

Die Personengesellschaft als Juristentagsthema – Zum Juristentagsgutachten von *Carsten Schäfer* –

ZHR 180 (2016) 411–421

I. Ein Thema für heute und morgen?

„Empfiehlst sich eine grundlegende (!) Reform des Rechts der Personengesellschaften?“ Das für die wirtschaftsrechtliche Abteilung des 71. Deutschen Juristentags verfasste Gutachten aus der Feder von *Carsten Schäfer* geht von der als „weithin unstrittig“ bezeichneten Annahme aus, dass diese das Thema der wirtschaftsrechtlichen Abteilung umreißende Frage bejaht werden muss¹. Wenn das richtig ist, darf sich die ZHR und mit ihr die Leserschaft als auf das Thema vorbereitet bezeichnen²: gerüstet für eine Würdigung des nunmehr im Sommer 2016 vorgelegten Gutachtens und für die auf dem Juristentag in Essen zu erwartende Diskussion.

Neu ist das Thema nicht. Bereits im Vorfeld der Schuldrechtsüberarbeitung hatte das Bundesministerium der Justiz im Rahmen der „Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts“³ auch die „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ als Reformthema ins Auge gefasst, doch hatte das so entstandene Gutachten⁴ einen wohl so nicht erwarteten Professorenstreit über zeitgemäßes Personengesellschaftsrecht ausgelöst⁵. Kein Wunder deshalb, dass die Schuldrechtsüberarbeitung am Recht der Gesellschaft achtlos vorbeiging. Schlecht bekommen ist diese Apathie dem Gesellschaftsrecht eher nicht, denn die auf die Legalordnung des BGB und besonders seines zweiten Buches zielende Ansiedelung des Themas bei der Schuldrechtsüberarbeitung eignete sich für einen zielführenden Reformansatz kaum besser als die anfängliche Verortung der „Gesellschaft“ im Schuldrecht des BGB von 1896⁶. Es ist ja kein Zu-

1 *Schäfer*, in: Verhandlungen des 71. DJT I, 2016, S. E 10 (unter A. I.); s. auch *Henssler/Markworth*, NZG 2015, 1, 7.

2 Vgl. *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013) 712 ff.; über die Investmentkommanditgesellschaft *Casper*, ZHR 179 (2015) 44 ff.

3 BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 3 Bde., 1981 ff.

4 *Karsten Schmidt*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden: Gutachten), ebd., Bd. III, 1983, S. 413 ff.

5 Vgl. *Ulmer*, ZGR 1984, 313 ff.; dieser Kritik folgend *Hüffer*, AcP 184 (1984) 584 ff.; dazu *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013) 712, 714 ff.

6 Dazu *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, S. 630 f.

fall, dass der in dem Urteil „Arge weißes Ross“ von 2001⁷ kulminierende Sinnwandel des Rechts der Außenpersonengesellschaft seinen Ausgang bei *Werner Flumes* These genommen hatte, wonach das Recht der Außengesellschaft („Gesamthandsgesellschaft“) dem „Personenrecht“ und eben nicht dem Obligationenrecht zugehört⁸. Eine „grundlegende“(!) Gesetzesreform müsste demnach mehr und eigentlich etwas anderes als eine Reform des 16. Titels im Besonderen Schuldrecht des BGB sein. Aus diesem Geist lebt auch das durch rechtsvergleichende Befunde⁹ beglaubigte *Schäfer*-Gutachten.

II. Rechtspolitische Brisanz? Rechtspolitische Relevanz?

Im Rückblick auf vergangene Themen der wirtschaftsrechtlichen Abteilung – etwa auf die Organhaftung (2014)¹⁰, Eingriffe in die Unternehmensführung (2012)¹¹, die Finanzmarktregulierung (2010)¹², die Trennung börsennotierter und geschlossener Gesellschaften (2008)¹³ oder die Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes (2006)¹⁴ – mag sich die Themenstellung vergleichsweise akademisch, die Aufgabe gar als ein Anliegen bloßer Gesetzesästhetik ausnehmen. Indes: Es genügt ein Besuch bei der von der Arbeitsgemeinschaft der Fachanwälte für Steuerrecht jährlich ausgerichteten großen Jahresarbeitsstagung, um die alle Wirtschaftsbereiche durchziehende Bedeutung der Personengesellschaften¹⁵ und die Fülle der diese umgebenden Rechtsprobleme wahrzunehmen. Aber das Gesetz hielt nicht Schritt. Viel 19. Jahrhundert spricht aus den §§ 705 ff. BGB, 105 ff. HGB. Und ein Blick auf den Stand des gelebten Rechts bestätigt den Eindruck, dass zwar die Praxis der Personenge-

-
- 7 BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.
 8 *Flume*, Die Personengesellschaft, 1977, S. 1; zuerst *ders.*, ZHR 136 (1972) 177 ff.; eingehende Würdigung bei *Karsten Schmidt*, AcP 209 (2009) 181 ff.
 9 *Schäfer* (Fn. 1), S. E 17 ff. (unter B); verdienstvolle Vorarbeit bei *Windbichler*, ZGR 2014, 110 ff.
 10 „Reform der Organhaftung“; Vorsitz: *Mathias Habersack/Peter Hemeling/Jochen Vetter*; Gutachter: *Gregor Bachmann*; Referenten: *Thomas Kremer, Viola Sailer-Coceani, Uwe H. Schneider*.
 11 „Staatliche und halbstaatliche Eingriffe in die Unternehmensführung“; Vorsitz: *Jochen Vetter*; Gutachter: *Mathias Habersack*; Referenten: *Patrick C. Leyens, Peter Hemeling, Daniela Weber-Rey*.
 12 Finanzmarktregulierung – welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?; Vorsitz: *Klaus Hopt/Thomas Mayen/Wolfgang Schön*; Gutachter: *Martin Hellwig, Wolfram Höfling, Daniel Zimmer*; Referenten: *Gregor Bachmann, Hans-G. Henneke, Thorsten Pöttsch*.
 13 Vorsitz: *Klaus Hopt/Ulrich Koch*; Gutachter: *Walter Bayer*; Referate: *Gerd Krieger, Peter O. Müllbert, Eddy Wymeersch*.
 14 Vorsitz: *Eberhard Vetter/Martin Winter*; Gutachter: *Ulrich Haas*; Referenten: *Heribert Hirte, Detlef Kleindiek, Jochen Vetter*.
 15 Rechtsstatsächlicher Befund bei *Kornblum*, GmbHR 2016, 691, 692; *Schäfer* (Fn. 1), S. E 15 f. (unter A. III.).

sellschaften mit den sich stellenden Fragen zurechtkommt, hierbei aber dem Stand der Gesetze weit vorausgeeilt ist.

III. *Quo usque tandem...?*

Während nun die einen auf eine Fortsetzung dieses sich *praeter legem* vollziehenden Prozesses zu immer neuen Ergebnissen drängen¹⁶, hat insbesondere *Volker Beuthien* einen Zustand der „Begriffsverwirrung“, „Systemvergesessenheit“ und „Grundlagenungewissheit“ konstatiert¹⁷. Diese oft zitierte Kritik kehrt sich allerdings bei näherem Zusehen weniger gegen den durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft betriebenen Fortbildungsprozess als gegen den Stand der Gesetzgebung¹⁸. Insbesondere bezogen auf das Gesellschaftsrecht der freien Berufe konstatierte *Martin Henssler* jüngst einen „beklagenswerten Zustand“ des deutschen Personengesellschaftsrechts¹⁹.

Das Recht der Personengesellschaften ist im Kern Rechtsprechungsrecht²⁰, und das sollte sich – erkennbar auch im *Schäfer*-Gutachten – nicht grundsätzlich ändern. Nicht auf Versteinerung darf eine Reform des Personengesellschaftsrechts deshalb zielen, wohl aber auf Konsistenz des Regelwerks und auf eine darin angelegte Zielsicherheit für allfällige Rechtsfortbildungsschritte²¹.

IV. *BGB und HGB: Auf welchen Schultern steht die Reform?*

Ob eine Reform ihren Platz zuvörderst im BGB oder im HGB finden soll, ist eine gesetzessystematische Frage. Die dem § 105 Abs. 3 HGB zugrundeliegende Annahme, im BGB seien die *Elementaria* geregelt, denen das Handelsrecht Spezialregelungen hinzufüge, hat sich unter der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs²² als illusorisch erwiesen. Gerade im Gesellschaftsrecht hat das durch gelebte Vorbilder geprägte – als Kodifikation sonst nicht eben vorbildliche – Handelsgesetzbuch mehr an exemplarischer Wirkkraft gezeitigt als das rechtsdogmatisch inspirierte BGB. Wie beispielsweise der Gegensatz zwischen § 727 BGB und §§ 131 Abs. 3 Nr. 1, 177 HGB zeigt, eignet sich das

16 Exemplarisch MünchKommHGB/*Priester*, 4. Aufl. 2016, § 120 Rdn. 93; *ders.*, ZIP 2014, 245 ff. (eigene Anteile); dagegen *Karsten Schmidt*, ZIP 2014, 493 ff.

17 *Beuthien*, JZ 2003, 715; 2003, 969; *ders.*, NJW 2005, 855.

18 Stellungnahme von *Karsten Schmidt*, FS *Beuthien*, 2009, S. 211 ff.

19 *Henssler*, AnwBl. 2014, 762.

20 *Karsten Schmidt*, in: *Limperg u.a.* (Hrsg.), *Recht im Wandel europäischer und deutscher Rechtspolitik*, FS 200 Jahre Carl Heymanns Verlag, 2015, S. 245 ff.

21 *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013) 712, 719 f.

22 Vgl. exemplarisch zur Anwendung der §§ 124, 128 ff. HGB etwa BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483; BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; BGHZ 154, 370 = NJW 2003, 1803.

BGB eher als Zuhause der Innengesellschaft, während das HGB Leitbilder der Außengesellschaft präsentiert. Kommt nun bei allen Reformüberlegungen der Außengesellschaft paradigmatische Bedeutung zu²³, so wird man dem HGB als Ideengeber gegenüber dem BGB das *Prae* zugestehen. *Levin Goldschmidt*, Gründer der ZHR²⁴, hätte hier seine kaum noch berufene Metapher wiedererkannt, in der das Handelsrecht einen das dürre Zivilrechtstal erquickenden Gletscher darstellt. Ob dem besser durch die Aufnahme von HGB-Regeln in das BGB oder durch Verweisungen Rechnung getragen wird, ist eine schon aus dem PartGG bekannte Frage des kodifikatorischen Designs²⁵. Wollte man sich in den Stand der Unschuld versetzen, könnte man sich stattdessen mit dem Gerüst der historisch unvorbelasteten EWIV-VO begnügen. Erwogen wird dies bisher offenbar nicht.

V. Außengesellschaften/Innengesellschaften

Zu den gravierendsten Defiziten des gesetzlichen BGB-Gesellschaftsrechts gehört die ungenügende Zurkenntnisnahme des systembildenden Unterschieds zwischen Außen- und Innengesellschaften, die durchaus verschiedenartigen Rechtsregeln unterliegen, jedoch von Fall zu Fall schwer gegeneinander abgrenzbar sind²⁶. Das österreichische Recht hilft jetzt mit einer an die Unternehmensträgerschaft oder an das Vorhandensein eines gemeinschaftlichen Namens verbundenen Vermutung²⁷, die auch im deutschen Recht gute Dienste zu leisten verspricht²⁸. Ausdrücklich festschreiben will *Schäfer* die gesetzliche Klarstellung, dass Außengesellschaften rechtsfähig sind²⁹, während Innengesellschaften die Fähigkeit abgeht, Gesellschaftsvermögen im Rechtssinne zu bilden³⁰. Dem kodifikatorischen Anliegen einer Reform täte eine solche Klarstellung gut. Um ein dringendes rechtspolitisches Anliegen handelt es sich nicht.

23 *Schäfer* (Fn. 1), S. E 12 (unter A. II. 1. [2.]).

24 Vgl. zur Gründungsgeschichte der ZHR 172 (2008) 503 ff.

25 Zur Sachdiskussion über die Regelung der akzessorischen Gesellschafterhaftung *Schäfer* (Fn. 1), S. E 75 ff. (unter D I 6 b); *Röder*, AcP 215 (2015) 450, 511 ff.

26 So der Sache nach auch *Röder*, AcP 215 (2015) 450, 464 ff., 531 f.

27 § 1176 Abs. 1 S. 2 ABGB: „Ist der Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens oder führen die Gesellschafter einen gemeinsamen Gesellschaftsnamen (§ 1177), so wird vermutet, dass die Gesellschafter eine Außengesellschaft vereinbaren wollten.“

28 *Schäfer* (Fn. 1), S. E 73 ff. (unter D I 2), S. E 82 f. (unter D I 2 c).

29 *Schäfer* (Fn. 1), S. E 114 (unter F I).

30 *Schäfer* (Fn. 1), S. E 60 (unter D I 3 c).

VI. Große und kleine Ansätze: ein Update auch der Innenarchitektur

Obwohl mit einer „grundlegenden“ Reform befasst, rät das Gutachten in Abkehr vom Modell der §§ 1186 ff. ABGB davon ab, „allgemeine Grundsätze und Institute des Personengesellschaftsrechts“ im Gesetz zu regeln³¹. Diese Formel verwundert, stehen doch gerade die institutionellen Grundlagen des Personengesellschaftsrechts wie die Rechtsfähigkeit, der Unterschied von Außengesellschaften und Innengesellschaften, die Publizität und die Haftung entschieden im Mittelpunkt von Schäfers Überlegungen. Mit „Grundsätzen“ und „Instituten“ gemeint ist offenbar nur der allgemeine Rechte- und Pflichtenkanon der Gesellschafter (Gleichbehandlung, Treupflicht, Wettbewerbsverbot usw.). Dass das Gutachten ausgerechnet die bei der Geschäftsführung geschuldete Sorgfalt³² links liegen lässt und dem § 708 BGB unverdient respektvollen Raum gibt (dazu sogleich), will hierzu nicht passen.

Missstände im Detail wird die Reform nicht ausblenden dürfen. Vor allem im Innenrecht der Personengesellschaften gibt es Regeln, die schlicht aus der Zeit gefallen sind. Eindeutig dazuzuzählen ist § 166 HGB, wo dem zur Mitwirkung der Bilanzfeststellung berufenen Kommanditisten³³ gerade einmal das Recht zur Entgegennahme dieses Jahresabschlusses zugestanden wird³⁴. Hier ist eine Modernisierung angezeigt, die im Rahmen der Entscheidungskompetenz der Gesellschafter ein allgemeines Informationsrecht gewährleistet.

In Übereinstimmung mit dem Gutachten³⁵ und im Anschluss an grundsätzliche Überlegungen von Peter Ulmer³⁶ sollte den §§ 133, 140 HGB ein durch bloße Kündigungserklärung – d.h. ohne Gestaltungsprozess! – auszuübendes Austrittsrecht aus wichtigem Grund zur Seite gestellt werden.

Dass § 708 BGB – die Haftungsbeschränkung auf eigenübliche Sorgfalt – im geübten Recht keinen Platz hat³⁷, will Schäfer dagegen nicht gelten lassen³⁸, während das ABGB unseres Nachbarlands erkennbar auf die erforderliche Sorgfalt abstellt³⁹.

31 Schäfer (Fn. 1), S. E 40 ff. (unter C II), S. 98 (unter F I 1 6).

32 § 1189 Abs. 3 S. 1 ABGB: „Die Geschäfte sind so sorgfältig zu führen, wie es Art und Umfang der Gesellschaft erfordern...“.

33 BGHZ 132, 263 – NJW 1996, 1678; dazu etwa Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 36. Aufl. 2014, § 164 Rdn. 3; MünchKommHGB/Priester (Fn. 16), § 120 Rdn. 55 ff.; Walter, Die Bilanzierungsrechte der Gesellschafter in der Kommanditgesellschaft, 2002, S. 16 ff.

34 Zur Ergänzung des § 166 HGB durch ein allgemeines mitgliedschaftliches Informationsrecht vgl. Staub/Casper, HGB, 5. Aufl. 2015, § 166 Rdn. 2.

35 Schäfer (Fn. 1), S. E 96 f. (unter D III 2 b).

36 Ulmer, FS Goette, 2011, S. 553 ff.

37 So Karsten Schmidt, ZHR 177 (2013) 712, 727 f.; Wiedemann (Fn. 6), S. 190 f.; Fleischer/Danninger, NZG 2016, 481, 491.

38 Schäfer (Fn. 1), S. E 88 (unter D I 8 b).

39 Vgl. Fn. 32.

Das Recht der Beschlüsse und Beschlussmängel bei Personengesellschaften ist im Gesetz überaus unvollkommen – fast wäre zu sagen: gar nicht – geregelt. Selbst der österreichische § 1192 ABGB steht neben dieser Regel vergleichsweise glänzend da⁴⁰. Weder von Stimmverboten noch vom Rechtsschutz gegen fehlerhafte Beschlüsse ist im HGB oder im BGB die Rede. Der Verfasser dieses Editorials verfiert seit Jahrzehnten eine alle Mehrheitsbeschlüsse umfassende – auch in den Augen von Zweiflern in sich stimmige – an das Recht der Kapitalgesellschaften angelehnte Anfechtungslösung⁴¹. Dieses Modell zur gesetzlichen Regel zu erheben, verspräche doppelten Gewinn an Rechtssicherheit⁴², hätte aber ein hohes Maß an rechtspolitischen Konsens zur Voraussetzung. Zu diesem trägt das *Schäfer*-Gutachten nicht bei, konstatiert vielmehr einen vorrangigen Reformbedarf beim Beschlussmängelrecht der §§ 241 ff. AktG, das nach gegenwärtigem Stand nicht für eine Übertragung auf das Personengesellschaftsrecht taugt⁴³. Institutionelles Rechtsdenken sieht anders aus. Nachdem sich aber das Anfechtungsmodell bisher nicht einmal im Vereinsrecht behaupten konnte⁴⁴, verwundert das Ausbleiben des hier angemahnten Konsenses nicht.

VII. Was wird aus den §§ 718, 719, 738 BGB?

Schäfer, bekanntlich zu den frühen Befürwortern der Rechtsfähigkeit aller Außengesellschaften zählend⁴⁵, will an dem in §§ 718, 719, 738 Abs. 1 S. 1 BGB zum Ausdruck gelangten Gesamthandsprinzip⁴⁶ und damit auch an diesen Vorschriften selbst festhalten. Deren hier befürwortete Beseitigung versteht er als Versuch einer „Abschaffung des Gesamthandsprinzips“ und lehnt diesen ab⁴⁷. Das verwundert. Die an den §§ 718, 719, 738 Abs. 1 S. 1 BGB ge-

40 § 1192 Abs. 2 ABGB: „Hat nach dem Gesellschaftsvertrag die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, so bestimmt sie sich nach den abgegebenen gültigen Stimmen. Das Stimmgewicht entspricht den Beteiligungsverhältnissen. Sind nicht alle Gesellschafter am Kapital beteiligt, wird die Mehrheit nach Köpfen berechnet. Arbeitsschlichter, denen der Gesellschaftsvertrag einen am Wert ihrer Arbeit orientierten Kapitalanteil zubilligt, gelten als am Kapital beteiligt.“

41 *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 447, 1397, 1648; *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, 11. Aufl. 2014, Anh. § 45 Rdn. 52; zuerst *ders.*, FS Stimpel, 1985, S. 271 ff.; ebenso jüngst wieder *MünchKommHGB/Enzinger* (Fn. 16), § 119 Rdn. 99, 106 ff.

42 Einmal konkret im Hinblick auf individuelle Beschlüsse, zum anderen abstrakt im Hinblick auf die Anerkennung des Anfechtungsmodells.

43 *Schäfer* (Fn. 1), S. E 109 f. (unter E II 2).

44 Ermutigend im Anschluss an *Reuter* aber jüngst *MünchKommBGB/Arnold*, 7. Aufl. 2015, § 32 Rdn. 53; dort reiche Nachweise.

45 Vgl. *MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer*, 6. Aufl. 2013, § 705 Rdn. 303 ff.

46 Dazu *Schäfer* (Fn. 1), S. E 86 f. (unter D I 8 a); s. auch *MünchKommBGB/Schäfer* (Fn. 45), § 718 Rdn. 2, § 738 Rdn. 8; *Ulmer*, ZGR 1984, 313, 328.

47 *Schäfer* (Fn. 1), S. E 87 f. im Anschluss an *Ulmer*, ZGR 1984, 313, 328.

übte Kritik versteht sich nur als Spiegelung der gerade von *Ulmer* und *Schäfer* herausgearbeiteten Vermögensfähigkeit der Außengesellschaft als solcher und will diese lediglich – d.h. unter Verzicht auf materielle Rechtsänderung – besser abbilden als der bisherige Gesetzeswortlaut⁴⁸: Solange eine Außengesellschaft – mit welchen Gesellschaftern auch immer! – besteht, ist sie und nur sie Inhaberin des Gesellschaftsvermögens. Die „gesamthänderische Bindung“ (§ 719 BGB) und nicht minder das „Anwachungs“-Phänomen (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB) ist kaum mehr als die selbstverständliche Folge dieser Einsicht und bedarf der hier kritisierten Regeln nicht⁴⁹. Den Streit, ob die rechtsfähige Personengesellschaft Gesamthand⁵⁰ oder juristische Person⁵¹ ist, sollte die Gelehrtenzunft dagegen unter sich ausmachen. Ins Bundesgesetzblatt gehört diese akademische Frage nicht⁵².

VIII. Publizitätsfragen

Mit Recht greift das Gutachten die sich seit der Anerkennung nicht eingetragener – selbst eintragungsunfähiger! – Personengesellschaften als Rechtsträger stellenden Publizitätsprobleme auf⁵³. Wie § 162 Abs. 1 S. 2 HGB und § 47 Abs. 2 GBO zeigen, führt die der GbR fehlende „Publizität des Subjekts“ zu provisorischen Kompromissen, sobald mit Bezug auf das Gesellschaftsvermögen für „Publizität des Objekts“ gesorgt werden soll⁵⁴. Nach unterschiedlichen Vorschlägen für eine Registrierung aller rechtsfähigen Personengesellschaften empfiehlt nun *Schäfer*, inspiriert durch *Peter Ulmer*⁵⁵, die Einführung eines für fakultative Anmeldungen offenen GbR-Registers mit freier Löschungsoption⁵⁶. Durch Ausübung dieser Option wäre für „Publizität des Subjekts“ gesorgt, eine hinreichende „Publizität des Objekts“ also formell gewährleistet.

Der Preis besteht freilich darin, dass bei den Gerichten neben dem Handelsregister nicht nur das Partnerschaftsregister, sondern auch noch ein GbR-Register vorzuhalten wäre, während die weitaus seltenere EWIV handelsregisterfähig ist (§ 2 EWIV-AG). Das stört. Auch die Möglichkeit, dass sich das Recht

48 *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013) 712, 727 f.

49 Zust. insofern *Röder*, AcP 215 (2015) 450, 492.

50 MünchKommBGB/*Ulmer/Schäfer* (Fn. 45), § 705 Rdn. 307 ff.

51 So namentlich *Raiser*, AcP 194 (1994) 495, 503 ff.; 199 (1999) 104, 107 f.

52 „Lex moneat, non doceat“!

53 *Schäfer* (Fn. 1), S. E 61 ff. (unter D I 4); zweifelnd noch *Ulmer*, ZGR 1984, 313, 316, 337.

54 Vgl. Den Hinweis auf das vom Verfasser dieses Editorials ausgegebene Motto „Keine Publizität des Objekts ohne Publizität des Subjekts“ bei *Schäfer* (Fn. 1), S. E 61 (unter D I 4 a).

55 *Ulmer*, in Bayer/Koch (Hrsg.), Die BGB-Gesellschaft im Grundbuch, Schriften zum Notarrecht, Bd. 25, 2011, S. 10, 29 f.

56 *Schäfer* (Fn. 1), S. E 66 (unter D I 4 c); ähnlich *Röder*, AcP 215 (2015) 450 ff.

der eingetragenen und der nicht eingetragenen (gleichwohl rechtsfähigen!) Außen-GbR auseinanderlebt, lässt von einem GbR-Register nicht nur wünschenswerte Effekte erwarten. Wäre es da nicht doch einfacher, die durch § 105 Abs. 2 HGB aufgestoßene Tür konsequent weiter zu öffnen, also jede Außengesellschaft zur Eintragung als „offene Gesellschaft“ zuzulassen (vgl. in Österreich § 105 S. 3 UGB), wobei nicht unternehmenstragende Personengesellschaften durch ein Rechnungslegungsprivileg⁵⁷ vor „zu viel HGB“ geschützt werden könnten⁵⁸? Das rechtspolitische Ziel ist dasselbe: Jede (rechtsfähige) Außen-GbR trägt den Marschallstab im Tornister und erhält durch Nutzung einer Registrierungsoption eine der nicht eingetragenen Gesellschaft nicht zukommende formelle Dignität – nützlich nicht nur für die Publizität ihres Vermögens, sondern sicherlich auch für ihren Auftritt im Rechts- und Prozessverkehr!

IX. Störfaktor Berufsrecht

Das Berufsrecht – vor sechs Jahren seinerseits Gegenstand der Verhandlungen des 68. DJT⁵⁹ – wirkt als Ordnungs- (aber auch Stör-)Faktor auf das Gesellschaftsrecht der Freien Berufe zurück. Was die Eintragung von Freiberuflergesellschaften als Handels-Personengesellschaften – z.B. als GmbH & Co. KG – anlangt, hat sich die zu dem ängstlich und eng formulierten § 105 Abs. 2 HGB ergangene Judikatur in eine bedenkliche Abhängigkeit vom Berufsrecht begeben, das Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zulässt⁶⁰, nicht dagegen die Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG⁶¹. Den Vorzug verdient eine Handhabung, die das autonom auszulegende Gesellschaftsrecht darüber entscheiden lässt, was die gewählte Rechtsform kann und dem Berufsrecht lässt, was des Berufsrechts ist: die Abgrenzung der berufsrechtlich erlaubten von der unerlaubten Formwahl. Die in Österreich vollzogene Öffnung der OG und der KG für jeden erlaubten Gesellschaftszweck (s.o. unter VIII.) wäre auch hier eine Hilfe.

57 Erweiterung der §§ 241 a, 242 Abs. 4 HGB.

58 *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013) 712, 729; kritisch dazu *Schäfer* (Fn. 1), S. E 34 f. (unter C I 3 b); *Röder*, AcP 215 (2015) 450, 468, 480.

59 „Die Zukunft der freien Berufe ...“; Vorsitz: *Felix Busse/Thomas v. Danwitz*; Gutachter: *Jörn Axel Kämmerer*; Referenten: *Jürgen Basedow, Michael Krenzler, Arno Metzler*.

60 Dazu jüngst BGHZ 202, 92 = NJW 2015, 61; krit. m.w.N. *Henssler/Markworth*, NZG 2015, 1, 5 ff.

61 BGH, NJW 2011, 3036 = ZIP 2011, 1664; zust. *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, HGB, 3. Aufl. 2015, § 105 Rdn. 36; *Henssler/Strohn/Röthel*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 105 HGB Rdn. 31; *Oetker/Weitemeyer*, HGB, 4. Aufl. 2015, § 105 Rdn. 26; *Röhrich/v. Westphalen/Haas*, HGB, 4. Aufl. 2014, § 105 Rdn. 9; berechnigte Kritik bei *Henssler/Markworth*, NZG 2015, 1, 5 ff.

X. Abschaffung der Partnerschaftsgesellschaft?

Der vielleicht folgenreichste Reformschritt im Personengesellschaftsrecht der vergangenen Jahrzehnte war die Einführung der Partnerschaftsgesellschaft⁶², im Jahr 2013 kraftvoll verstärkt durch die Zulassung der PartGmbH⁶³. Das Gutachten bescheinigt dieser Neuerung rechtspolitischen Erfolg⁶⁴ und sogar rechtssystematische Konsistenz⁶⁵. Dem steht die mit im einzelnen unterschiedlicher Intention vorgetragene Forderung nach einer Beseitigung dieser Sonderrechtsform gegenüber⁶⁶. Diese in nunmehr abgewandelter Form auch vom *Verfasser* vertretene Kritik⁶⁷ wird es in Anbetracht der hohen Zahl von Partnerschaftsgesellschaften und der umso verständlicheren Besitzstandsreflexe schwer haben – auch gegenüber dem Juristentagsgutachten⁶⁸. Festgehalten sei aber doch:

- Die Partnerschaftsgesellschaft ist ein Resultat aus dem Streben nach mitunternehmerischer Gestaltung⁶⁹, der ängstlichen Beibehaltung eines konventionellen Gewerbebegriffs als Grundlage des Handelsgesetzbuchs⁷⁰ und der gewerbesteuerlich inspirierten Sorge der Berufsträger, zu nah an die handelsgewerblichen Unternehmensformen heranzurücken⁷¹ – alles keine Gesichtspunkte, die mehr als ein Provisorium zutage bringen⁷² und einer „grundlegenden“ Neuorientierung des Personengesellschaftsrechts standhalten könnten.
- Dem Versuch, Freiberuflergesellschaften mit dem Vehikel des § 105 Abs. 2 HGB Zugang zu den Handelsgesellschaften einschließlich der GmbH & Co. KG zu verschaffen⁷³, hat sich der Bundesgerichtshof in der bereits unter IX. kritisierten Unterwerfung unter berufsrechtliche Vorgaben⁷⁴ verweigert⁷⁵. Insgesamt wäre es ein Gewinn, wenn die Partnerschaftsgesetzgebung

62 Gesetz vom 25. 7. 1994, BGBl. I (1994), S. 1744.

63 Gesetz vom 15. 7. 2013, BGBl. I (2013), S. 2386; dazu *Lieder/Hoffmann*, NJW 2015, 897 ff.

64 Angaben auch bei *Lieder/Hoffmann*, NJW 2015, 897.

65 *Schäfer* (Fn. 1), S. 89 ff., 91 (unter D V 1, 2).

66 Vgl. nur *Henssler*, AnwBl. 2014, 762, 763.

67 *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013) 712, 730 ff.

68 *Schäfer* (Fn. 1), S. E 102 f. (unter D V 1).

69 § 15 EStG.

70 *Karsten Schmidt*, Gutachten (Fn. 4), S. 413, 502 ff.

71 Generalkritik bei *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013) 712, 731.

72 Ablehnung des PartGG schon bei *Karsten Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2002, S. 1878 ff.

73 Zusammenfassend jüngst *MünchKommHGB/Karsten Schmidt* (Fn. 16), §105 Rdn. 58 ff.

74 BGHZ 202, 92 = NJW 2015, 61 (Steuerberatungs-KG eintragbar).

75 BGH NJW 2011, 3036 = ZIP 2011, 1664; zust. etwa *EBJS/Wertenbruch*, HGB, 3. Aufl. 2014, § 105 Rdn. 36; *Henssler/Strohn/Röthel* (Fn. 61), § 105 Rdn. 31; Oet-

kassiert und deren berechtigtes Anliegen in das Recht der Handelsgesellschaften integriert würde⁷⁶.

XI. Ein Sonderrecht für unternehmenstragende Gesellschaften?

Seit einer Generation ist die Frage umstritten, ob für die unternehmenstragende GbR – Schäfer bevorzugt die Bezeichnung als „gewerblich oder freiberuflich tätige Gesellschaft“⁷⁷ – Sonderregeln zu gelten haben⁷⁸. Der durch die Öffnung des Handelsregisters für vermögensverwaltende Handelsgesellschaften vollzogene Schritt (§ 105 Abs. 2 HGB) indiziert in puncto Rechtsfähigkeit eine Gleichstellung aller Außengesellschaften⁷⁹. Nicht ausgeschlossen ist damit die Begrenzung einzelner bisher im HGB geregelter Bestimmungen auf unternehmenstragende Gesellschaften, insbesondere bezüglich der §§ 28, 112, 113, 120–122, 125, 125a, 130a, 132, 139 sowie §§ 146 ff.⁸⁰. *Karsten Schmidt* steht dieser Methode mit unverkennbarer Skepsis gegenüber⁸¹, doch ist das aus diesen Regeln sprechende spezifisch unternehmerische Bedürfnis nach Organisation, Verantwortung und Haftungsbeschränkung nicht auf im Sinne des HGB kaufmännische Gesellschaften beschränkt.

XII. Innengesellschaften, insbesondere Publikumsgesellschaften

Von einer Reform des Rechts der stillen Gesellschaft (§§ 230 ff. HGB) und der Unterbeteiligungsgesellschaft rät das Gutachten ab⁸². In Anbetracht der Tatsache, dass kaum eine Variante der Personengesellschaft sich in der Praxis so weit vom gesetzlichen Modell gelöst hat⁸³, ist das keine Selbstverständlichkeit. Auf dieser Überlegung fußt der von *Herbert Wiedemann* jüngst unterbreitete Vorschlag einer vor allem auf stille Publikumsgesellschaften zielenden Sonderregel im HGB über stilles Haftkapital⁸⁴. Grundsätzlich verdient dies keine andere Antwort als die allgemeine Frage nach einer allgemeinen Kodifi-

ker/*Weitemeyer* (Fn. 61), § 105 Rdn. 19, 26; *Röhrich/v. Westphalen/Haas* (Fn. 61), § 105 Rdn. 9

76 Vgl. Fn. 67.

77 *Schäfer* (Fn. 1), S. E 71 (unter D I 5 b).

78 Dafür mit Nachdruck *de lege lata Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 1. Aufl. 1986, S. 1294 ff.; *de lege ferenda ders.*, Gutachten (Fn. 4), S. 496 ff.

79 *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013) 712, 717; ausführlich *Schäfer* (Fn. 1), S. E 27 f. (unter C I 2).

80 *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013) 712, 737; krit. *Schäfer* (Fn. 1), S. E 70 ff. (unter D I 5).

81 *Schäfer* (Fn. 1), S. E 27 f.

82 *Schäfer*, (Fn. 1), S. E 101, E 117 (unter D IV, F II 4).

83 Dazu *Blaurock*, Handbuch stille Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, Rdn. 1.30 ff., 4.26 ff.

84 *Wiedemann*, NZG 2001, 1 ff.

kation des Rechts der Publikumspersonengesellschaften⁸⁵. Auch *Schäfer* fragt allerdings, ob die in diesem Zusammenhang instrumentalisierte Rechtsfigur der qualifizierten Treuhänder einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden sollte⁸⁶, womit insbesondere treuhändergestützte Publikums-Innengesellschaften eine gesetzliche Basis fänden. Ob hierfür ein Bedarf besteht und ob die Diskussion hinreichend fortgeschritten ist, steht freilich nicht fest. Dagegen spricht das Fehlen an notorischem Wissen über die bis heute umstrittene⁸⁷ Rechtsfigur insbesondere der „Innen-KG“⁸⁸.

XIII. Ausblick

Dass die Wirtschaftspresse dem anstehenden Juristentagsthema außerhalb des Freiberuflerbereichs⁸⁹ viel an Brisanz und rechtspolitischer Vordringlichkeit zusprechen wird, darf man bezweifeln (vgl. schon unter II.). Das Gutachten bestärkt seinen Leser jedoch in der Gewissheit, dass es der Gesetzgebung wohl anstünde, ihrer im Personengesellschaftsrecht nicht mehr erfüllten Ordnungsaufgabe besser als bisher nachzukommen. Die Beratungen des 71. Deutschen Juristentags werden dazu auf der Basis des *Schäfer*'schen Gutachtens beitragen.

Karsten Schmidt

85 Dagegen *Albrecht Krieger*, FS Stimpel, 1985, S. 307 ff.

86 *Schäfer* (Fn. 1), S. E 111 ff. (unter E III).

87 Eingehende Kritik zuletzt bei *Mock*, ZIP 2016, 497 ff.; zur bisherigen Praxis vgl. *Staub/Casper* (Fn. 34), § 161 Rdn. 237 ff.

88 Dazu *Karsten Schmidt*, ZHR 178 (2014) 10 ff.; *ders.*, ZIP 2014, 1457; *ders.*, NZG 2016, 641 ff.

89 Zu diesem Bereich vgl. nachdrücklich *Henssler/Markworth*, NZG 2015, 1 ff.

ABHANDLUNGEN

Satzungsdurchbrechende Beschlüsse bei AG und GmbH

Von Lars Leuschner*

ZHR 180 (2016) 422–457

Es sind zahlreiche Konstellationen denkbar, in denen für eine Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung ein Bedürfnis besteht, im Einzelfall von der Satzung abzuweichen, ohne diese für die Zukunft zu ändern. Unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist, wird seit geraumer Zeit unter dem Stichwort „satzungsdurchbrechender Beschlüsse“ diskutiert, ohne dass eine in jeder Hinsicht befriedigende Lösung gefunden zu sein scheint. Der vorliegende Beitrag analysiert die in Betracht kommenden Konstellationen umfassend und ordnet sie jeweils den im Gesetz vorgesehenen Kategorien der Satzungsverletzung und der Satzungsänderung zu. Weil das auf diese Weise gewonnene Ergebnis, wonach in manchen Fällen die Abweichung von der Satzung formlos möglich ist, während es in anderen Fällen der Eintragung im Handelsregister bedarf, wertungsmäßig nicht zu überzeugen vermag, folgt ein Plädoyer für eine rechtsfortbildende Korrektur. Die Handelsregistereintragung ist hiernach bei Einzelfallsatzungsänderungen grundsätzlich verzichtbar.

Inhalt

I. Einführung	423
1. Relevanz und Anwendungsbeispiele	423
2. Praktisches und dogmatisches Grundproblem	424
3. Begriff der Satzungsdurchbrechung und Abgrenzung	424
4. Gang der Untersuchung	426
II. Meinungsbild und Kritik	426
1. Rechtsprechungsentwicklung	426
2. Kategorisierung des Meinungsbilds in der Literatur	428
3. Kritik	433
III. Lösung vorbehaltlich rechtsfortbildender Korrekturen	436
1. Inhaltliche Abweichungen von der Satzung	437
2. Prozedurale Abweichungen von der Satzung	444
3. Zwischenergebnis	448
IV. Rechtsfortbildende Korrekturen	448
1. Fragwürdigkeit der Ergebnisse unter Wertungsgesichtspunkten	448
2. Teleologische Beschränkung der Eintragungsfomalitäten auf abstrakt-generelle Satzungsänderungen	450

* Dr., Professor an der Universität Osnabrück; Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht.