

Festschrift für Robert Fischer*

von

Professor DR. PETER FORSTMOSER, Zürich

Mit dieser Festschrift ehren die Autoren – zahlreiche bedeutende deutsche Professoren, Richter und Anwälte – den inzwischen verstorbenen Juristen *Robert Fischer*, der als Richterpersönlichkeit wie als Wissenschaftler der Entwicklung des deutschen Privatrechts und insbesondere des Handels- und Gesellschaftsrechts entscheidende und fortwirkende Impulse gegeben hat.

Einleitend würdigen die Herausgeber *Marcus Lutter*, *Walter Stimpel* und *Herbert Wiedemann* die eigenwillige¹ Persönlichkeit und das vielseitige Werk *Robert Fischers*, das sich von der Mitwirkung an drei Großkommentaren und der Bearbeitung eines Kurzkomentars über Zeitschriftenaufsätze, Festschriftenbeiträge und Vorträge bis zur Verfassung zahlreicher Urteilsanmerkungen erstreckt. Stets war *Fischer* dabei bemüht, den wachen Sinn für die Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts zu wahren, eine verfassungs- und sachkonforme Arbeitsteilung zwischen Gesetzes- und Richterrecht zu finden, der Rechtsprechung neue Ideen zu geben und gegenüber dem allzu Grundsätzlichen die gebotene Zurückhaltung zu üben.

* *

*
a

Die Abhandlungen der Festschrift knüpfen thematisch am Gedankengut des Geehrten an. Ein zahlenmäßiges Schwergewicht liegt beim Gesellschaftsrecht. Weitere Abhandlungen betreffen das allgemeine Handelsrecht, Unternehmensrecht und Mitbestimmung, das Wettbewerbs- und Kartellrecht, schuldvertrags-

* Besprechung der gleichnamigen Festschrift, herausgegeben von Marcus Lutter, Walter Stimpel und Herbert Wiedemann, XIII/929 Seiten, 1 Frontispiz, Walter de Gruyter, Berlin/New York 1979, Leinen DM 320,-.

1 Vgl. zur Persönlichkeit *Fischers* auch den Nachruf von WALTER STIMPEL in ZHR 147 (1983), 277, wo etwa die folgende Begebenheit rapportiert wird: „Dem jungen Bundesrichter warf im Großen Senat für Zivilsachen der – ungemein dominierende – erste Präsident des Bundesgerichtshofs Weinkauff in der Hitze des Wortgefechts vor, er könne gar nicht verstehen, wie ein so brillanter Jurist wie Fischer so unbeugsam eine so abwegige Meinung vertreten könne. Fischer konterte, er müsse dem Präsidenten umgekehrt dasselbe sagen. Schließlich wurde er doch knapp überstimmt; seine dissenting opinion befindet sich im verschlossenen Umschlag noch heute bei den Akten. Die spätere Entwicklung hat ihm, Fischer, recht gegeben.“

rechtliche Fragen, die Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und ausländisches Recht. Entsprechend der Tätigkeit *Robert Fischers* wird regelmäßig der Entwicklung in der Rechtsprechung besondere Beachtung geschenkt.

Der Reichtum und die Fülle des Dargebotenen zwingt zur summarischen Würdigung. Sie sei in der Folge versucht, wobei die Aufsätze grob und teils nicht ohne Zwang thematisch geordnet werden.

Rechtsgeschichte

Mit den *geschichtlichen Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung* befaßt sich *Franz Wieacker*. *Wieacker* versteht das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht als positivierten Rechtssatz und nicht als spezielles Rechtsinstitut, sondern als eine allgemeine Maxime, die das gesamte Recht in unterschiedlichem Verdichtungsgrad durchzieht. Bei der „Verhältnismäßigkeit“ handle es sich um einen Relationsbegriff, der eine Bedingung der Rechtmäßigkeit und eine Grenze erlaubten Handelns sowie ein Übermaßverbot beinhalte. Das Prinzip wird zurückgeführt auf den uralten Gedanken einer Beschränkung der vergeltenden Gerechtigkeit – der proportionalen Tatvergeltung also –, auf das Postulat der zuteilenden Gerechtigkeit und auf die Idee, daß Recht dem Nutzen der Einzelnen oder der Gesellschaft zu dienen habe und daß daher der Einsatz rechtlicher Mittel durch die Zweckmäßigkeit und eine proportionale Mittel-Zweck-Relation zu begrenzen sei.

Schuldvertragsrecht

Otto Sandrock untersucht die Rechtsprechung zum *Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers*. Er kommt zum Schluß, daß die Beurteilung dieses Problems durch die drei damit befaßten Zivilsenate des BGH seit 1959 zu uneinheitlichen, inkongruenten Resultaten geführt haben. Insbesondere seien die Voraussetzungen an die Schutzbedürftigkeit des Vertragshändlers, der den Ausgleich beanspruche, unterschiedlich definiert worden. Nach einer kritischen Auseinandersetzung mit den Ansichten von *Schröder*, *Kreifels* und *Lang* stellt *Sandrock* mit eingehender Begründung die These auf, der Vertragshändler könne analog dem Handelsvertreter den Ausgleichsanspruch des § 89 b HGB in Anspruch nehmen, und zwar ohne das Vorliegen weiterer Voraussetzungen, insbesondere ohne den Nachweis eines konkreten Schutzbedürfnisses. In diesem Sinne müsse die Rechtsprechung des BGH weiterentwickelt werden.

Präzise und überzeugende Ausführungen zur *Berufshaftung und dem Berufsrecht der Börsendienste, Anlageberater und Vermögensverwalter* stellt *Klaus*

J. Hopt an. Er qualifiziert die betreffenden Rechtsverhältnisse und bestimmt anschließend die Berufspflichten dieser Gruppen. Betont wird zu Recht, daß das „Vorlaufen“ und die Ausnützung von „Insiderkenntnissen“ unzulässig sind. Nach rechtsvergleichenden Ausführungen kommt *Hopt* zum Schluß, es erscheine „an der Zeit, diese Problematik eines Berufsstatuts auch in Deutschland zur Kenntnis zu nehmen und kritisch zu diskutieren“ (S. 261).

Handelsrecht

Mit der *Stellung der kreditgebenden Bank beim Dokumenten-Inkasso und dem Dokumenten-Akkreditiv* setzt sich *Rudolf Liesecke* auseinander. Nach einer Schilderung der rechtlichen und tatsächlichen Probleme, die sich kreditgebenden Banken bei der Finanzierung von Import- und Exportgeschäften stellen, zeigt *Liesecke* die Vor- und Nachteile des Dokumenten-Inkassos und des Dokumenten-Akkreditivs für die Bank auf. Er kommt zum Schluß, daß insbesondere das „Geschäft für wen es angeht“ beim Akkreditiv bei Verwendung eines entsprechend indossierten Wertpapiers einen dogmatisch einwandfreien Weg für die Bank eröffnet, um das Eigentum ohne Berührung des Käufervermögens und damit unter Vermeidung des § 15 KO für sich zu erwerben. Sodann untersucht er die für den Außenhandel maßgeblichen Grundsätze des nationalen Rechts einzelner Staaten, wobei sich ergibt, daß wichtige ausländische Rechte nicht anerkennen, daß allein der Besitz der kreditgebenden Akkreditivbank an den aufgenommenen Traditionspapieren das Recht zur Verwertung der Ware im Konkurs des Kunden gewährt.

Gesellschaftsrecht allgemein

Herbert Wiedemann unternimmt in seiner grundsätzlichen Abhandlung über die *Zukunft des Gesellschaftsrechts* den Versuch, dieses systematisch und sachlich mit dem Unternehmensrecht und der Kapitalmarktordnung abzustimmen. Dabei beleuchtet er sowohl die „Vereinheitlichungstheorie“, die als Unternehmensrecht diejenigen Teile des Gesellschaftsrechts zusammenzieht, welche rechtsformübergreifend für mehrere oder alle Gesellschaftsarten gelten, wie auch die „Entfremdungstheorie“, die das Unternehmensrecht vom Gesellschaftsrecht lösen und als Vehikel zur Verselbständigung des Unternehmens benutzen will. Keine Zukunft habe die sogenannte instrumentale Betrachtungsweise, die das Gesellschaftsrecht als bloßes Organisationsrecht auffaßt, das der Wirtschaft Instrumente zur Verfügung stellt. – Nach Ansicht des Autors gibt es im deutschen Recht für Großunternehmen – gemessen an ihrer sozialen Verantwortung – zu wenig Kontrollinstanzen. Allenfalls sei ein „Rechtsprüfer“ oder ein

legal auditor einzusetzen, also ein unabhängiger Jurist, da der Aufsichtsrat des deutschen Rechts nicht ohne weiteres ein unabhängiges Kontrollorgan sei. *Wiedemann* schließt mit der Überzeugung, das Gesellschaftsrecht werde seine Eigenständigkeit gegenüber dem Unternehmens- und dem Kapitalmarktrecht auch in Zukunft behalten. Auf diesem Boden stehe auch die Praxis des Bundesverfassungsgerichts.

Otto Mühl untersucht die *Methoden der Rechtsfindung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs im Gesellschaftsrecht*. Einleitend äußert er sich zum Verhältnis von Gesetz und Rechtsprechung. Insbesondere neugeschaffenes Gesetzesrecht bilde die Grundlage, auf der sich neues Richterrecht bilden könne. Alsdann stehen die Methoden der richterlichen Rechtsfortbildung zur Debatte. Der Autor erarbeitet vier Grundsätze, die bei der Rechtsfortbildung zu berücksichtigen sind. Zunächst sind Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung gegeneinander abzugrenzen. Sodann hat eine Auseinandersetzung mit der Unterscheidung zwischen den rationes decidendi und den obiter dicta früherer Entscheidungen zu erfolgen. Auch ist die Frage nach der Einordnung eines neugebildeten Rechtsgrundsatzes in das bestehende Rechtssystem zu stellen. Schließlich ist der Richter gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden, woraus sich eine Begrenzung seiner Möglichkeiten zur Rechtsfortbildung ergibt.

Personengesellschaften

Ernst Steindorff definiert die *Anwaltssozietät* als eine BGB-Gesellschaft, die durch eine Geschäftsführungsregelung gekennzeichnet sei. Diese sehe teilweise Einzelgeschäftsführung vor, zugleich aber auch ein teilweises Zusammenwirken der in der Sozietät verbundenen Anwälte. *Steindorff* untersucht die Haftung der Sozietät und der einzelnen Sozien gegenüber den Mandanten. Er geht davon aus, daß sich der Mandantenschutz auch als Vertrauensschutz begründen lasse, seien doch die berechtigten Erwartungen an das Verhalten der Sozietsmitglieder zu schützen. Mit dem BGH folgert er daraus, daß sich aus der gesamtschuldnerischen Erfüllungspflicht eine Haftung für die Sozietät ergebe, wenn ein Mitglied schuldhaft falschen Rat erteile. – Interessant sind die Ausführungen zur Frage, ob es den Fall gebe, daß Sozien im Außenverhältnis Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft sind, ohne dies zugleich auch im Innenverhältnis zu sein. Nach *Steindorff* schließen Außengesellschaften regelmäßig auch Innengesellschaften ein. Eine echte Anwaltssozietät sei immer dann eine Gesellschaft, wenn Rechtsanwälte kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung mit Mandanten Erwartungen derart auslösten, wie sie den BGH seinerzeit zu seiner gesellschaftsrechtlichen Sozietsrechtsprechung veranlaßt hätten. Es sei folgerichtig,

wenn der Mandantenschutz zum Ausgangspunkt der Entscheidungen gemacht und wenn davon ausgegangen werde, daß ein Mandant im Zweifel bei der Sozietät besser aufgehoben sei als bei nur einem ihrer Partner.

Peter Ulmer widmet sich der *Vertretung und Haftung bei der BGB-Gesellschaft*. Zur Sprache kommen umstrittene Fragen wie etwa die Rechtsgrundlage und das Verhältnis von Gesamthands-(Gesellschafts-)schuld und Privat-(Gesellschafter-)schuld bei rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verbindlichkeiten sowie das Problem, ob und unter welchen Voraussetzungen die persönliche Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten zur gesamten Hand ausgeschlossen werden kann. Diskutiert wird auch, ob die Gesellschafter Erfüllung der Gesamtverbindlichkeit auch insoweit schulden, als es nicht um Geld-, Dienst- oder Werkleistungen geht oder ob diese nur eine Interzessionspflicht im Hinblick auf die Erfüllung durch die Gesellschaft haben.

Volker Beuthien hält in seiner Abhandlung über die *Miterbenprokura* zunächst fest, daß sich der BGH im Ergebnis – wenn auch mit teilweise abweichender Begründung – der jahrzehntelangen handelsrechtlichen Rechtsprechung angeschlossen habe, wonach Erben, die ein zum Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft in ungeteilter Erbengemeinschaft fortführen, nicht einen Miterben zum Prokuristen bestellen können. Nach Ansicht des Autors besteht aber gerade ein besonderes handelsrechtliches Bedürfnis, die Geschäftsführungsbefugnis eines Prokuristen verleihen zu können. Dies vor allem dann, wenn die Erben verstreut wohnen sowie wenn der als Prokurist vorgesehene Miterbe über besondere kaufmännische Erfahrung verfügt und bereits im Unternehmen gearbeitet hat. Der Miterbenprokurist sei auch den übrigen Miterben persönlich bekannt und genieße in der Regel deren Vertrauen. Die Miterbenprokura sichere im Erbfall unter Umständen die Funktionsfähigkeit eines Unternehmens, und sie diene damit der Erhaltung des Unternehmenswertes. Sie ist daher nach *Beuthien* vernünftig und systemgerecht. Als Ergebnis seiner Untersuchung hält der Autor unter anderem auch fest, daß eine bereits vom Erblasser zu Lebzeiten erteilte Prokura nach § 52 Abs. 3 HGB auch zugunsten eines Miterben weitergilt, weshalb sie von den Erben nicht erneuert werden müsse.

Hugo von Wallis befaßt sich mit der *Besteuerung des Gewinns der offenen Handelsgesellschaft*. Der juristische Charakter der OHG und deren steuerrechtliche Behandlung seien im Lauf der Zeit unterschiedlich beurteilt worden. Bezüglich der Organisation werde heute auf die Einheit der Gesellschaft, bezüglich der Rechtsträgerschaft auf die Vielheit der Gesellschafter abgestellt. Die steuerrechtliche Besonderheit liege darin, daß die OHG ihren Gewinn selbständig nach den handelsrechtlichen Vorschriften ermittle, daß dieser Gewinn aber nicht bei der Gesellschaft, sondern bei den Gesellschaftern besteuert werde. *Von Wallis* kommt zum Schluß, daß es bis heute nicht gelungen sei,

handels- und steuerrechtlich völlig befriedigende Antworten bezüglich der OHG und der Besteuerung ihres Gewinns zu finden.

„Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Publikums-KG zwischen Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung“ ist das Thema von *Alfons Kraft*. Der Autor legt zunächst dar, daß die Publikums-KG nicht dem gesetzgeberischen Leitbild entspricht. Er untersucht sodann die Rechtsprechung des BGH und kommt zum Schluß, daß dieser die Abweichungen der Praxis berücksichtige und er sich zur Begründung seiner Entscheidungen der ergänzenden Vertragsauslegung sowie der Vertragsänderung und damit der Rechtsfortbildung bediene. Die Anwendung dieser Methoden ist nach *Kraft* gerechtfertigt, weil sich die Rechtsprechung dabei bemühe, im Ergebnis den Interessen der Anleger gerecht zu werden. Eine Gefahr liege jedoch darin, daß im Hinblick auf die Einzelfallgerechtigkeit allgemeine Rechtsgrundsätze wie etwa die Bindung des Richters an das Gesetz und der *numerus clausus* der Gesellschaftsformen leicht aus dem Blickfeld geraten können. Die Rechtsprechung leiste zwar Entwicklungshilfe für die Herausbildung eines neuen Gesellschaftstyps, der nicht nur faktischen, sondern zugleich auch normativen Charakter habe. Jedoch wäre nach *Kraft* eine stärkere Orientierung am bestehenden Recht, insbesondere an der Grenze der vertraglichen Gestaltungsfreiheit, wie sie § 138 BGB zieht, wünschenswert.

Walter Stimpel behandelt in seiner Untersuchung über den *Anlegerschutz durch Gesellschaftsrecht in der Publikums-KG* die Möglichkeiten des beim Erwerb seiner Beteiligung getäuschten Anlage-Kommanditgesellschafters. *Stimpel* setzt sich vertieft mit der Inhaltskontrolle bei Gesellschaftsverträgen auseinander. Er verlangt, „für Publikumsgesellschaften überhaupt die Geltung des Mehrheitsprinzips anzuerkennen, auch wenn der Gesellschaftsvertrag“ schweige (S. 779) und zeigt anhand von Beispielen – etwa dem inadäquaten Beteiligungsrecht der Anleger an der Geschäftsführung, dem Entzug von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen – die Möglichkeiten und Grenzen vertragsändernder Mehrheitsbeschlüsse.

Körperschaften

„Korporationsrechtliche oder rechtsgeschäftliche Grundlagen des Vereinsrechts?“ lautet die Fragestellung von *Walther Hadding*. Nach einer kritischen Bestandsaufnahme der Rechtsprechung des BGH, soweit der II. Zivilsenat von einer „korporationsrechtlichen“ Auffassung zum Vereinsrecht ausgeht, will *Hadding* die These erneuern, daß alle Fragen zur Regelung der inneren Organisation des Vereins und zur Mitgliedschaft der Beteiligten von einem rechtsgeschäftlichen Verständnis der Grundlagen des Vereinsrechts her angemessen beantwortet werden können. *Hadding* bezieht auch Stellung gegen die „mitt-

lere“ Linie der gegenwärtigen Rechtslehre, die das Spannungsfeld zwischen Ursprung (Vertrag) und Wirkung (Norm) der Satzung bestehen läßt: „Es geht nicht an, gegensätzliche rechtliche Elemente unter dem verharmlosenden Etikett ‚Spannungsverhältnis‘ zu einer vordergründig harmonisch-einheitlichen Regelung zu verknüpfen ...“ (S. 188). Nach *Hadding* genügen die rechtsgeschäftlichen Kategorien vollauf, während die korporationsrechtlichen im Hinblick auf die „Neigung zu freiheitsminderndem Kollektivismus“ abzulehnen sind.

Eine Reihe von Abhandlungen befaßt sich mit Einzelproblemen der wirtschaftlich tätigen juristischen Personen. *Eckard Reh binder* untersucht unter dem Titel „*Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht*“ zunächst die Kontroverse in der deutschen Durchgriffsdogmatik, die um die Frage kreist, ob Sonderrecht der juristischen Person oder allgemeine, über die juristische Person hinaus generalisierbare Normen („bürgerlichrechtliche Lösung“) anzuwenden sind. Sodann zeigt er anhand von zahlreichen Beispielen aus der neuesten deutschen Gerichtspraxis auf, daß diese sich dem bürgerlich-rechtlichen Ansatz anschließt, wobei die Entscheidungen jedoch keine genügende dogmatische Begründung liefern und weder kritische Stimmen der Lehre berücksichtigen noch brauchbare Kriterien zur Abgrenzung beider Ansätze erarbeitet haben. Interessant sind namentlich auch die Fallbeispiele zum „umgekehrten“ Durchgriff, dem Durchgriff des Gesellschafters auf die Gesellschaft.

Im Mittelpunkt der Abhandlung von *Manfred Lieb* stehen die „*Schadenersatzansprüche von Gesellschaftern bei Folgeschäden im Vermögen der Gesellschaft*“. Der Autor diskutiert das Problem, ob und inwieweit dem (Allein-) Gesellschafter einer juristischen Person Schadenersatzansprüche zugebilligt werden können, wenn zwar der haftungsbegründende Tatbestand einer Vertragsverletzung bzw. einer unerlaubten Handlung ihm gegenüber erfüllt, der Schaden als Vermögensfolgeschaden aber „zunächst“ im Vermögen der juristischen Person entstanden ist. Dabei stellt er fest, daß Schaden, welcher der Gesellschaft entsteht, sich unmittelbar auf den Wert der Anteilsrechte auswirkt, daß es aber auf der Hand liegt, daß nur der selbst verletzte Gesellschafter Schadenersatz verlangen kann. Die übrigen Gesellschafter seien Drittgeschädigte, die zwar einen Schaden erlitten, jedoch kein ausreichendes Schutzbedürfnis hätten, da kein Eingriff in ihre geschützten Rechtsgüter vorliege. Die Höhe des Ersatzanspruchs des in seinen Rechten verletzten Gesellschafters bemesse sich nach dem Verhältnis seiner Gesellschaftsanteile zu denen der Mitgesellschafter. Entgegen einer Reihe von Einwendungen hält *Lieb* dafür, daß der verletzte Gesellschafter Schadenersatz an sich selbst und nicht bloß mit Leistung an die Gesellschaft verlangen kann.

Dieter Reuter legt ausführlich dar, daß sich der *Partizipationsschein als Form der Mitarbeiterbeteiligung* besonders eignet. Die traditionellen Formen der

Mitarbeiterbeteiligungen genügten nicht, und der Partizipationsschein schließe eine Lücke, indem er Eigenkapitalquellen schaffe, ohne daß Mitsprache gewährt werden muß. – Der Verfasser prüft verschiedene Einzelprobleme im Zusammenhang mit dem Partizipationsschein, etwa die Beschränkung der Übertragbarkeit, die Regelung der Gewinnbeteiligung und die steuerrechtliche Behandlung. *Reuter* schließt mit der Feststellung, die Probleme der Mitarbeiterbeteiligung würden den Rahmen des klassischen Gesellschaftsrechts sprengen. Er ruft daher nach einem speziellen Organisationsrecht. Bis zu dessen Schaffung bilde der Partizipationsschein die relativ geeignetste Form für diese Zielsetzung.

Reinhard Goerdeler befaßt sich mit der *freiwilligen Prüfung von Jahresabschlüssen*. In einem ersten Abschnitt nimmt er begriffliche Abgrenzungen vor. In Anlehnung an *Wysocki* wird zwischen gesetzlich vorgeschriebenen, gesetzlich vorgesehenen, vertraglich ausbedungenen und freien Prüfungen unterschieden. Die freiwilligen Abschlußprüfungen setzten sich aus den vertraglich ausbedungenen und den freien Prüfungen zusammen. Sie erfolgten nicht nach den gesetzlichen Vorschriften. Materiell gehe es um die Prüfung von Jahresabschlüssen, nicht um betriebswirtschaftliche Prüfungen sonstigen Inhalts. – In einem zweiten Abschnitt geht *Goerdeler* auf den Inhalt und Umfang der freiwilligen Prüfung von Jahresabschlüssen ein. Mit einem kurzen Überblick über die Problematik freiwilliger Abschlußprüfung in einigen westlichen Industrieländern wird der Beitrag abgeschlossen.

Harry Westermann beleuchtet in seiner Studie über *gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichte* zunächst deren rechtliche Zulässigkeit und ihre Häufigkeit. Der Autor kommt zum Schluß, daß im Aktienrecht und insbesondere bei Publikumsgesellschaften Schiedsklauseln keine bedeutende Rolle spielen, weil hier verschiedene Ansprüche – im Interesse der Allgemeinheit oder zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern – der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter entzogen seien und weil es eine Reihe von Vorschriften gebe, die einen Vergleich über bestimmte Ansprüche der AG ausschlossen oder beschränkten. Sodann sei die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen Hauptversammlungsbeschlüsse nach der Rechtsprechung unzulässig. Bei den Personenhandelsgesellschaften sei die Schiedsklausel dagegen uneingeschränkt möglich. Die Beliebtheit gesellschaftsrechtlicher Schiedsgerichte wird zusammenfassend mit der Anpassungsfähigkeit des Schiedsverfahrens an die besonderen Verhältnisse erklärt. Der Verfasser vermittelt auch konkrete Hinweise für die Ausgestaltung der Schiedsklausel und stellt solche in Beispielen vor. In einem letzten Abschnitt widmet er sich typischen Einzelfragen gesellschaftsrechtlicher Schiedsgerichte, etwa der Problematik der Streitgenossenschaft bei einer Mehrzahl von Gesellschaftern.

Die Arbeit von *Helmuth Coing* hat „[d]ie *Vertretungsordnung juristischer Personen und deren Haftung gemäß § 31 BGB*“ zum Gegenstand. *Coing* unter-

sucht die Rechtsprechung betreffend das Verhältnis von § 179 BGB (wonach der „Vertretene“ durch einen falsus procurator nicht verpflichtet wird) und § 31 BGB (wonach die juristische Person für unerlaubte Handlungen, die Organe im Rahmen ihrer geschäftlichen Verrichtungen begangen haben, haftet). Er kommt zum Resultat, daß der wichtigste von der deutschen Judikatur aufgestellte Grundsatz der sei, daß der Abschluß von Rechtsgeschäften im Namen einer juristischen Person in Überschreitung der dem Handelnden zustehenden Vertretungsmacht allenfalls eine persönliche Haftung desselben nach § 179 BGB begründen kann, daß dessen Handeln jedoch die juristische Person – entgegen dem Wortlaut von § 31 BGB – nicht verpflichtet. Andernfalls würde die juristische Person in einem solchen Fall ungeachtet der Vertretungsordnung immer haften, zwar nicht aus § 179 BGB, sondern aus § 31 BGB, wodurch die Einschränkung von § 179 BGB illusorisch würde. Zusammenfassend hält *Coing* fest, daß nicht jede Handlung eines Organs, die zu Schadenersatz verpflichtet, auch eine Haftung der juristischen Person nach § 31 BGB herbeiführt.

Gerda Krüger-Nieland beleuchtet den *Anwendungsbereich und die Rechtsnatur des Namensrechts* zunächst in ihrer Entwicklung durch die deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung. Sodann widmet sie sich dem Problem der analogen Anwendung des bürgerlichrechtlichen Namensschutzes – der weitergeht als die firmenrechtlichen Bestimmungen des HGB – auf juristische Personen. Die Autorin schließt sich der herrschenden Lehre an, die das Namensrecht bei geschäftlichen Kennzeichen in das Immaterialgüterrecht verweist. Letztlich gehe es darum, die Grenzen eines Kennzeichnungsrechts aller Personen als eines persönlichkeitsrechtlichen Individualisierungsrechts und dessen Schutzbereich gegenüber unangemessenen Beeinträchtigungen von Freiheitsräumen Dritter sinnvoll abzugrenzen.

Mit spezifischen Problemen der *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* befassen sich vier Beiträge. In seinen Ausführungen über „[d]ie *Vorgesellschaft mit beschränkter Haftung – de lege ferenda betrachtet*“ bedauert *Ulrich Huber*, daß auch der Regierungsentwurf zur Novellierung des GmbH-Gesetzes die Vorgesellschaft nicht regelt, daß es also bei der „lapidaren“ Anordnung von § 11 GmbHG bleibt, wonach vor der Eintragung nicht die GmbH als solche haftet, sondern die „Handelnden“ persönlich und solidarisch. (Bekanntlich ist es in der mittlerweile in Kraft getretenen GmbH-Novelle bei dieser fragmentarischen Ordnung geblieben). Der Autor erachtet es als wünschbar, daß der Gesetzgeber – und nicht nur die Rechtsprechung – „... tatsächlich existierende Unternehmensformen jedenfalls in ihren Grundzügen“ ordnet (S. 264). Er präsentiert einen ausformulierten Vorschlag, wie eine gesetzliche Regelung der wichtigsten Probleme der Vorgesellschaft aussehen könnte. „Legiferiert“ wird zu Fragen der Haftung, des Umfangs der Vertretungsmacht der Geschäftsführer und des Grundsatzes der Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals. Die Ausführ-

rungen *Hubers*, mit denen er seinen eigenen Gesetzesvorschlag kommentiert, enthalten zahlreiche Denkanstöße zum Recht der deutschen GmbH-Vorgesellschaft, die auch de lege lata Beachtung verdienen.

Hans-Joachim Mertens setzt sich kritisch mit der *Geschäftsführungshaftung in der GmbH und dem ITT-Urteil* auseinander. Seiner Ansicht nach eignet sich § 43 GmbHG nicht als Anspruchsgrundlage gegenüber dem Mehrheitsgesellschafter aus faktischer Geschäftsführung. Ebenso lehnt er die Folgerung des BGH ab, wonach § 43 GmbHG als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB zugunsten einzelner Gesellschafter zu qualifizieren wäre. Er hält dafür, daß allein die Gesellschaft gegen den Geschäftsführer vorgehen könne und daß der Geschäftsführer keine deliktisch relevante Verkehrspflicht zum Schutze der Vermögensinteressen des einzelnen Gesellschafters, die sich auf die Vermögenslage der Gesellschaft selbst beziehen, habe. Dieser könne daher einen Reflexschaden nicht unmittelbar gegen die Geschäftsführer geltend machen. Dagegen kommt nach *Mertens* eine unmittelbare Haftung unter den Gesellschaftern wegen Treuepflichtverletzung in Frage, wenn der Mehrheitsgesellschafter gegenüber der Minderheit verhindert, daß die Gesellschaft berechnete Schadenersatzansprüche gegen den Geschäftsführer geltend macht.

Mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen die *GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich haften*, befaßt sich *Georg Kuhn*. Zunächst untersucht er die „herkömmlichen“ Verpflichtungsgründe wie Bürgschaft, Schuldbeitritt, Garantievertrag etc. sowie die Rechtsscheinhaftung und die Haftung wegen widersprüchlichen Verhaltens und hält er dafür, daß die Bereicherungshaftung für GmbH-Gesellschafter kaum in Betracht komme. Anschließend geht der Verfasser auf die „Durchgriffshaftung“ ein. Diese sei „gerechtfertigt, wenn andernfalls ein dem gesetzlichen Haftungssystem widersprechendes Ergebnis eintreten würde ...“ (S. 352). Es liege in diesem Fall unter Umständen ein Mißbrauch der Rechtsform der GmbH vor. Einzelne Fälle des Mißbrauchs werden in der Folge näher beleuchtet.

Hans-Joachim Fleck lehnt eine dauernde und unabänderliche *Stimmrechtsabspaltung in der GmbH* ab. Dagegen hält er eine vorübergehende Abtrennung in Verbindung mit einem gesetzlich oder vertraglich ausgestalteten Rechtsverhältnis für zulässig. *Fleck* äußert sich auch zum Umfang der Stimmrechtsübertragung, und er konkretisiert die zuvor erarbeiteten allgemeinen Grundsätze für den Nießbrauch, die gemeinschaftliche Stimmausübung, die Sicherungs- und Verwaltungstreuhand sowie für das Stimmverbot.

Ein thematisches Schwergewicht der Festschrift liegt bei *aktienrechtlichen* Fragen. *Claus-Wilhelm Canaris* stellt in seiner Abhandlung fest, daß auch Zuwendungen der Gesellschaft an Dritte unter Umständen eine – für die meisten Gesellschaftsformen unzulässige – *Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen* dar-

stellen können, dann nämlich, wenn durch diese Zuwendungen die Rückgewährverbote umgangen werden. *Canaris* entwickelt konkrete Fallgruppen, indem er die Frage der Umgehung zum einen für Zuwendungen an dem Aktionär „nahestehende“ Dritte prüft und diesen „vagen Begriff“ anhand von typischen Fällen konkretisiert: Unzulässig seien demnach unausgeglichene Zuwendungen an Strohänner, Ehegatten, minderjährige Kinder eines Gesellschafters oder Hintermänner. Andererseits hält *Canaris* Zuwendungen an andere Gesellschaften, an denen Mitglieder der zuwendenden Gesellschaft beteiligt sind, für unzulässig. Bestehe dagegen keine besondere, objektive Beziehung zwischen dem Dritten und dem betreffenden Gesellschafter, so komme es auf das subjektive Kriterium an, ob jener bezüglich der Verletzung des Verbots der Einlagerückzahlung bösgläubig sei. Auch hier wieder beschränkt sich *Canaris* nicht auf abstrakte Regeln, sondern leitet er überzeugend und sorgfältig Lösungen für die wichtigsten Fallkonstellationen ab.

Die Arbeit von *Ernst Gessler* hat die *handelsrechtlich verdeckte Gewinnausschüttung* zum Gegenstand. Diese sei selbst in den wichtigsten Grundfragen nicht geklärt. *Gessler* macht Ausführungen zum Begriff und zu den Rechtsfolgen der verdeckten Gewinnausschüttung. Als solche zu qualifizieren sei „jede Zuwendung, die einem Aktionär als solchem außerhalb der ordnungsgemäßen Gewinnausschüttung von der Gesellschaft gewährt wird“. Unter gewissen Voraussetzungen falle auch ein „Umsatzgeschäft“ darunter. In einem weiteren Abschnitt behandelt *Gessler* die Frage, ob das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung auch dann eingreift, wenn die Zuwendung nicht unmittelbar an einen Gesellschafter, sondern nur mittelbar über einen Dritten erfolgt. Dies ist nach Ansicht des Verfassers, der sich hierfür auf Lehre und Rechtsprechung beruft, für alle jene Fälle zu bejahen, in denen eine mittelbare Zuwendung im (wirtschaftlichen) Ergebnis als Leistung an den Gesellschafter zu qualifizieren ist.

Ausgangslage für die Abhandlung von *Klaus-Peter Martens* über den *Ausschluß des Bezugsrechts* bildet der stark kritisierte Entscheid BGHZ 33, 175, in welchem der BGH die Zuteilung von neuen Aktien anläßlich einer Kapitalerhöhung an verlässliche und gesellschaftstreue Personen (wodurch die Machtstellung der Verwaltung und der hinter ihr stehenden Mehrheit auf Kosten der Minderheit gefestigt werden sollte) im konkreten Fall als ein sachgerechtes Mittel zur Rettung der beklagten Gesellschaft und zur Erhaltung des Kapitals der kleinen Aktionäre qualifiziert und eine dagegen gerichtete Anfechtungsklage abgewiesen hatte. *Martens* zeigt die Grundsätze auf, nach denen der Ausschluß des Bezugsrechts und die Vergabe der neuen Aktien unter ungleicher Behandlung der Aktionäre zulässig sein müssen. Namentlich dürfe der Ausschluß des Bezugsrechts nicht im freien Ermessen der Mehrheit liegen. Als Ergebnis einer Überprüfung von Einzelfällen hält *Martens* fest, daß das Bezugsrecht dann ausge-

geschlossen werden und die neuen Aktien unter Aktionären dann unterschiedlich verteilt werden dürfen, wenn derartige Maßnahmen erforderlich sind, um planmäßige verfolgte Fremdeinflüsse eines Konzerns abzuwehren und so die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens auf dem Markt zu erhalten.

Theodor Heinsius befaßt sich eingehend mit den *Rechtsfolgen einer Verletzung der Mitteilungspflichten nach § 20 AktG*. Er geht von einem Urteil des BGH aus, als dessen Konsequenz auch die öffentliche Hand Mitteilungspflichten träfen. Auf methodisch interessante Weise untersucht der Verfasser – differenzierend nach einzelnen aus der Aktie fließenden Rechten –, welche Konsequenzen die verschiedenen Auslegungen bezüglich der Rechtsfolgen einer Verletzung haben. Die Rechte aus den betreffenden Aktien können für den Zeitraum der unterlassenen Mitteilung definitiv entfallen oder sie können bloß ruhen. Nach den überzeugenden Darlegungen von *Heinsius* führt einzig das Ruhen der Rechte zu klaren und praktikablen Ergebnissen.

Innerhalb der aktienrechtlichen Themen gewidmeten Abhandlungen sind wiederum diejenigen zu Fragen von *Vorstand und Aufsichtsrat* besonders zahlreich. Zu erwähnen ist hier der Aufsatz von *Wolfgang Schilling* über die *Rechtsstellung des Aufsichtsratsmitglieds in unternehmensrechtlicher Sicht*. Eingangs stellt der Autor die deutschen Lehrmeinungen und seine eigene Ansicht zum Verhältnis von Gesellschaft und Unternehmen im Hinblick auf die Beziehungen zwischen Rechtsform und Unternehmen, Anteilseigner- und Unternehmensverband sowie hinsichtlich der Beziehungen zwischen Gesellschafts- und Unternehmensorganen dar. Sodann erläutert er das umstrittene Rechtsverhältnis zwischen Aufsichtsratsmitglied und Gesellschaft. Aufgrund einer „unternehmensrechtlichen Betrachtungsweise“ gelangt er zum Resultat, daß zwischen den Mitgliedern des Aufsichtsrates und dem Unternehmen ein körperschaftsrechtlicher Vertrag mit dem durch Gesetz und Satzung festgelegten Inhalt besteht.

Zur *Wirkung von Zustimmungsvorbehalten nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG auf nahestehende Gesellschaften* äußert sich *Marcus Lutter*. Er stellt die Frage, wie solche Zustimmungsvorbehalte der Satzung oder des Aufsichtsrates zu verstehen sind, wenn sich der unternehmerische Einfluß des vom Zustimmungsvorbehalt betroffenen Vorstandes nicht nur auf die „eigene“ Gesellschaft selbst erstreckt, sondern auf weitere, nahestehende, abhängige oder gar konzernverbundene. Den Zustimmungsvorbehalt selber qualifiziert er als eine interne Verhaltenspflicht und nicht als Gültigkeitserfordernis für das in Frage stehende Geschäft. Jegliche Ausübung von Beteiligungsrechten der beherrschenden über die beherrschte Gesellschaft stelle eine Geschäftsführungshandlung dar. Daher könne die Ausübung insbesondere des Stimmrechts über § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG an die Mitwirkung des Aufsichtsrats gebunden werden. Diese Betrachtungsweise habe ihren Niederschlag in einigen gesetzlichen Regelungen gefun-

den. Die ratio legis von § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG sieht *Lutter* darin, daß sie den Handlungsspielraum des Unternehmensleiters eingrenzt, um besonders schwerwiegende Entscheidungen einer zusätzlichen Prüfungsinstanz zu unterwerfen. Sofern eine Maßnahme das gleiche unternehmerische Risiko beinhalte, spiele es keine Rolle, ob sie unmittelbar durch die Gesellschaft selbst verwirklicht werde oder durch eine Beteiligungsgesellschaft, deren Ergebnis sich zu Lasten der Obergesellschaft auswirke, etwa infolge der Rechtspflicht zur unmittelbaren oder mittelbaren Übernahme des Risikos oder auch nur durch einen erhöhten – aber erheblichen – Abschreibungsbedarf. Hier würden Risiken eingegangen, die durch die Einführung des Zustimmungsvorbehaltes gerade vermindert werden sollen.

Unter dem Titel „*Überwachung: wen oder was?*“ erläutert der inzwischen verstorbene *Konrad Duden*, daß die klassische These, wonach der Aufsichtsrat sich nur mit der Überwachung des geschäftsführenden Organs zu befassen habe, nicht haltbar ist. Seine Aufgabe müsse vielmehr sachbezogen verstanden werden, als auf die Kontrolle des Ablaufs der für die Gesellschaft als Geschäftsführung zu bezeichnenden Vorgänge gerichtet. Die Kontrolle entfalle somit nicht, wenn und soweit die Gesellschafter sich mit der Geschäftsführung befäßen oder sie mit ihr befaßt würden. Doch seien die Rechtsbehelfe des Aufsichtsrates verschieden, je nachdem ob er die richtige Geschäftsführung gegenüber dem geschäftsführenden Organ oder gegenüber Gesellschaftern zu erzwingen habe. *Duden* untersucht die Problematik nicht nur bezüglich des Aktienrechts und des Rechts der GmbH, sondern auch im Hinblick auf das Genossenschaftsrecht.

Joachim Meyer-Landrut untersucht – ausgehend von den für das allgemeine Dienstvertragsrecht des BGB anwendbaren Grundsätzen –, ob und unter welchen Voraussetzungen das *Vorstandsmitglied einer AG in seinen Aufgaben suspendiert* werden kann. Er kommt zum Schluß, daß diese Maßnahme als ein „Minus“ zum Widerruf der Bestellung (Abberufung) grundsätzlich zulässig sei, daß sich aber im Aktienrecht seit der Einführung der eigenverantwortlichen Leitungsbefugnis des Vorstandes im Jahre 1937 insofern eine andere Regelung der Suspension ergebe, als auch die Voraussetzungen eines Widerrufs der Bestellung der Vorstandsmitglieder erschwert worden seien. Damit könnten auch bloß vorläufige Maßnahmen gegenüber Vorstandsmitgliedern, die in ihrer Wirkung einem Widerruf der Bestellung gleichkämen, nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes ergriffen werden. Dies im Gegensatz zu den allgemeinen Vorschriften der vorläufigen Amtseinstellung.

Mit *Vorkehrungen zum Schutz der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht und der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder* befaßt sich *Franz-Jürgen Säcker*. Ausgehend von einem BGH-Urteil analysiert er Bedeutung, Inhalt, Tragweite und Grenzen der aktienrechtlichen Verschwiegenheits-

pflicht, die für die Mitglieder des Aufsichtsrates in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und § 116 AktG normiert ist. Weil jeweils der einzelne Fall darüber entscheide, inwieweit die im Aufsichtsrat besprochenen Vorgänge gegenüber der Arbeitnehmerschaft vertraulicher Natur seien, sei eine Bestimmung in den Satzungen nichtig, welche ein im Gesetz nicht vorgesehenes absolutes Berichtsverbot aufstellen würde. Anzukuñpfen sei nach der Ansicht des BGH jeweils daran, ob ein objektiv festzustellendes Bedürfnis der Geheimhaltung im Interesse des Unternehmens vorliege, was die Mitglieder des Aufsichtsrates selber mit der gebotenen Sorgfalt zu prüfen hätten. Es sei im konkreten Fall zu entscheiden, wann Schweigen Pflicht und wann Reden erlaubt sei. Fehle einem Mitglied die Sachkunde zur Überwachungsaufgabe, könne der Beizug eines Fachmannes und die Beratung durch denselben allenfalls gerade zum Nutzen des Unternehmens notwendig sein, und die Mehrheit des Aufsichtsrates könne dies nicht verhindern. Die Souveränität des Entscheides des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds sei daher durch diesen Entscheid bedeutend aufgewertet worden.

Für die Möglichkeit der *geheimen Abstimmung im Aufsichtsrat* votiert überzeugend *Uwe H. Schneider*: Ohne zureichende Begründung habe die herrschende deutsche Lehre bisher – entgegen einem entsprechenden Bedürfnis der Praxis und trotz der Tatsache, daß die Satzungen der Gesellschaften und die Geschäftsordnungen der Aufsichtsräte häufig die geheime Abstimmung normierten – diese im Aufsichtsrat als unzulässig bezeichnet. Dabei ermögliche es die geheime Abstimmung, daß das Mitglied des Aufsichtsrates ohne Rücksicht auf sachfremde Erwägungen, Abhängigkeiten und ohne die Sorge vor persönlichen Nachteilen frei entscheiden könne. Besonders beim mitbestimmten Aufsichtsrat stünden die einzelnen Mitglieder der Gruppe der Arbeitnehmer wie auch diejenigen der Arbeitgebergruppe mit einer von ihrer jeweiligen Gruppe abweichenden Ansicht unter dem Druck der anderen Gruppenvertreter und ihrer Wahlorgane. Es gelte, die Mitglieder des Aufsichtsrats von solchen Zwangslagen zu befreien und eine unabhängige, von Einzelinteressen losgelöste Entscheidung zu ermöglichen.

Unternehmensrecht

Thomas Raisers Aufsatz zur *Zukunft des Unternehmensrechts* gibt zunächst einen ausgezeichneten Überblick über die in Deutschland intensiv geführte unternehmensrechtliche Diskussion. Selber sieht es *Raiser* als „Weg in die Zukunft“, daß „... das Unternehmensrecht die Oberhand gewinnt, während das Gesellschaftsrecht als dessen Bestandteil nur noch eine relative Eigenständigkeit behauptet“ (S. 578). Interessant sind *Raisers* Ausführungen über die Notwendigkeit, dem Wandel der ökonomischen und soziologischen Gegebenheiten ent-

sprechend nicht mehr Kaufleute und Gesellschaften als die maßgeblichen Rechtssubjekte zu betrachten, sondern de lege ferenda das Unternehmen als Rechtssubjekt anzuerkennen, wie auch die Hinweise auf die Aufgabe der Wissenschaft, angesichts der Brüche im geltenden Recht „... in der Bruchzone zwischen altem und neuem Recht ein dogmatisches Konzept zu entwerfen, das in sich konsistent ist und den Anforderungen der Gegenwart gerecht wird“ (S. 573).

Otto Kunze geht in seiner Abhandlung *Unternehmensverband und Unternehmensgröße* der Frage nach, wie letztere zu bestimmen und was ein großes Unternehmen sei. Er legt die im geltenden Recht und in rechtspolitischen Vorschlägen verwendeten Kriterien dar, schält anschließend die geeigneten heraus und bestimmt je für die verschiedenen Mitbestimmungssysteme die anwendbaren Maßstäbe. Sodann geht Kunze auch auf die zahlenmäßige Festlegung der einzelnen Größenordnungen ein.

Mitbestimmung

Wolfgang Zöllner untersucht Inhalt und Bedeutung des *Teilnahmerechts der Aufsichtsratsmitglieder an Beschlüßfassungen der Gesellschafter bei der mitbestimmten GmbH*. Dieses beinhalte die Teilnahme an der ganzen Sitzung sowie ein Rederecht, nicht aber das Stimm- und Auskunftsrecht, weil das Teilnahmerecht nicht Teil eines Mitgliedschaftsrechts, sondern Bestandteil der organschaftlichen Stellung des Aufsichtsratsmitglieds sei. Zöllner kommt zum Schluß, daß das Teilnahmerecht keine Ausprägung eines spezifisch mitbestimmungsrechtlichen Gedankens darstellt, sondern eine Erweiterung des grundsätzlichen Mitbestimmungskonzepts, das nicht mehr und nicht weniger umfasse als die gemeinsame Auswahl und Überwachung des geschäftsführenden Organs.

Einer Frage der „Feinabstimmung“ zwischen Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes und den gesellschaftsrechtlichen Normen widmet sich Harm Peter Westermann unter dem Aspekt der *Bestellung und Funktion „weiterer“ Stellvertreter des Aufsichtsratsvorsitzenden in mitbestimmten Gesellschaften*. Gemäß Mitbestimmungsgesetz ist neben dem Aufsichtsratsvorsitzenden „ein Stellvertreter“, nach Aktienrecht „mindestens ein Stellvertreter“ zu wählen (§ 27 Abs. 1 MitbestG, § 107 Abs. 1 AktG). Die deutsche Lehre ist sich uneinig darüber, ob die mitbestimmungsrechtliche Regelung die aktienrechtliche verdrängt. Westermann gelangt zum Resultat, daß sich aus der Zweckmäßigkeit der Zuwahl weiterer Stellvertreter ergibt, daß mehrere solcher gewählt werden können. Aufgrund zusätzlicher Recherchen stellt er fest, daß die Bedenken gegen die Institution eines „weiteren Stellvertreters“ auch beim Abweichen vom Bild der Parität kaum zu rechtfertigen sind. Hervorzuheben sind die interessan-

ten Erwägungen des Autors zur Übertragung des Stimmrechts- bzw. zur „Stimmbotschaft“ durch einen Stellvertreter.

Vakanzen im Ausschuß nach § 27 Abs. 3 MitbestG und die sich daraus ergebenden Rechtsfragen behandelt *Fritz Rittner*. Er kommt zum Schluß, daß eine unvollständige Besetzung des Ausschusses für sich allein keine rechtlichen Konsequenzen zeitigt, daß hingegen ein unvollständig besetzter Ausschuß nicht handlungsfähig ist und er daher einen Vorschlag nach § 31 Abs. 3 Satz 1 MitbestG nicht machen könne. Trotzdem könne der Aufsichtsrat Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer bestellen oder abberufen, falls die Zweidrittelmehrheit von § 31 Abs. 2 MitbestG gegeben sei. Für eine Ersatzbestellung sei § 104 Abs. 1 AktG analog anzuwenden, wobei der Vorstand oder die Geschäftsführer den unmittelbar an der Willensbildung des Aufsichtsrates beteiligten Personen, Gruppen und Organisationen den Vortritt lassen könne.

Kartell- und Wettbewerbsrecht

Karsten Schmidt befaßt sich zunächst mit den Voraussetzungen und den Folgen eines *kartellverbotswidrigen Beschlusses*. Er zeigt auf, daß als Kartellbeschlüsse i.S. von § 1 GWB alle Versammlungsbeschlüsse zu verstehen sind, soweit sie nur beteiligten Unternehmen als horizontale, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensabstimmung zugerechnet werden können. *Schmidt* arbeitet überzeugend heraus, daß solche Beschlüsse (schwebend) unwirksam sind. Er klärt die Beendigung des Schwebezustandes und eine Reihe von prozessualen Fragen ab.

In seiner Arbeit über den *Einfluß des Kartellrechts auf das gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbot des persönlich haftenden Gesellschafters* diskutiert *Alfred Kellermann* die seit dem Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Raum stehende Frage, ob das den persönlich haftenden Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft treffende Wettberbsverbot des § 112 HGB im Widerspruch zur zwingenden Vorschrift von § 1 GWB steht und wie ein allfälliger Widerspruch zu lösen ist. Er geht davon aus, daß es keinen allgemeinen Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Wettbewerbsrecht gebe und daß demzufolge eine Kollision zwischen diesen beiden Rechtsgebieten nicht ausgeschlossen werden könne. Als Lösung sieht er die Möglichkeit, Geltung und Anwendungsbereich der kollidierenden Vorschriften auf dem Weg der wertenden Betrachtung anhand des Einzelfalles, unter dem Gesichtspunkt der Interessen- und Güterabwägung, festzulegen. Dieser Grundsatz liege auch der Rechtsprechung des BGH zugrunde. Als Kriterien für die Abwägung seien auf der einen Seite das öffentliche Interesse an der Erhaltung des freien Wettbewerbs und der Schutz der Marktverhältnisse vor Beeinflussung, auf der anderen vor

allem das Interesse der Vertragsparteien an der Erhaltung des Bestandes der Gesellschaft zu berücksichtigen.

Wernhard Möschel beleuchtet die *Sanierungsfusion im Recht der Zusammenschlußkontrolle*. Ausgehend von der Tatsache, daß die Sanierungsfusion im GWB nicht enthalten ist, erläutert er einige praktische Fälle, in denen die Sanierung ein für die Zulässigkeit des Zusammenschlusses wesentlicher Gesichtspunkt war. Er nimmt sodann Bezug auf die diesbezügliche wissenschaftliche Diskussion. Die Lehre ist gespalten: Ein Teil der Autoren betrachte eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Sanierungsfusion für geboten, weil § 24 Abs. 3 GWB auf solche Sachverhalte nicht zugeschnitten sei. Der andere Teil betone hingegen die Gefahr einer wettbewerbspolitischen Aushöhlung der Zusammenschlußkontrolle und fordere sogar eine Streichung der Abwägungsklausel von § 24 Abs. 1 GWB sowie eine gerichtliche Kontrolle auch in Fällen, in welchen das Bundeskartellamt einen Zusammenschluß nicht untersagt habe. Dieses sei nämlich im Zusammenhang mit Großfusionen bei der Anwendung der Abwägungsklausel des § 24 Abs. 1 GWB überfordert. Möschel selbst kommt nach eingehender Abwägung zum Schluß, daß das geltende Recht den Sachverhalt der Sanierungsfunktion zureichend erfaßt und daß deshalb kein Anlaß für eine Gesetzesänderung besteht.

Zu *ungelösten Fragen der Preisbildung im gemeinsamen Markt* nimmt Arved Deringer Stellung. Er befaßt sich mit Problemen, die sich aus staatlich festgesetzten Höchstpreisen bzw. durch unterschiedliche Preisregelungen in den verschiedenen EG-Ländern ergeben. Als Fazit betont er unmißverständlich: „Aufgabe der Kommission wäre es, durch Harmonisierung der einschlägigen Rechtsvorschriften diese Konfliktmöglichkeiten abzubauen. Wenn sie diese Aufgabe nicht wahrnimmt, verliert sie auf die Dauer zwar nicht das formale, vielleicht aber das moralische Recht zum Vorgehen gegen die Unternehmen.“ (S. 93).

Wolfgang Hefermehl untersucht *„Entwicklungen im Recht gegen unlauteren Wettbewerb“*. Ausgehend von der Tatsache, daß der wirtschaftliche Wettbewerb nicht nur die Interessen der konkurrierenden Unternehmer, sondern diejenigen der übrigen Marktbeteiligten – insbesondere der Verbraucher und der Allgemeinheit – berührt, kommt er zum Schluß, daß das Wettbewerbsrecht insofern zu einem Marktverhaltensrecht geworden sei, als sich die Wertung einer Wettbewerbsbehandlung bezüglich ihres Schutzzwecks auf den gesamten Marktprozeß erstrecke. Eines der wichtigsten Ergebnisse dieser veränderten Dimension sei die Einordnung des Verbraucherschutzes in das Wettbewerbsrecht. Hefermehl erachtet es aber gerade angesichts des veränderten Schutzzwecks als nicht mehr sachgerecht, den Rechtsschutz des UWG auf Wettbewerbsverstöße zu beschränken, die sich gegen Mitbewerber richten, zu denen der unlauter Handelnde in einem Wettbewerbsverhältnis steht. Seiner Ansicht nach sollte heute jedes in

seiner Wettbewerbsfähigkeit betroffene Unternehmen gegen unlauteren Wettbewerb auch dann geschützt sein, wenn zwischen ihm und dem Verletzer kein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht.

Ausgangslage für die Ausführungen von *Hans Erich Brandner* über den *Abnehmerschutz im Wettbewerbsrecht* ist der sogenannte Prüfzeichenentscheid des BGH, in welchem dieser vertragliche und deliktische Anspruchsgrundlagen – namentlich wettbewerbsrechtlichen Schadenersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 3 UWG – des Abnehmers gegen den Hersteller von Kunststoffrohren, die nicht die in den Normen des Verbandsprüfzeichens entsprechende Lebensdauer hatten, verneint. Nach einer eingehenden Beleuchtung des Abnehmerschutzes unter verschiedenen Aspekten setzt sich der Autor sodann mit der Problematik des Prüfzeichen-Falles im speziellen auseinander und nimmt er Stellung zu den zur Diskussion stehenden Lösungsvarianten.

Rechtsvergleichung und ausländisches Recht

Ulrich Immenga behandelt *Möglichkeiten der Konzernrechtsvergleichung*. Er legt dar, daß für eine vergleichende Betrachtung die formulierten Entwürfe zu einer Konzernverfassung in der EG und in Frankreich zu berücksichtigen seien und daß diese – obwohl sie sich an die deutsche Qualifikation anlehnten – zu abweichenden Resultaten in Einzelfragen führten. Aus dem Blickwinkel einer funktionellen Betrachtungsweise erörtert *Immenga* ausführlich und unter Bildung von Fallgruppen, wie ein Systemvergleich konkret durchzuführen ist.

Klemens Pleyer gibt in seiner Arbeit über „[d]as Zivilgesetzbuch der DDR – seine Auslegung und seine Bedeutung für Wissenschaft und Praxis“ einen Überblick über Inhalt, Aufbau, Sprache, Begriff, Zweck und Systematik des neuen ZGB der DDR. Sodann bespricht er einige Beispiele aus der Rechtsprechung und deren Bedeutung auch für das bundesdeutsche Recht. Interessant ist die überaus enge Verpflichtung des Rechts der DDR mit der Politik, wobei der Politik das Primat zukomme. Das ZGB – als Gesetz eines Staates, der einen neuen Menschen entwickeln möchte – setze nicht die freie Einzelpersonlichkeit voraus, sondern stelle die gesamtgesellschaftliche Entwicklung in den Vordergrund und erwähne lediglich die „allseitig gebildete, sozialistische Persönlichkeit“. Auch werde immer wieder die Interessenidentität zwischen Bürger und Staat betont. Das Gesetz werde als eine natürliche Abkehr vom BGB und seiner Welt und als eine Manifestation neuer Gedanken empfunden.

Das alte und das neue norwegische Aktienrecht vergleicht schließlich *Herbert Schneider*. Er gibt einen Überblick über die Entwicklung des norwegischen Aktienrechts – vom Gewohnheitsrecht über die erste Kodifikation im Jahre 1910

und das Gesetz von 1957 bis hin zum heute geltenden Gesetz vom 4. 6. 1974. Seine anschließende Inhaltsbeschreibung des geltenden Rechts ist vor allem deshalb interessant, weil dieses Reformpostulate und sich durchsetzende Rechtsgedanken der allgemeinen Entwicklung im Rahmen der europäischen nationalen Aktienrechte angemessen berücksichtigt, so etwa dadurch, daß Aktien ohne Nennwert, genehmigtes Kapital, Mehrstimmrechtsaktien, stimmrechtslose Aktien und die Mitbestimmung zugelassen sowie verschärfte Rechnungslegungs- und Publizitätsvorschriften vorgeschrieben werden.

* *
*

Die hier angezeigte Festschrift ist ein Füllhorn faszinierenden Gedankengutes im Rahmen eines weitgespannten Begriffs des Handels- und Wirtschaftsrechts. Sie bietet gerade auch für den nicht-deutschen Juristen einen hervorragenden Einblick in die Schwergewichte der Diskussion zu diesen Gebieten in der deutschen Lehre und Praxis. Fast alle Beiträge verbinden dabei grundlegende dogmatische Erörterungen mit der Erarbeitung konkreter und für die Praxis relevanter Folgerungen. Dem Rezensenten, der sich durch die fast fünfzig Beiträge der über neunhundert Seiten starken Publikation durchgearbeitet hat, kam dabei freilich mehr als einmal die Qualifikation eines Schweizer Berges in einem alten Reiseführer in den Sinn: „Mühsam aber lohnend“.

SONDERDRUCK AUS

Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

Herausgegeben von

Robert Fischer †
Reinhard Goerdeler
Marcus Lutter
Herbert Wiedemann

Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich

de Gruyter

©

Copyright by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1000 Berlin 30.

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

Printed in Germany

Satz und Druck: Saladruck, 1000 Berlin 36
Buchbinderarbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe-GmbH, 1000 Berlin 61