu in diesem Heft unten HIRTE, S. 61 ff.

32 Vgl. Nürnberger Protokolle zum ADHGB, 1858, I, S. 236, 238; Denkschrift zum HGB, 1897, S. 108; ROHGE 21, S. 84, 86 (OHG); RGZ 38, 119, 121 (OHG); RGZ 109, S. 80, 82 (OHG).

schaften ein Ausschluß allein durch Gesellschafterbeschuß und erst recht durch einen einzigen Mitgesellschafter nicht zulässig sein darf, weil es sich um einen einschneidenden Eingriff in die Mitgliedstellung handelt, der hinsichtlich seiner Voraussetzungen richterlicher Kontrolle bedürfe. Im Gesetz gibt es dafür zwei Anhaltspunkte, nämlich die Einschränkung des generellen Vertragsvorranges in § 109 HGB und den Ausnahmekarakter gesetzlicher Gestaltungsklagen im Zivilrecht. 1938 änderte das Reichsgericht seine Rechtsprechung³³, unter anderem mit der befremdlichen Begründung, die Ausschließung eines Gesellschafters könne auch zu einer für ihn wirtschaftlich günstigeren Situation führen. Wieweit dabei der Wunsch berücksichtigt wurde, politisch oder rassisch verfolgte Personen leichter ausschließen zu können, ist spekulativ. Eine richtige Begründung hätte dahin gehen können, daß das ADHGB von der französischen Vertragsdoktrin einer notwendigen Gestaltungsklage für einseitige Vertragsänderungen beeinflusst war, daß das deutsche BGB davon aber abgewichen ist und einseitige Gestaltungserklärungen vielfach anerkannte. Diese Begründung trifft jedoch nicht für die materiellrechtliche Voraussetzung eines wichtigen Grundes zu, hätte also lediglich die Abkehr von der notwendigen Gestaltungsklage begründen können. Der BGH setzte bekanntlich die Rechtsprechung des Reichsgerichts fort, behielt sich allerdings eine Ausübungskontrolle der einschlägigen Erklärungen auf ihre Treu- oder Sittenwidrigkeit vor³⁴. Im Jahre 1977 schlug das Pendel zurück³⁵. Der Zweite Zivilsenat sah sich veranlaßt, Auswüchse der Vertragsfreiheit bei willkürlichen „Hinauskündigungen“ durch andere Gesellschafter einzudämmen. Es blieb und bleibt bei der Freigabe des privaten Verfahrens, es wird aber eine unzweideutige gesellschaftsvertragliche Regelung sowie darüber hinaus ein wenn auch nicht wichtiger, so doch sachlicher Grund vorausgesetzt.

Überzeugender wäre es meines Erachtens zur Gesetzestreue zurückzukehren und hinsichtlich der sachlichen Voraussetzungen den Anforderungen des Gesetzes zu folgen, der notwendigen Vertragsfreiheit aber dadurch Rechnung zu tragen, daß die Gesellschafter eine *Übernahmepflicht* verabreden können, indem sie sich verpflichten, die Beteiligung beim Eintritt bestimmter Bedingungen wieder abzugeben³⁶. Das macht nicht nur einen subtilen psychologischen Unterschied, es führt außerdem dazu, daß der betroffene Gesellschafter in „seinem“ Veräußerungsvertrag auf feste tatbestandliche Voraussetzungen dringen kann, und daß sich die Partierollen bei späteren Streitigkeiten umkehren. Wird z. B. einem Geschäftsführer oder einem leitenden Angestellten im Zuge der Mitarbeiterbeteiligung (*corporate identity*) eine Kombination von Angestelltem- und Mitgliedsstatus zum Nennwert

33 RG ZAKDR 1938, 818, 819 (GROßMANN-DOERTH); RG DR 1943, 808 (BARZ).

34 Vgl. nur BGHZ 37, 295, 298 (KG); 34, 80, 83 (KG); BGH WM 1962, 462, 463 (KG); BGH WM 1968, 532, 533 (KG).

35 BGHZ 68, 212, 215 (KG); BEHR, ZGR 1985, 475.

36 Vgl. dazu BGHZ 105, 213 (GmbH & Co. KG).

eines GmbH-Anteils angeboten, so ist es nicht rechtswidrig, geschweige denn sittenwidrig, eine Rückübertragungspflicht mit dem Ausscheiden aus dem Dienst- oder Angestelltenverhältnis zu begründen. Der Mitarbeiter wird damit während seiner Amtszeit vollberechtigter Teilhaber und die Rückgabepflicht kann als Bedingung gedeutet werden, die einer wirksamen Nebenabrede entspringt. Derartige Sachverhalte sind mit den unvorhersehbaren und undurchsichtigen Kündigungsmöglichkeiten in Familiengesellschaften, die der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde lagen, nicht zu vergleichen³⁷.

bb) Die Umqualifizierung zwingend angelegter Rechtsvorschriften ist ein Ausnahmefall. In der Regel sucht die Jurisprudenz einen Ausweg durch restriktive Auslegung oder teleologische Reduktion des geschriebenen Rechts. *Guyon*³⁸ widmet diesem Phänomen ein eigenes Kapitel und überschreibt es: „Liberté d’infléchir le statut légal“, was sich je nach Standort als Flexibilisierung oder Beugung des Rechts übersetzen läßt – wobei er aber schon in der Einleitung hinzufügt, daß die Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts und der Drittschutz davon nicht betroffen werden dürften.

Beispiele dafür, das Gesetz geschmeidiger zu machen, gibt es auch in Deutschland viele – geglückte und weniger geglückte. Ich erinnere an die Rechtsprechung zur sogenannten Satzungsdurchbrechung. Man versteht darunter bekanntlich Gesellschafterbeschlüsse in Kapitalgesellschaften, mit denen – bewußt – für einen Einzelfall die Satzung abgeändert werden soll, ihr Text und ihre Gültigkeit im übrigen für die Zukunft aber unangetastet bleiben. In dieser Situation soll ein Registereintrag, möglicherweise auch eine notarielle Beurkundung entbehrlich sein, wenn und weil es sich um punktuelle Regelungen handelt³⁹. Eine „Klarstellung“ in der Rechtsprechung wäre wünschenswert. Bevor man bei nicht korrektem Verfahren der GmbH-Gesellschafter eine Satzungsdurchbrechung und damit eine Gesetzesverletzung diagnostiziert, muß man prüfen, ob nicht nur eine *Satzungsverletzung*, also ein satzungswidriger Beschluß vorliegt. Die Abgrenzung erfolgt nach Wille und Vorstellungsbild der Gesellschafter. Wenn sie wirklich eine Satzungsdurchbrechung, also eine Änderung ihres Statuts beabsichtigen, gibt es keinen Grund dafür, die Gesellschafter von der Pflicht zur notariellen Beurkundung und zum Registereintrag nach § 53 GmbHG, § 181 AktG zu befreien⁴⁰; seit Verbreitung der Lehre von den fehlerhaften Organisationsakten besteht auch kein Bedürf-

37 Vgl. zum Ausschlußverfahren durch Übertragungszwang jetzt Art. 190^{ter} der belgischen koordinierten Gesetze über Handelsgesellschaften; sowie dazu HERRING, RIW 1996, 644, 645.

38 GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés*, S. 207 ff.

39 Zurückhaltend GOETTE, in: Henze/Timm/Westermann, *Gesellschaftsrecht*, 1995, S. 113, 118.

40 Das gilt nicht für bloße Satzungsverletzungen, vgl. WIEDEMANN, in: *Großkomm. z. AktG*, 4. Aufl., 1995, § 179 Rdn. 95; NOACK, *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, 1994, S. 140.

nis zur teleologischen Reduktion der genannten Vorschriften mehr. Nach der Ausarbeitung durch Zöllner⁴¹ können auch andere Organisationsakte, nicht nur Gründungs- und Beitrittserklärungen in einer Personengesellschaft, rückwirkend nicht mehr außer Kraft gesetzt, sondern nur für die Zukunft nach Liquidationsregeln abgewickelt werden⁴².

Ähnliche Bedenken lassen sich gegenüber anderen Fällen „nachgiebiger“ Rechtsanwendung vortragen, z. B. gegenüber den vorgezogenen und dem Gesetz nicht entsprechenden Einlageleistungen. Mein *Abschlussbefund* lautet hier: was man an Geschmeidigkeit zu gewinnen hofft, büßt man an Rechtssicherheit ein.

c) *Flucht aus dem Wirkungsbereich*

Jeder Rechtszwang wird den Gedanken an Ersatzlösungen nahelegen, an äquivalente Gestaltungen, konterkarierende Nebenabreden oder schlicht an Umgehungen: man möchte einen vergleichbaren Erfolg auf anderen Wegen erreichen. Im Steuerrecht führt dieser Weg oft ins Ausland, im amerikanischen Gesellschaftsrecht nach Delaware⁴³. In Deutschland gibt es keine Wettbewerbsmöglichkeiten zwischen den Landesgesetzgebern: unser Delaware heißt GmbH & Co. Wir kennen also den Wettbewerb zwischen einzelnen Gesellschaftsformen und dulden die Typenvermischung und die Typendehnung⁴⁴. Hier ist jetzt von den Ersatzlösungen – allerdings nur innerhalb einer Rechtsform – und von den schuldrechtlichen Nebenabreden zu reden.

aa) Die Grenzziehung zwischen dem korrekten Umweg und der rechtswidrigen Umgehung ist im deutschen Gesellschaftsrecht systematisch nicht aufbereitet. Lehrbücher zum Vertrags- und Gesellschaftsrecht oder zur Methodentheorie schweigen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Vorschlag, dem § 134 BGB eine eigene Umgehungsvorschrift hinzuzufügen, nicht verwirklicht⁴⁵. Mit der steuerrechtlichen Lehre zu § 42 AO sind wir uns darüber einig, daß der Mißbrauch lediglich einen, allerdings wichtigen Unterfall der Umgehung darstellt. Im Unterschied zum Steuerrecht hängt der zivilrechtliche Umgehungstatbestand aber nicht vom Vorhandensein einer „unangemessenen Rechtsgestaltung“⁴⁶ ab, es genügt

41 ZÖLLNER, AG 1993, 68.

42 Vgl. dazu KORT, ZGR 1994, 291; WIEDEMANN, aaO (Fn. 39), § 189 AktG Rdn. 25; ZÖLLNER/WINTER, ZHR 158 (1994), 59.

43 Zur Rechtfertigung von Delaware vgl. ROMANO, *The Genius of American Corporate Law*, 1993, S. 14 ff.

44 H. P. WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, 1970.

45 Vgl. TEICHMANN, *Die Gesetzesumgehung*, 1962, S. 11.

46 Vgl. TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung*, Bd. III, 1993, S. 1323 ff.

vielmehr der Eintritt unangemessener Rechtsfolgen; die Umgehung geht mithin nahtlos in die Analogie über⁴⁷.

Für eine Systembildung im Gesellschaftsrecht möchte ich vorschlagen zu unterscheiden: entweder nach der *Umwegstrategie* über einen anderen Gesetzesadressaten bzw. ein anderes Rechtsgeschäft oder nach der *Qualität* des Rechtsaktes, den man vermeiden möchte, als Form-, Verfahrens- oder Sachvorschrift.

– *Wahl des Gesetzesadressaten*: es wird eine andere Person vorgeschoben, die die Tatbestandsvoraussetzungen vordergründig nicht erfüllt. Einzelne Vorschriften verbieten dies unmittelbar wie die §§ 71 d, 89 Abs. 3, 134 Abs. 1 AktG, andere rechnen zusammen wie § 5 Abs. 1 MitbestG, § 23 Abs. 1 Satz 2 GWB, wieder andere begründen einfach eine Analogie wie § 32 a Abs. 3 GmbHG. Der rechtstechnische Vorgang ist stets derselbe⁴⁸. Wenn spätere Generationen ein einheitliches Gesellschaftsgesetz vorbereiten, wird es sich empfehlen, eine allgemeine Zurechnungsnorm für Ehegatten und Familienangehörige sowie eine weitere für den Unternehmensverbund vorzusehen, wie dies in den Einleitungsbestimmungen der „Principles of Corporate Governance“ vorgezeichnet ist⁴⁹. Das dient der Rechtssicherheit, ist aber gewiß nicht vordringlich.

– *Wahl des Organisationsaktes*. Ein dem Gesellschaftsrecht eigentümlicher Umgehungstatbestand liegt in der Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Satzungs- und Strukturmaßnahmen. Musterbeispiel: der Mehrheitsgesellschafter oder die Mehrheitsgruppe möchte das Unternehmen allein weiterführen. Als Ersatz für ein nicht aussichtsreiches Ausschlußverfahren bieten sich verschiedene Grundlagenänderungen an, bei deren Durchführung nicht mehr erwünschte Teilhaber sicher oder mit Wahrscheinlichkeit ausscheiden werden⁵⁰. Die verschiedensten Spielarten eines mittelbaren „Freezeout“ sind im amerikanischen Gesellschaftsrecht mit breitem Anschauungsmaterial deshalb aufbereitet⁵¹, weil ein Ausschlußrecht (*expulsion*) im Körperschaftsrecht nicht vorgesehen ist⁵².

Das Problem der Mehrgleisigkeit liegt darin, daß die Gesetze z. B. mit der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen oder mit der Ausgliederung nach dem Umwandlungsrecht, mit der Verschmelzung selbständiger Unternehmen oder der Konzernverschmelzung und mit Liquidation oder Gesamtvermögensübertragung wirtschaftlich vergleichbare Verfahren mit unterschiedlichen Rechtsfolgen ausstatten.

47 Ebenso TEICHMANN, aaO (Fn. 44), S. 89 ff.

48 Vgl. BORK, ZGR 1994, 237–265; FLEISCHER, AG 1996, 494, 502 ff.; WIEDEMANN, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, S. 23 ff.

49 American Law Institute, Principles of Corporate Governance, § 1.21, 1.26, 1.28 usw.

50 Vgl. dazu BGHZ 76, S. 352 (GmbH); BGHZ 103, 184 (AG) – Linotype; OLG Stuttgart ZIP 1995, 1515.

51 Vgl. grundlegend EISENBERG, 57 Cal. L. Rev. 1, 60 ff (1969); sowie CLARK, Corporate Law, 1968, S. 499 ff.

52 Vgl. aber Uniform Partnership Act 1994, Art. 6, sec. 601 (3).

Auffällige Unterschiede bestehen nach wie vor im Fehlen eines Verschmelzungsbeschlusses der übernehmenden Gesellschaft bei der Konzernverschmelzung, oder im Fehlen eines Barabfindungsanspruchs bei der Gesamtvermögensübertragung nach § 179 a AktG. Das Problem der Mehrgleisigkeit wäre entschärft, wenn sich nachweisen ließe, daß die einzelnen Satzungsänderungen nur funktionsgerecht benutzt werden können, oder daß ein Ausschließlichkeitsverhältnis zwischen ihnen besteht. Das trifft aber auch nach der Reform des Umwandlungsrechts keineswegs zu; den einzelnen Umwandlungsformen lassen sich stets die hergebrachten vertraglichen Alternativen gegenüberstellen. Es ist auch den Personengeschaftern nicht verboten, statt einer Übertragung der Mitgliedschaft ein Dreiecksgeschäft mit Eintritt und Austritt von Geschaftern zu bewerkstelligen. Die Geschafter brauchen sich nicht erst über das „richtige“ Verfahren zu verständigen, um dieses anschließend durchzuführen. Es steht deshalb nicht so sehr die Gestaltungsfreiheit auf dem Prüfstand als die Systemgerechtigkeit der Rechtsfolgen: deren Unterschiede müssen sich am Gleichheitsgebot, also einer „am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise“⁵³ messen lassen. Mehr als eine solche Handlungsanweisung vermag der systematische Ansatz hier nicht zu bieten.

Daneben ist eine zweite Gliederung nach Umgehung von Zuständigkeits-, Form- und Verfahrensfragen sowie nach Schutzvorschriften zugunsten der Gläubiger oder der Aktionäre möglich. Ich greife zwei Beispiele heraus:

– *Vermeidung des Formzwangs*: Die Eigentümer eines Grundstückareals bringen dies in eine Zivilgesellschaft ein und können die Beteiligungen daran in beliebiger Stückelung form- und kostenfrei vermarkten. Von der Rechtsprechung geduldet⁵⁴, wird der Geltungsbereich schuld- und sachenrechtlicher Formerfordernisse zugunsten des Gesellschaftsrechts beträchtlich zurückgedrängt. Auch bei Ressortsolidarität bleibt die dahingehende Entscheidung des II. Zivilsenats bedenklich und ihre Begründung, die Beteiligten hätten keinen Umweg eingeschlagen, angreifbar.

– *Vermeidung des gesetzlichen Verfahrens*, insbesondere der Kontroll- und Publizitätsgebote. Zum Symbol dieser Fallgruppe, nämlich zur verdeckten Sacheinlage hat der Deutsche Anwaltsverein jüngst einen Reformvorschlag vorgelegt⁵⁵, wonach bei der erneut zu erfüllenden Bareinlageverpflichtung dem Inferenten dasjenige anzurechnen ist, was er der Gesellschaft mit der mißlungenen Sacheinlage an tatsächlichem Wert zugewendet hat. Der Gesetzesvorschlag sieht vor, daß der Wert der mißlungenen Sacheinlage „im Zeitpunkt ihrer Einlegung oder dem Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister“ maßgebend sein soll. Er berücksichtigt bis zu einem gewissen Grad die Interessen der Gesellschaft selbst – allerdings ungünstiger als das geltende Recht, weil der Zeitpunkt der

53 BVerfGE 9, 334, 337; 57, 107, 115.

54 Vgl. BGHZ 86, 367 = LM Nr. 98 zu § 313 BGB m. Anm. BRANDES; kritisch K. SCHMIDT, AcP 182 (1982), 482, 510.

55 NJW-Informationen 1996 Heft 32, S. XIV ff.

Wertkontrolle verschoben wird, und auch dann nur ausreichend, wenn die Beweislast für eine volle Wertdeckung dem Inferenten auch gegenüber dem Konkursverwalter obliegt. Die Interessen nicht informierter Mitgesellschafter sowie des gutgläubigen Rechts- und Geschäftsverkehrs bleiben bei dem Vorschlag unberücksichtigt. Das Problem der verdeckten Sacheinlage besteht eben nicht nur in einem tatsächlich vollen Vermögenstransfer, sondern auch in der wahrheitsgemäßen und kontrollierten Veröffentlichung des Vorgangs der Geldeinlage. Bei einer dem Vorschlag entsprechenden Gesetzesänderung würde es in Zukunft echte und unechte Barkapitalerhöhungen geben, ohne daß dies den Registerunterlagen oder den veröffentlichten Informationen entnommen werden könnte. Das Gesetz würde seine eigene Umgehung verinnerlichen.

Auch ohne Gesetzgeber sollte es gelingen, jedenfalls den Sonderfall der *Dividenden-Kapitalerhöhung*, also des sogenannten „Schütt’ aus – Hol’ zurück“-Verfahrens im Aktienrecht zu bereinigen. Seine Einbeziehung in den Umgehungsschutz⁵⁶ ist vielfach auf Unverständnis gestoßen, weil der Unternehmensträger behält, was er besitzt⁵⁷. Logisch sind die Ausführungen des II. Zivilsenats des BGH tadelfrei, sobald Auszahlungsansprüche einmal entstehen, die dann verrechnet werden sollen. Man kann aber früher ansetzen und das Entstehen eines Barauszahlungsanspruchs verhindern. In Anlehnung an das französische Gesellschaftsgesetz⁵⁸ kann den Aktionären auf satzungsmäßiger Grundlage ein Wahlrecht zwischen Bar- und Sachdividende eingeräumt werden⁵⁹. Bei börsennotierten Aktiengesellschaften darf der Ausgabepreis dabei nicht unter 90% des Durchschnittskurses der letzten zwanzig Börsentage vor der Beschlußfassung liegen; bei anderen Gesellschaften wird die Höhe des Ausgabepreises von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen festgelegt. Wie bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln wird damit auch bei der Dividenden-Kapitalerhöhung der Charakter als *Doppelmaßnahme* aufgehoben⁶⁰. Der von § 58 AktG, § 29 GmbHG vorgesehene Dividendenanspruch wird von der Satzung modifiziert. Das Verfahren setzt allerdings eine gleichzeitige Kapitalerhöhung oder das Vorhandensein von bedingtem oder genehmigtem Kapital voraus. Es setzt außerdem voraus, daß das Steuerrecht beide Varianten vergleichbar behandelt; insofern ist das Gesellschaftsrecht auf fremde Hilfe angewiesen.

56 Vgl. BGHZ 113, 335, 343 – Foton.

57 Vgl. FREY, Einlagen in Kapitalgesellschaften, 1990, S. 111, 199; LUTTER, FS Stiefel, 1994, S. 506, 510; LUTTER/ZÖLLNER, ZGR 1996, S. 164; MOSTHAF, FS Beusch, 1993, S. 605, 613; PRIESTER, ZIP 1991, 345, 353; SERNETZ, ZIP 1995, 173, 188.

58 Frankreich Loi n° 66–537, Art. 351–353.

59 Vgl. GUYON, Traité des contrats. Les sociétés, Rdn. 81; RIPERT/ROBLLOT, Droit commercial, tome 1, 15. Aufl., 1993, n° 1522.

60 Vgl. zur Entwicklung der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln BUNGEROTH, in: Geßler/Hefermehl/Eckart/Kropff, Komm. z. AktG, § 207 Rdn. 8; LUTTER, Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl., 1989, Vorb. § 207 Rdn. 2; WIEDEMANN, aaO (Fn. 40), § 207 AktG Vorbem. I.

bb) Anders als die statutarischen Variablen haben die schuldrechtlichen Bestandteile der Verbandsordnung im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht in jüngster Zeit eine kräftige wissenschaftliche Aufarbeitung erfahren⁶¹. Die ZGR freut sich, das Thema vor Jahren mit einer rechtstatsächlichen Untersuchung angestoßen zu haben⁶². Die Entwicklung wird mit der weiteren Rechtsprechung und mit der Einbeziehung der ausländischen Erfahrungen⁶³ anhalten.

Der bisherige Verlauf der Diskussion zeigt, daß es nicht empfehlenswert ist, sich die auf die Gesellschaftssphäre bezogenen Vereinbarungen in eine zum Statut logisch vorgegebene Über-, Neben- oder Unterordnung mit Innen- oder Außenwirkung und Haupt- oder Hilfsfunktion vorzustellen, weil derartige Generalisierungen zu unrichtigen Schlußfolgerungen verleiten. Es gibt offenbar unechte Satzungsbestandteile ebenso wie schuldrechtliche Grundvereinbarungen, und die Nebenordnungen können das Statut ebenso ergänzen wie ersetzen wollen. Wenn irgendwo das Bild von der Gesellschaft als *nexus contractorum* zutrifft, dann in diesem Zusammenhang. Auch die Unterscheidung von Verträgen zwischen allen Gesellschaftern und solchen, die nur einzelne Gruppen umfassen, trägt nur begrenzt zur rechtlichen Beurteilung bei. Das leuchtet unmittelbar ein, wenn ein Mitglied der Mantelvereinbarung diese aufkündigt oder ein bisheriger Außenseiter sich verspätet zum Beitritt entschließt. Die rechtliche Qualifikation des Mantels wird sich dadurch nicht ändern. Positiv sollte nur ein Unterschied beibehalten werden: die Nebenabreden haben einen anderen, nämlich ausschließlich schuldrechtlichen Charakter, was Voraussetzungen, Inhalt und Rechtsfolgen der Vereinbarung betrifft. Es gilt mithin strikt das sogenannte Trennungsgebot – dem wir bei unserer Graugans-Prägung durch das Abstraktionsprinzip auch im Gesellschaftsrecht mühelos folgen können. Davon abzuweichen würde nicht mehr, sondern weniger Gestaltungsspielraum eröffnen, weil sich das zwingende Gesellschaftsrecht dann im Zweifel auf die Gesamtordnung erstrecken müßte.

Für die Beurteilung schuldrechtlicher Nebenvereinbarungen ist damit nur der erste Schritt getan: sie unterliegen grundsätzlich nicht dem zwingenden Gesellschaftsrecht. Ausnahmen können sich freilich aus den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften unmittelbar oder aus dem jeweiligen Gesetzeszweck ergeben; auch gesellschaftsrechtliche Grundsätze können sich ohne weiteres gegenüber einer Nebenordnung durchsetzen und deren Ausstrahlung auf die Verbandsordnung verhindern. Beispiele: der ein Stimmverbot unterlaufende schuldrechtliche Vertrag ist unwirksam; die Letztzuständigkeit der Gesellschafter- oder Mitgliederversamm-

61 HOFFMANN-BECKING, ZGR 1994, 442–464; NOACK, aaO (Fn. 39); H. P. WESTERMANN, Das Verhältnis von Satzung und Nebenordnungen in der Kapitalgesellschaft (1994); WINTER, in: Henze/Timm/Westermann (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 1995, S. 131–139; ZÖLLNER, in: Henze/Timm/Westermann (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 1995, S. 89–111.

62 BAUMANN/REISS, ZGR 1989, S. 157–215.

63 Vgl. KÖNIG, Der satzungsergänzende Nebenvertrag, 1996.

lung und damit auch ihre Gesamtverantwortung kann man in einer Nebenkonvention so wenig aufheben wie im Statut selbst; sittenwidrige Hinauskündigungsklauseln können nicht in Schenkungsverträge verlagert werden. Auf der anderen Seite bleiben selbstverständlich viele Vereinbarungen zwischen den Mitgliedern und mit außenstehenden Dritten zulässig, die sich statutarisch nicht verwirklichen lassen.

Abschlußthese: Der Einsatz schuldrechtlicher Verträge mit „Gleichstellungseffekt“ ist ein besonderer Vorzug des deutschen Rechts; die Drittwirkung zwingender Vorschriften des Gesellschaftsrechts ist zu beachten, bedarf indes daher stets eigener Begründung.

2. Rechtsprechung und Rechtslehre

Alexander Hamilton schrieb 1788 im *Federalist*, die Rechtsprechung sei doch „the least dangerous branch“⁶⁴. Das stößt heute nicht nur in den Vereinigten Staaten auf Widerspruch⁶⁵. Auch in der deutschen Beratungspraxis werden Zweifel geäußert, ob die Privatautonomie nicht von Rechtsprechung und Rechtslehre mehr überwacht und behindert wird als durch zwingende Gesetzesvorschriften. Das rechtfertigt es jedenfalls, dem Einfluß von Rechtsprechung und Rechtslehre im Gesellschaftsrecht nachzugehen und bei dieser Gelegenheit persönlich die eine oder andere Klarstellung vorzunehmen.

Einen Schwerpunkt der Jurisprudenz bilden die Ausarbeitung und Anwendung allgemeiner Rechtsprinzipien und Generalklauseln, weil sie in diesem Bereich Monopolist ist gegenüber der Gesetzgebung einerseits und der Rechtspraxis andererseits. Deshalb soll hier dem Einfluß gesellschaftsrechtlicher Wert- und Ordnungsprinzipien nachgegangen werden.

a) Gesellschaftsrechtliche Wertungsprinzipien

Die beiden mitgliedschaftlichen Grundrechte, das auf *gleiche* und das auf *faire* Behandlung in der Gesellschaft, haben sich in der Entwicklungsgeschichte nach dem zweiten Weltkrieg abgelöst. Die Nachkriegszeit widmete ihren Wiederaufbau zunächst dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Ihm galten grundlegende wissenschaftliche Arbeiten⁶⁶ und eine Reihe von Leitentscheidungen des Bundesgerichts-

64 HAMILTON, *The Federalist Papers*, 1788, Nr. LXXVIII mit Hinweis auf Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XI/VI.

65 FLAHERTY, *The Most Dangerous Branch*, 105 *Yale L. J.*, 1725 (1996).

66 HUECK, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, 1958; ZÖLLNER, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, 1963, S. 301 ff.

hofs. Diese Entwicklung wurde mit der Anerkennung der Gleichbehandlung in Art. 42 der Kapitalrichtlinie gekrönt und mit ihrer Übernahme in § 53 a AktG abgeschlossen. Die Bedeutung des Gleichheitsgebotes hat dabei allerdings in dem Maß abgenommen, in dem seine Anerkennung zunahm. Für die Treuepflicht der Gesellschafter liegen die Dinge umgekehrt. Sie hatte ihren festen, aber beengten Standort zunächst nur in den Personengesellschaften⁶⁷ und setzte sich mit den bekannten Schlüsselentscheidungen des II. Zivilsenats⁶⁸ erst in jüngster Vergangenheit voll durch. Dabei sind ihre Konturen immer noch Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion, der wir uns hier zuwenden.

aa) In dieser Diskussion überwiegen jetzt die Gemeinsamkeiten. Dazu zählen:
– Die Treuepflichten werden in *allen* Verbandsarten anerkannt. Dazu gehören Gesamthandsgemeinschaften wie juristische Personen, geschlossene wie Publikums-gesellschaften. Das neue Umwandlungsrecht bestätigt, daß die Vermögensorganisation des Rechtsträgers von der jeweiligen Verbandsstruktur abgekoppelt ist; die Treuepflicht kann damit als Wertungsprinzip aller privaten Vereinigungen aufgefaßt werden.

– *Adressaten* der Treuepflicht sind Mitglieder und Organe, allerdings mit unterschiedlichem Inhalt: *Organmitglieder* unterliegen bei der Ausübung ihrer (uneigen-nützigen) Rechte der vollen Treuhänderbelastung, einzelne *Mitgesellschafter* können ihre Rechte dagegen grundsätzlich eigennützig, also im eigenen Interesse einsetzen. Für sie wirkt sich die Treuepflicht regelmäßig als Schranke ihrer Mitgliedsbe-fugnisse und nur im Ausnahmefall anspruchsbegründend aus. Die für einen Ge-sellschafterbeschuß notwendige *Abstimmungseinheit* – das kann also die Mehrheits-gruppe, aber auch eine Minderheits- oder Sondergruppe oder ausnahmsweise ein zustimmungsberechtigter Einzelgesellschafter sein – nimmt eine Quasi-Organ-stellung ein, weil sie qua Gestaltungsmacht auch Gesamtverantwortung trägt⁶⁹. Die Voraussetzungen einer fest strukturierten „Abstimmungseinheit“ wurden in dem Girmes-Verfahren für eine Sperrminorität ausführlich diskutiert und ge-klärt⁷⁰; das für diesen Ausnahmefall erarbeitete Resultat kann auf die Vorausset-zungen für eine stabile Mehrheitsgruppe übertragen werden.

– *Inhaltlich* erfüllt die Treuepflicht je nach Adressat recht verschiedene Aufga-ben⁷¹. Für Organmitglieder bildet sie ein Sammelbecken all derjenigen Pflichten,

67 FISCHER, Großkomm. z. HGB, 3. Aufl., 1973, § 105 Anm. 30 a ff.

68 Vgl. nur BGHZ 65, 15 (GmbH): ITT; BGHZ 71, 40 (AG) – Kali + Salz; BGHZ 103, 184 (AG) – Linotype; BGHZ 129, 136 (AG) – Girmes; sowie ausführlich dazu HENZE, BB 1996, 489–499.

69 Vgl. zur „einwirkungsbezogenen“ Treuepflicht HENZE, BB 1996, 489, 496.

70 Vgl. BGHZ 129, 136 (AG) – Girmes; DREHER, ZHR 157 (1993), 150–171; HENSSLER, ZHR 157 (1993), 91–124.

71 Vgl. zur historischen Entwicklung und zum augenblicklichen Stand der *fiduciary obligations* im englischen Recht BEAN, Fiduciary Obligations and Joint Ventures. The Collaborative Fiduciary Relationship, 1995, S. 23 ff; WEINRIE, The Fiduciary Obligation, 25 UTor. L. J. 1 (1975); vgl. zum US-amerikanischen Recht MARSH, Are Directors Trustees? Bus. Law. 35–76 (1966).

die aus der besonderen Vertrauensstellung folgen: „Sie gebietet ihnen, der Gesellschaft loyal zu dienen“⁷². Für den einzelnen Gesellschafter bildet die Treuepflicht das gesellschaftsrechtliche Gegenstück zur allgemeinen Vertragstreue; ihre schuldhaftige Verletzung ist positive Vertragsverletzung. Auch für banale Fälle – wie nicht korrekte Erfüllung von Beitragspflichten, verbotene Weitergabe von Informationen oder unerlaubte Entnahmen – steht uns keine andere handliche Vokabel zur Verfügung.

bb) Eine Sonderstellung nimmt die Treuepflicht der „Quasi-Organe“ ein, die mit ihren Willenserklärungen die Gesellschaftsverhältnisse insgesamt *gestalten* können. Hier beginnen die Dissonanzen. Sie hängen mit dem Rechtscharakter dieser Treuepflicht zusammen und wirken sich im sachlichen Geltungsbereich wie in den inhaltlichen Anforderungen aus.

Zur Erklärung des Rechtscharakters stehen: Rechtsprinzip mit Rücksichtspflichten oder: Generalklausel mit Inhaltskontrolle zur Verfügung. Rechtsprinzipien sind – im Gefolge von *Dworkin*⁷³ – *Orientierungsgebote*, die offener formuliert sind als positive Rechtssätze, vielfach keine Rechtsfolgen, sondern nur einen Wegweiser enthalten, und überpositiven Charakter tragen. Sie stellen unmittelbar geltendes und zwingendes Recht im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG dar und ihre Ausarbeitung gehört zu den Hauptaufgaben der Wissenschaft. Generalklauseln dagegen begründen *Zuständigkeiten*: der Gesetzgeber überantwortet seine Gestaltungsfreiheit der Rechtsprechung, wobei der materielle Auftrag wie in § 242 BGB blaß formuliert sein kann. Die für Rechtsprinzipien typischen Kollisionsprobleme und Konkordanzlösungen tauchen bei Generalklauseln nicht auf, da die Delegation klar abgegrenzt sein muß. Umgekehrt sind die Probleme des Einzelfallurteils und der Situationsethik nur solche der Generalklauseln.

Sicher stellt nun die Treuepflicht ein spezifisch *verbandsrechtliches Rechtsprinzip* dar, das in der geschilderten Art auf Rechte und Pflichten der Mitglieder einwirken kann. Das geschieht beim Gründungsvertrag nur abgeschwächt im Rahmen der *culpa in contrahendo*, setzt voll mit der Entstehung und der Lebensdauer der Gesellschaft ein und wird im Liquidationsstadium durch den fürderhin begrenzten Gesellschaftszweck abermals abgesenkt. Entgegen der herrschenden Meinung zählt der Auflösungsbeschluß selbst zum Lebensstadium der Gesellschaft und unterfällt voll den anerkannten Rücksichtspflichten, wie sie bei einseitigen Gestaltungs- und Kündigungserklärungen auch im Vertragsrecht gelten. Rechtsethische Anforderungen, die an das Verhalten der Vertragspartner während der Laufzeit eines Dauerschuldverhältnisses gestellt werden, gelten auch und erst recht für die Beendigungserklärung, weil das vielzitierte Damoklesschwert beliebiger Auflösung sonst alle im übrigen eingreifenden Rücksichtspflichten aushöhlen kann. Wenn die Rechtsprechung demgegenüber darauf verweist, die Gesellschaftermehrheit müsse

72 MERTENS, Kölner Komm. AktG, 2. Aufl., 1988, § 93 Rdn. 57.

73 DWORKIN, Taking Rights Seriously, 2. Aufl., 1978, S. 15–45.

das Recht zur jederzeitigen Desinvestition behalten⁷⁴, so ist das selbstverständlich zutreffend, schließt aber die Bindung an Treuepflichten im Vorfeld der Liquidation sowenig aus wie bei anderen Strukturänderungen. Und wenn weiter darauf hingewiesen wird, die Interessen der überstimmten Mitglieder würden durch das Liquidationsverfahren ausreichend gewürdigt, so beantwortet dies nicht die Frage nach einem Bestandsschutz, dessen Wert mit der Abfindung der Mitgliedschaft nicht identisch sein muß. Im Ergebnis überzeugt es mich daher nicht, den Kapitalherabsetzungsbeschuß, der eine Teilliquidation herbeiführt, strengen Loyalitätsanforderungen zu unterwerfen⁷⁵, den Vollliquidationsbeschuß aber davon freizusprechen. Ebenso erscheint es mir zweifelhaft, im Personengesellschaftsrecht deutlich zwischen den Rechtmäßigkeitsanforderungen an einen Ausschluß und denjenigen an das Abfindungsguthaben zu trennen⁷⁶, im Kapitalgesellschaftsrecht den Beteiligungsschutz aber zu übergehen. Schließlich kann die Treuepflicht bei allen Strukturänderungen und damit auch beim Auflösungsbeschuß nicht auf eine Mißbrauchs- oder Sittenwidrigkeitskontrolle herabgestuft werden, weil dies selbst dem Maßstab des § 242 BGB nicht mehr entsprechen würde. Die modernen Formulierungen des Prinzips von Treu und Glauben auf europäischer⁷⁷ und auf internationaler Ebene⁷⁸ fordern von den Vertragsparteien wortlautgleich: „to act in good faith and fair dealing“⁷⁹ – gehen mit diesem Maßstab selbst für Kaufverträge zwischen Vollkaufleuten über das historische Verbot dolosen Handelns hinaus. Für den Standard der Treuepflichten braucht deshalb auf das verfassungsmäßige Untermaßverbot nicht zurückgegriffen zu werden.

Eine Alternative besteht darin, die Treuepflicht als Generalklausel aufzufassen, wofür sich maßgebende Richterpersönlichkeiten wie *Walter Stimpel*⁸⁰ und *Hartwig Henze* sowie viele Wissenschaftler⁸¹ ausgesprochen haben. Folgt man dem, wäre es naheliegend, nach dem eingebürgerten Sprachgebrauch mit der Generalklausel

74 Vgl. BGHZ 103, 184 (AG) – Linotype; OLG Stuttgart ZIP 1995, 1515, 1518 (AG).

75 So BGHZ 129, 136, 152 (AG) – Girmes.

76 Vgl. BGHZ 105, 213, 220; 107, 351, 354; 112, 103, 111; BGH WM 1973, 842, 843; BGH WM 1977, 1276, 1278: Wirksamkeit einer Ausschlußvereinbarung unabhängig von Abfindungsregelungen.

77 LANDO/BEALE, Principles of European Contract Law, Part 1, 1995, Art. 1.106; Comment: „Standards of Decency, Fairness and Reasonableness in Commercial Transactions“.

78 UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law, Principles of International Commercial Contracts, 1994, Art. 1.7.; vgl. dazu BONELL, An International Restatement of Contract Law, 1994, S. 79 ff.

79 American Law Institute, Principles of Corporate Governance, 1994, § 5.02 (a): „Duty of Fair Dealing“.

80 HENZE, BB 1996, 489, 491; STIMPEL, in: Pehle/Stimpel, Richterliche Rechtsfortbildung, 1969, S. 15, 18; DERS., FS 25 Jahre BGH, 1975, S. 13, 19.

81 Vgl. zuerst A. HUECK, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947, S. 19; zuletzt HÜFFER, FS Steindorff, 1990, S. 59.

eine Inhaltskontrolle im engeren Sinn, also eine *Angemessenheitskontrolle*⁸² von Gründungsgeschäften und Statutenänderungen zu verbinden; das ist möglicherweise nicht beabsichtigt – auf jeden Fall wäre es sachlich nicht zu rechtfertigen. Rechtsstaatliche Bedenken bestehen schon gegen eine „richterrechtliche General Klausel“, die einer Selbstermächtigung gleich käme. Man könnte zwar eine Rechtsentwicklung in der Richtung anstoßen, daß der Mehrheitsgesellschafter oder die Gesellschaftermehrheit ein Quasi-Organ bilden, und daß für sie dann im Wege einer Gesamtanalogie die Haftungsnormen herangezogen werden, die für Organmitglieder nach § 43 GmbHG, §§ 93, 116, 309 AktG gelten⁸³. Das würde aber allemal nur für Geschäftsführungsakte und nicht für Satzungs- und Strukturänderungen in Betracht kommen. Auch auf § 242 BGB läßt sich ein Auftrag zur allgemeinen Angemessenheitskontrolle nicht stützen. Es wird zwar die Auffassung vertreten, das Gebot der Fairneß sei Wirksamkeitsvoraussetzung privater Rechtsgeschäfte⁸⁴, und diese Auffassung läßt sich auch historisch belegen⁸⁵; sie entspricht aber nicht der herrschenden Auslegung des § 242 BGB als Schrankennorm und kann deshalb dem Gesellschaftsrecht (vorerst) nicht zugrundegelegt werden. Will man schließlich § 242 BGB als Transmissionsriemen für die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht einsetzen, ist dies gewiß nicht zu beanstanden, aber auch nicht weiterführend. Es bleibt mithin dabei: die gerichtliche Angemessenheitskontrolle von Organisationsakten bedarf zusätzlicher Anhaltspunkte im Anlegerschutzrecht, in der Hinwendung zur Öffentlichkeit oder in der Monopolstellung eines Berufs- oder Wirtschaftsvereins. In allen übrigen Fällen herrscht grundsätzlich Entscheidungsfreiheit⁸⁶. Ein oberbayerischer Schützenverein kann folglich die Aufnahme auf geborene Bayern beschränken, die Familiengesellschaft Buddenbrook kann Schwiegerkinder von der Gesellschafternachsfolge ausschließen, und die Düsseldorfer Bananenhändels-mbH darf das Stimmrecht neu eingetretener Gesellschafter von einer Bewährungszeit abhängen lassen. Solche Satzungs- oder Vertragsbestimmungen mögen uns nicht angemessen erscheinen, unzulässig oder kontrollbedürftig sind sie deshalb nicht.

Eine mündliche Fußnote: Nach eigener Erfahrung ist in der Zivilgerichtsbarkeit jedenfalls in den Tatsacheninstanzen keine Neigung zu unangemessener Angemessenheitskontrolle zu

82 Vgl. zum Unterschied zwischen einer allgemeinen Billigkeitskontrolle und einer Angemessenheitskontrolle nach dem Vorbild des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz (= Inhaltskontrolle im engeren Sinn): WIEDEMANN, WM 1990, Beilage Nr. 8, 16; sowie in der Begriffsbildung etwas abweichend FASTRICH, RdA 1997, 65, 70.

83 American Law Institute, Principles of Corporate Governance, 1994, § 5.10 ff.

84 ATIYAH, Contract and Fair Exchange, 35 U. Tor. L. J. 1, 1985; BONELL, aaO (Fn. 77), S. 95 ff; GORDLEY, Equality in Exchange, 69 Cal. L. Rev. 1587, 1981; MEINCKE, Hat das Wohnraummietrecht eine Zukunft?, 1996, S. 13.

85 GORDLEY, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, 1991, S. 94 und passim.

86 Ebenso BVerfG FamRZ 1989, 1047; weitergehend BÄR, Die Schranken der inneren Vereinsautonomie. Historisch-dogmatische Überlegungen zu einem Vereinsgesetz, 1996.

verspüren. Wenn die Privatautonomie „gefährdet“ wird, dann gelegentlich durch eine ihr nicht gerecht werdende Auslegungspraxis, die auf juristischem Vorverständnis oder Zeitdruck beruht.

b) Gesellschaftsrechtliche Strukturprinzipien

Nächst den Wertungs- sind es die gesellschaftsrechtlichen Ordnungsgrundsätze, die die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter einschränken, und zwar sowohl ihre Satzungsautonomie wie ihre Beschlußfreiheit. Der Umfang solch zwingender Strukturgesetze ist beträchtlich, eine systematische Zusammenstellung im Gesellschaftsrecht fehlt. Als Beispiele nenne ich für die Gesellschaftsorganisation die Grundsätze der Verbandssouveränität⁸⁷ oder der Selbstorganschaft, zur Finanzverfassung das Zwillingsspaar von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sowie aus dem Mitbestimmungsrecht den Grundsatz des Übergewichts der Kapitaleignerseite in Gesellschaftsorganen. Dazu kommen wie bei den rechtsethischen Prinzipien allgemeine Grundsätze des Privatrechts, wie Bestimmtheitsanforderungen an Statut und Gesellschafterbeschluß oder Vertrauensschutz in zurechenbar herbeigeführte Rechtslagen.

aa) Der *Geltungsgrund* derartiger Strukturprinzipien leuchtet ohne weiteres ein, wenn sie sich im Wege der Gesamtanalogie auf Einzelbestimmungen der Gesellschaftsgesetze zurückführen lassen. Ihre Entwicklung ist im deutschen Gesellschaftsrecht vordringlich, weil eine Kodifikation des Verbandsrechts mit einem allgemeinen Teil fehlt; die einzelnen Bausteine sind überdies, z. B. bei der Kapitalaufbringung, über verschiedene Vorschriften und dort in Nebensätzen zerstreut, so daß man sie dem Studenten besser anhand der einprägsamen Formulierungen in der Kapitalrichtlinie der EG näher bringt.

Begründungsschwierigkeiten gab und gibt es seit jeher für Aufbauprinzipien, die sich nicht als Generalisierung positiven Rechts darstellen lassen. Ich wähle als Beispiel den vom BGH⁸⁸ bereits 1957 entdeckten und seitdem ständig weiterverfolgten Grundsatz der „Einheitlichkeit der Mitgliedschaft“⁸⁹. Er besagt bekanntlich, daß ein und derselbe Rechtsträger in den personalistischen Gesellschaften nicht gleichzeitig zwei oder mehrere selbständige Anteile wahrnehmen kann⁹⁰. Die damit angeordneten Rechtsfolgen machen sich beim Erwerb von Anteilen durch Mitgesellschafter, bei einer dinglichen oder erbrechtlichen Belastung durch Nießbrauch oder Testamentsvollstreckung, aber auch bei der treuhänderischen Neu-

87 Kritisch zuletzt BEUTHIEN/GÄTSCH, ZHR 156 (1992), 459–479.

88 BGHZ 24, 106.

89 Vgl. BGHZ 24, 106, 108 (KG); BGHZ 58, 316, 319 (KG); BGHZ 101, 123, 129 (GmbH Co. KG); BGH WM 1984, 30, 31 (KG); BGH WM 1989, 1221, 1223 (KG); aus dem Schrifttum zuletzt ESCH, BB 1996, 1621–1627.

90 Bedenklich OLG Köln BB 1996, 2058, 2059.