

Die deutsche Personenhandels-gesellschaft und die englische partnership

Innenhaftung ihrer Leiter im Vergleich

Bearbeitet von
Aicke Hasenheit

1. Auflage 2010. Taschenbuch. 392 S. Paperback
ISBN 978 3 631 59897 9
Format (B x L): 14,8 x 21 cm
Gewicht: 500 g

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Einleitung

1. Problemstellung und Zielsetzung

Die wissenschaftliche Diskussion zur Haftung der Gesellschafter der Personengesellschaft in Deutschland fokussiert seit Langem die Frage, wie sich deren Haftung im Außenverhältnis darstellt. Bei der Haftung im Außenverhältnis handelt es sich um das persönliche Einstehen des Gesellschafters gegenüber Dritten für Verbindlichkeiten, die im Zusammenhang mit der Gesellschaft begründet worden sind. Diese Diskussion hat sich zugespitzt durch mehrere Entscheidungen des BGH (so Urteile vom 29. Januar 2001,¹ 21. Januar 2002,² 24. Februar 2003³ und vom 7. April 2003⁴). Hiernach soll der Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts analog § 128 HGB unmittelbar für die aufgrund eigener Rechtspersönlichkeit begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften.

Bei der Personenhandelsgesellschaft – namentlich bei der oHG, die im Kern den Gegenstand dieser Arbeit bildet – stellen sich aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen strittige Fragen zur Haftung des Gesellschafters im Außenverhältnis nicht. Relevanter sind hier Probleme der Haftung im Innenverhältnis, d.h. die Verantwortlichkeit derjenigen, die mit deren Geschäftsführung und/oder Leitung⁵ befasst sind, gegenüber der Gesellschaft. Adressaten dieser Innenhaftung können sowohl der geschäftsführende Gesellschafter als auch der Gesellschafter, der von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sein. Aber auch Nichtgesellschafter, die für die Gesellschaft im Rahmen der Geschäftsführung und Leitung tätig werden, können entsprechenden Haftungsansprüchen ausgesetzt sein. Die Arbeit beschäftigt sich daher mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Geschäftsführer einer Personenhandelsgesellschaft⁶ für ein Fehlverhalten gegenüber der Gesellschaft haftet. Dies erweiternd wird dann untersucht, ob auch andere Gesellschafter und möglicherweise sogar Nichtgesellschafter, d.h. die Unternehmensleitung, für ein Fehlverhalten gegenüber der Gesellschaft haften.

Bei der Personenhandelsgesellschaft bestehen keine ausdifferenzierten gesetzlichen Regelungen zur der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Un-

¹ BGH v. 29. Januar 2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341.

² BGH v. 21. Januar 2002 – II ZR 2/00, BGHZ 150, 1.

³ BGH v. 24. Februar 2003 – II ZR 385/99, NJW 2003, 1445.

⁴ BGH v. 7. April 2003 – II ZR 56/02, NJW 2003, 1803.

⁵ Geschäftsführung und Leitung werden hier nicht synonym verwandt, sondern bilden wie die Arbeit noch zeigen wird zwei Bereiche.

⁶ Die Arbeit beschränkt sich auf die Untersuchung der oHG und KG. Diese Beschränkung erfolgte vor allem aus Kapazitätsgründen. Allein bei der Untersuchung der Personenhandelsgesellschaft zog das Thema eine Fülle von Anschlussfragen nach sich, die bei einer Einbeziehung der (Außen)GbR sich potenziert hätten.

ternehmensleitung für ein Fehlverhalten tatsächlich im Innenverhältnis verantwortlich ist. Eine klare Systematisierung der ergangenen Entscheidungen der Rechtsprechung ist nicht erkennbar. Die wissenschaftliche Diskussion beschränkt sich allein auf den geschäftsführenden Gesellschafter und auf die Frage des Anwendungsbereichs des haftungsmildernden Verschuldensmaßstabs nach § 708 BGB.

Das Problem der Innenhaftung in der Personenhandelsgesellschaft stellt sich in der Unternehmenspraxis, auch wenn der Haftende als Gesellschafter der Personenhandelsgesellschaft gleichzeitig „Eigentümer“ der Gesellschaft sein kann und so mit der Situation konfrontiert wird, sich – wirtschaftlich betrachtet – selbst in Anspruch zu nehmen. Hier zu nennen ist beispielsweise der Fall der Insolvenz, bei dem der Insolvenzverwalter den Geschäftsleiter in Anspruch nimmt. Die Frage einer Innenhaftung stellt sich auch dann, wenn der Gesellschafterkreis der Gesellschaft groß ist und vor allem, wenn die Gesellschafter untereinander zerstritten sind. Schließlich werden die betreffenden Haftungsfragen virulent, wenn Dritte mit der Leitung der Gesellschaft betraut werden. Dass Dritte mit der Leitung der Gesellschaft betraut werden können und wie dies möglich ist, wird diese Arbeit ebenfalls zeigen.

Wenn von Haftung der Unternehmensleitung die Rede ist, fällt häufig das Schlagwort *corporate governance*. Dieser Begriff wird in einem sehr weiten Sinne verwendet. Häufig versteht man hierunter ein System, mit dessen Hilfe das Unternehmen geleitet und die Leitung kontrolliert wird. Der Begriff und die damit verbundene Thematik sind in Deutschland nicht nur aufgrund des durch die sog. Cromme-Kommission⁷ verabschiedeten Deutschen Corporate Governance Kodex⁸ aktuell, sondern bereits seit geraumer Zeit ein Gegenstand der gesellschaftsrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Diskussion in Deutschland⁹

⁷ Namensgeber der am 6. September 2001 von der damaligen Bundesministerin für Justiz eingesetzten Regierungskommission war der Vorsitzende des Gremiums und Aufsichtsratsvorsitzende der ThyssenKrupp AG, Dr. Gerhard Cromme. Pikanterweise ist Gerhard Cromme ferner Aufsichtsratsvorsitzender der Siemens AG, die derzeit der Schauplatz des größten Korruptionsskandals der deutschen Wirtschaftsgeschichte ist. Zwar übernahm Gerhard Cromme den Aufsichtsratsvorsitz bei Siemens erst nach dem Bekanntwerden des Korruptionsskandals, doch war er bereits zuvor einige Jahre im Konzern-Prüfungsausschuss der Siemens AG tätig, hat aber von den Unregelmäßigkeiten trotz dieser Stellung offenbar nichts bemerkt. Zum 30. Juni 2008 übernahm Herr Prof. Dr. Klaus-Peter Müller den Vorsitz der Regierungskommission. Er ist Aufsichtsratsvorsitzender der Commerzbank AG und Präsident des Bundesverbands deutscher Banken.

⁸ Deutscher Corporate Governance Kodex v. 7. November 2002 (Änderung v. 21. Mai 2003), u.a. abgedruckt in *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex.

⁹ Aber auch in England (siehe *Corporate Governance in UK: Just, RIW 2004, 199–203*); auf europäischer Ebene wird die Diskussion schon seit sehr langer Zeit geführt (Vorschlag zur Strukturrichtlinie v. 27. September 1972, 5. gesellschaftsrechtliche Richtlinie zur Struktur und Organisation des Aktiengesellschaft) und durch die amerikanischen Skandale

zur Führung, Aufsicht und Verantwortung in körperschaftlich verfassten Unternehmen. Die Erfahrung des Autors aus seiner wirtschaftsrechtlichen Beratungspraxis bestätigt ihre Relevanz. Durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) hat der deutsche Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass dieses Thema nicht nur für die an einem Unternehmen beteiligten privaten Interessengruppen (*stakeholders*), sondern auch für das Gemeinwesen wichtig ist. Der Staat hat in vielerlei Hinsicht ein vitales Interesse am Wohlergehen von Unternehmen und versucht entsprechend, Fehlentwicklungen in diesem Bereich zu verhindern bzw. zu korrigieren. Unternehmenskrisen und -zusammenbrüche gab es in der jüngeren Vergangenheit sowohl auf internationaler als auch nationaler Ebene mehr als genug¹⁰ – der weitaus überwiegende Teil davon wurde nicht durch äußere Ereignisse, sondern durch Fehler des Managements hervorgerufen.

Die Debatte um die Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung ist in vollem Gange und hat auch durch die Mitte des Jahres 2008 beginnende Krise in der Finanzindustrie, die sich auf die gesamte Weltwirtschaft ausdehnte, höchste Aktualität erhalten. Letztlich werden Manager und Unternehmensleiter für die Entstehung dieser globalen Krise und das sich anschließende Unglück verantwortlich gemacht.¹¹ So haben beispielsweise die einstigen Manager der Schweizer UBS (bzw. deren Versicherungen) durch eine Haftung Verantwortung beziehen müssen. Jenseits der Finanzkrise verlangt aktuell beispielsweise die Siemens AG von früheren Vorstandsmitgliedern Schadensersatz wegen der sog. Schmiergeld-Affäre in mehrstelliger Millionenhöhe. Die EM Sport Media AG¹² – das umfirmierte, einstige Skandalunternehmen EM.TV AG – verklagte seine frühere Führungsmannschaft auf mehr als EUR Mio. 200, weil sie Verträge abschloss, die das Unternehmen an den Rand der Insolvenz brachte. Im Bereich des Kapitalgesellschaftsrechts hat die Debatte um die Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung Anreiz zu verschiedenen Gesetzgebungsverfahren gegeben. Verwiesen werden kann in diesem Zusammenhang auf die angestrebte und schon sehr lange diskutierte Neuregelung von Tätigkeitsverboten für Geschäftsleiter in Kapitalge-

um die Unternehmen Enron und Worldcom angeheizt, was zu der Überlegung zu einem einheitlichen europäischen „Supercodex“ führte (siehe Aktionsplan „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union“ v. 21. Mai 2003: http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/company/company/official/index.htm_companycorp).

¹⁰ Nur Beispiele: (national) Bankgesellschaft Berlin, Bremer Vulkan, Balsam, Philip Holzmann, Bayerische Hypothekenbank; (international) Barlow Clowes, Maxwell, Polly Peck und Barings Banks (UK); Worldcom, Enron (USA).

¹¹ Zur Haftung der Leiter im Kontext der Bankenkrise siehe *Lutter*, Bankenkrise und Organhaftung, ZIP 2009, 197 – 201.

¹² Nach einem Beschluss der Hauptversammlung der EM Sport Media AG von Ende Januar 2009 soll diese fortan als Constantin Medien AG firmieren.

sellschaften¹³ oder auf das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung im Anfechtungsrecht (UMAG). Durch Letzteres wurde die maßgebliche Haftungsnorm der Geschäftsleiter der Aktiengesellschaft, § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, geändert, wodurch die aus dem amerikanischen Recht stammende *Business Judgment Rule* nun auch in Deutschland eine gesetzliche Ausformung erhielt.¹⁴

Das Thema „Führung, Aufsicht und Verantwortung“ ist aber nicht nur für deutsche und ausländische Großunternehmen mit einer körperschaftlichen Verfassung von Bedeutung. Es spielt in nicht körperschaftlich verfassten kleinen und mittelständischen Unternehmen gleichfalls eine Rolle, in denen sich Menschen zum gemeinsamen Tun und Handeln zusammenfinden und in denen eine gewisse Aufgabenteilung stattfindet.¹⁵ Die Thematik der *governance* ist daher auch für Personen- und Personenhandelsgesellschaften relevant, zumal solche Gesellschaften sich heute immer öfter zu komplexen Unternehmen von teilweise erheblicher Größe entwickeln bzw. aufgrund von Marktzwängen entwickeln müssen.

Die Haftung im Innenverhältnis ist in Deutschland nicht gesondert gesetzlich geregelt worden. Die Geschäftsleitungstätigkeit¹⁶ der Personenhandelsgesellschaft beinhaltet im Innenverhältnis zahlreiche Pflichten. Klar ist, dass der Geschäftsleiter bei einer schuldhaften Verletzung seiner Leitungspflichten in der Haftung steht. Nicht klar ist, wann genau der haftungsrelevante Bereich beginnt und welche Haftungsprivilegierungen ggf. im Einzelnen bestehen. Grundsätzlich soll, wie auch bei der Kapitalgesellschaft, der Geschäftsleiter der Personenhandelsgesellschaft ordentlich und gewissenhaft handeln¹⁷ und gehalten sein, die ihm obliegenden Pflichten zu erfüllen. Bei einer schuldhaften Verletzung seiner Pflichten haftet er nach den allgemeinen Grundsätzen auf Schadensersatz.¹⁸ Ob sich

¹³ Gesetzesentwurf zum Forderungssicherungsgesetz, Artikel 11 zur Änderung von § 6 Abs. 2 GmbHG und § 76 Abs. 3 Satz 3 AktG, BT-Drucks. 15/3594, S. 9 f., siehe auch ZIP 2005,428. Der Gesetzesentwurf ist bisher noch nicht beschlossen worden.

¹⁴ Siehe hierzu *Seibert* WM 2005,157 ff., *Schneider*, DB 2005, 707 ff.

¹⁵ *Haarmann*, Partnership Governance, FS Lukes, S. 37.

¹⁶ Mit den Begriffen Geschäftsleitungstätigkeit und Geschäftsleiter sollen die Bereiche der Geschäftsführung und Leitung der Einfachheit halber zunächst zusammengefasst werden.

¹⁷ So für den Beirat einer Personenhandelsgesellschaft, *E/B/J/S-Mayen*, 2001, § 114 RN. 26; BGHZ v. 4. Juli 1977 - II ZR 150/75, BGHZ 69, 207 = NJW 1977, 2311. Siehe aber auch die Generalklausel von § 347 HGB, in der von der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns die Rede ist. Bei dem Gesellschafter der oHG und dem Komplementär der Kommanditgesellschaft handelt es sich jeweils um Kaufleute.

¹⁸ Der Gesellschafter soll nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung des Gesellschaftsvertrages haften, vgl. *Staub-Ulmer*, § 114 RN. 50. Dies soll auch für Mitglieder eines gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Beirats gelten, BGHZ v. 4. Juli 1977 - II ZR 150/75, BGHZ 69, 207. für sonstige Gesellschaftsdritte nach positiver Vertragsverletzung des Anstellungsvertrages oder aus Vertrag mit Schutzwirkung Dritter, *Staub-Ulmer*, § 114 RN. 50.

das Handeln oder Unterlassen des Geschäftsleiters im haftungsauslösenden Bereich bewegt, hängt daher jeweils davon ab, ob es den Tatbestand des unbestimmten Rechtsbegriffs einer Pflichtverletzung erfüllt.

Dieser unbestimmte Rechtsbegriff eröffnet dem Geschäftsleiter auf der einen Seite häufig einen Ermessensspielraum, innerhalb dessen er tätig werden kann. Andererseits besteht für ihn diesbezüglich keine hinreichende Rechts- bzw. Planungssicherheit. Die Unsicherheit, ob sich sein Handeln/Unterlassen außerhalb oder innerhalb des haftungsrelevanten Bereichs befindet, könnte im Zweifel sein geschäftliches Handeln einschränken und damit letztlich seine Innovationsfreude hemmen. Solche Zurückhaltung würde in letzter Konsequenz nicht unerhebliche negative volkswirtschaftliche Folgen haben. Aber auch die Gefahr des Missbrauchs der Geschäftsleiterstellung ist angesichts der Unbestimmtheit der maßgebenden Rechtsbegriffe nicht von der Hand zu weisen und hat sich – wie es scheint – in Form der Mitte des Jahres 2008 beginnenden Krise in der Finanzindustrie konkretisiert.

Klare, praxisnahe Fallgruppen und eine Struktur, die verdeutlicht und voraussehbar macht, welches Handeln oder Unterlassen des Geschäftsleiters einer Personenhandelsgesellschaft zu einer Haftung führt, wäre daher sehr begrüßenswert. Die rein gesetzliche Regelung ermöglicht in der Praxis nur eine eingeschränkte Bewältigung dieser Probleme. Hinzu kommt, dass die nachträgliche Beurteilung unternehmerischer Verhaltensweisen nicht immer von der notwendigen Objektivität geprägt ist, um der vorausgegangenen Entscheidungssituation gerecht werden zu können.¹⁹ Generell neigt man nämlich dazu – das haben empirische Untersuchungen ergeben – bei einer nachträglichen Beurteilung eines Sachverhalts, der zu einem Schaden geführt hat, die Möglichkeiten der Vorhersehbarkeit und Verhinderbarkeit des Schadens stark zu überschätzen.²⁰ In der kognitiven Psychologie wird dieses Phänomen als „*Hindsight Bias*“ (Rückschaufehler) oder „*I knew it all along*“-Effekt bezeichnet.²¹ Dieser unbewussten Fehleinschätzung können nicht nur Laien, sondern auch Profis, d.h. Richter, zum Opfer fallen.²² Umso größerer Bedarf besteht für die Entwicklung feststehender Maßstäbe, an denen der Geschäftsleiter sein Handeln und Unterlassen orientieren und anhand derer ggf. der Richter dieses beurteilen kann.

Das Bedürfnis nach einer immer weitergehenden Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe darf jedoch auch nicht ganz unkritisch hingenommen werden. Die Wirtschaft der Bundesrepublik Deutschland ist zwar hocheffizient, es ist je-

¹⁹ *Kust*, WM 1980, 758.

²⁰ *Schneider*, DB 2005, 707.

²¹ U.a. *Kohmert*, Grenzen des Rückschaufehlers; *Fischhoff*, Journal of Experimental Psychology Human Perception und Performance, 1, 288--297 (1975) (die Arbeit, die das Phänomen etablierte).

²² *Schneider*, DB 2005, 707; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, S. 151 ff.

doch nicht von der Hand zu weisen, dass auch dieser Bereich vom gesamtgesellschaftlichen Werteverlust betroffen ist.²³ Die Begriffe Wirtschaftsethik und Unternehmensethik sind hier von großer Bedeutung.²⁴ Durch Werte werden traditionell Handlungsmaximen vorgegeben. Beurteilungsmaßstab für Haftungsfragen des Geschäftsleiters ist deshalb letztlich der ehrbare Kaufmann, der wie es heißt, „Maß und Ziel“, das „*ius bonum et aequum*“ von sich aus zu wahren weiß. Das Verschwinden des Wertekonsenses wird vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung sowie der Wissenschaft durch eine immer höhere Regelungsdichte kompensiert. Rechtsprechung und Wissenschaft werden in dieser Frage allerdings nur reaktiv tätig und können an dem Phänomen des Verschwindens eines gesamtgesellschaftlichen Wertekonsenses unmittelbar nichts ändern, sondern allenfalls mahnend darauf aufmerksam machen.

Die Bedeutung der Personen(handels)gesellschaft im Wirtschaftsleben der Bundesrepublik Deutschland ist nicht zu unterschätzen. 99,7% aller umsatzsteuerpflichtigen Unternehmen sind kleine und mittlere Firmen,²⁵ die sich zum großen Teil aus Personen- und Personenhandelsgesellschaften zusammensetzen – sie bilden damit das Rückgrat der deutschen Volkswirtschaft. Dass Personen- und Personenhandelsgesellschaften gesamtwirtschaftlich betrachtet sehr erwünscht sind, macht der deutsche Gesetzgeber auch dadurch deutlich, dass er bislang bei einem Vergleich der durchschnittlichen steuerlichen Belastung die Gesellschafter der Personen(handels)gesellschaft besser dastehen ließ als die einer Kapitalgesellschaft. Personengesellschaften sind sehr häufig anzutreffen.²⁶ Trotz der sehr hohen Praxisrelevanz gibt es kaum Ausarbeitungen, die sich konkret mit der Innenhaftung in der Personenhandelsgesellschaft beschäftigen.²⁷ Eine Untersuchung zu der Frage, ob es eine einheitliche, organunabhängige Innen-

²³ Dieser Werteverlust wird letztlich auch dadurch deutlich, dass die Diskussion um die *corporate governance* und die Aufstellung eines entsprechenden Kodex, initiiert durch die Bundesregierung, geführt wird.

²⁴ Wirtschaftsethik ist Ordnungsethik und beschäftigt sich mit den Rahmenbedingungen der Wirtschaft und des Wirtschaftens. Unternehmensethik ist Handlungsethik und beinhaltet die „Umsetzung“ und Verhaltensweise im Tagesgeschäft, siehe *Bernhardt*, Corporate Governance statt Unternehmensführung, RIW 2004, 401–408, 405.

²⁵ *Behnke/Fabritius/Haak/Röhrich/Strunk/Weber/Weipert*, zum Monatsbericht der Deutschen Bundesbank Oktober 2003, in *Gesellschaftsrecht in der Diskussion*, S. 140.

²⁶ In den Jahre 2001, 2002 und 2007 wurden in Deutschland Gewerbeanzeigen bezogen auf Personengesellschaften gegenüber Kapitalgesellschaften wie folgt abgegeben: in 2001 Personengesellschaften 58.138 – davon 20.508 Personenhandelsgesellschaften – gegenüber 102.311 Kapitalgesellschaften, in 2002 Personengesellschaften 58.078 – davon 21.746 Personenhandelsgesellschaften – gegenüber 96.016 Kapitalgesellschaften, in 2007 Personengesellschaften 63.716 – davon 23.724 Personenhandelsgesellschaften – gegenüber 91.003 Kapitalgesellschaften, Quelle: Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2003 und 2008.

²⁷ Zur Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters insgesamt: *Glaserapp*, Verletzung der Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters der Personengesellschaft; *Gogos*, Die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft.

haftung gibt, die auf die Funktion der Geschäftsführung/Leitung der Personenhandels-gesellschaft abstellt, existiert bisher noch nicht.

Bei der Untersuchung der Haftung von Unternehmensleitern nach deutschem Recht dominiert in der Forschung eindeutig das Kapitalgesellschaftsrecht.²⁸ Die im Kapitalgesellschaftsrecht entwickelten Grundsätze können jedoch aufgrund struktureller Unterschiede zwischen der Personen- und der Kapitalgesellschaft nicht ohne Weiteres übertragen werden. Aus diesem Grund entwickelt die Arbeit ein organunabhängiges Haftungsregime der Personenhandels-gesellschaft. Sie entwickelt nicht ein einheitliches, gesellschaftsformübergreifendes Haftungsregime, das auch die Kapitalgesellschaften mit einbezieht. Die hier entwickelte Haftung ist folglich auch von der Haftung nach § 93 Abs. 1 AktG zu unterscheiden bzw. abzugrenzen.

Im Recht der Personenhandels-gesellschaft hat sich auf diesem Feld in letzter Zeit kaum etwas Innovatives getan. Im Vordergrund der wissenschaftlichen Diskussion von Fragen der Innenhaftung stand die Frage des Verschuldens- bzw. des Haftungsmaßstabs des geschäftsführenden Gesellschafters. Nach § 708 BGB haftet der Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts und damit auch der geschäftsführende Gesellschafter einer Personenhandels-gesellschaft (§§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB) nur bei Verletzung der sog. eigenüblichen Sorgfalt, d.h. er soll nach dem Gesetzeswortlaut nur diejenige Sorgfalt aufbringen müssen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (*diligentia quam in suis*: Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten). Das Spektrum der auf § 708 BGB bezogenen Ansichten reicht vom fast ausnahmslosen Anwendungsgebot²⁹ bis hin zur Forderung nach Abschaffung des Paragraphen.³⁰ Daneben ist schon seit Jahrzehnten die Frage Gegenstand der wissenschaftlichen Auseinandersetzung, wie Fälle einer Schadensverursachung durch kompetenzwidriges Verhalten von geschäftsführenden Gesellschaftern unter dem Verschuldensgesichtspunkt nach § 708 BGB behandelt werden sollen.³¹

Die vorliegende Arbeit weicht von den hergebrachten Diskussionsfeldern ab, um der Diskussion um die Innenhaftung in der Personenhandels-gesellschaft neue Impulse zu geben. Das erklärte Ziel der Arbeit ist dabei, ein einheitliches Haftungssystem der Innenhaftung der Personenhandels-gesellschaft zu entwickeln. Dieses Haftungssystem soll nicht nur die Haftung des herkömmlich mit der Ge-

²⁸ Siehe zusammenfassend, *Oltmanns*, Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen: die Business Judgment Rule im deutschen und im amerikanischen Recht, S. 200 ff. und 367.

²⁹ MüKo BGB/Bd. 5-*Ulmer* § 708 RN. 2.

³⁰ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 59 III a, S. 1744, zusammenfassende Darstellung in Staudinger, Buch 2- *Habermeier* (13. Aufl.), § 708 RN. 12.

³¹ Siehe hierzu MüKo BGB/Bd. 5-*Ulmer* .§ 708 RN. 8 ff.; Staudinger, Buch 2- *Habermeier* (13. Aufl.), § 708 RN. 17.

schäftsführung zuständigen Organs der Gesellschaft zum Inhalt haben. Es soll vielmehr Gesellschaftsdritte, sonstige Geschäftsführer, von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter sowie Mitglieder eines ggf. vorhandenen Beirats oder Aufsichtsrats miteinbeziehen und einheitlichen Haftungskriterien unterwerfen. Die Suche ist demnach auf eine einheitliche, organunabhängige und damit funktionsbezogene Innenhaftung gerichtet. Dabei verfolgt die Arbeit schwerpunktmäßig eine rechtsdogmatische Zielsetzung, ohne dabei Fragen der Unternehmenspraxis aus den Augen zu verlieren.

Daher ermittelt die Arbeit neben einer praxisrelevanten Kategorisierung von Haftungsfallgruppen auch, ob und ggf. welche Haftungsprivilegierungen bestehen. Namentlich geht es hierbei insbesondere um die sog. *Business Judgement Rule* und deren Anwendungsmöglichkeit im Recht der Personenhandelsgesellschaft.

Einen zusätzlichen Erkenntnisgewinn verspricht der in diesem Bereich ebenfalls noch nicht vorgenommene Vergleich mit der Innenhaftung der englischen *partnership*. Hier werden gemeinsame Prinzipien gesucht und aus diesen Lösungsmöglichkeiten abgeleitet. Die Gesellschaftsform der *partnership* ist in Großbritannien recht weit verbreitet³² und spielt dort, wie die Personenhandelsgesellschaft in Deutschland, eine ganz erhebliche – und hierzulande oft unterschätzte – Rolle. Sie ist gerade aufgrund ihrer Flexibilität und dem in England sehr geschätzten Vorteil der *privacy* eine sehr beliebte Gesellschaftsform. Das ergangene *case law* Englands und der Staaten, in denen das *partnership law* angewandt wird, wird in dieser Arbeit im Rahmen eines Rechtsvergleichs zur Bildung von Fallgruppen und einer sinnvollen Systematisierung für das deutsche Recht herangezogen³³.

Das Recht der englischen *partnership* ist für die vorliegende Untersuchung auch deswegen von großem Interesse, da dieses bald umfassend modernisiert werden soll und hierdurch die Diskussion um das *partnership law* in England neue Impulse erhalten hat.³⁴ Die Einführung der *limited liability partnership (LLP)* zeigt,

³² Im Jahre 2002 gab es in United Kingdom 567.955 *partnerships* mit einem zusammengefassten Umsatz (exklusive VAT) von Mill. GBP 136.902. 33.995 *partnerships* haben mehr als 10 Mitarbeiter beschäftigt, 200 mehr als 200 Mitarbeiter: Small and Medium-size Enterprise (SME) Statistics for the UK 2002 (August 2003), siehe in Bericht der Law Commission (LAW COM No 283), Partnership Law, S. 1.

³³ Der englische *Partnership Act* stammt bereits aus dem Jahre 1890.

³⁴ Im Rahmen der Evaluierung und der Aktualisierung des *partnership law* ist die *Law Commission* (England, Law Commission No. 283) und die *Scottish Law Commission* (Scottish Law Commission No. 192) aktiv geworden. Es wurde ein Bericht zum Stand, verbunden mit Vorschlägen zur Änderung des *partnership law* den jeweiligen Parlamenten vorgelegt: Partnership Law, Report on a Reference under Sec. 3 (1) (e) of the Law Commissions Act 1965.

dass im englischen Recht grundlegende Veränderungen eines Systems mit langer Tradition kurzfristig möglich sind.

Nicht zuletzt durch die sog. „*Inspire Art*“³⁵-Entscheidungen des EUGH hat das englische Gesellschaftsrecht von sich reden gemacht. Einen Beweis für die Popularität englischer Gesellschaften in Deutschland, speziell in Form der *private company limited by shares (Ltd.)*, liefert die enorme Zahl von Neugründungen und die Etablierung von *Ltd.*-Gesellschaften mit Verwaltungssitz und/oder selbstständiger Zweigniederlassung in Deutschland³⁶. Diese Entwicklung ist bei der Rechtsanwendung in Deutschland nicht unproblematisch.³⁷ Die *Ltd.* entwickelt sich derzeit zum Exportschlager Großbritanniens, wobei ein erheblicher Rückgang der Gründungen infolge der am Markt gesammelten Erfahrungen zu beobachten ist. Im Gesellschaftsrecht ist bereits ein Wettbewerb der nationalen EU-Rechtsordnungen entbrannt, der letztlich zu einer Konvergenz der verschiedenen Regelungen der Nationalstaaten führen wird.³⁸ Auch unter diesem Aspekt erscheint ein Vergleich mit dem englischen Recht vielversprechend. Gerade im Zusammenhang mit den *Ltd.*-Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben, wird es sehr interessant sein zu beobachten, wie deutsche Richter englisches Recht anwenden und dann schließlich selbst *case law* zum englischen Recht schaffen werden. Der europäische Gedanke kann sich nun auch im Gesellschaftsrecht voll entfalten.

³⁵ EuGH v. 30. September 2003 – Rs C-167/01, ZIP 2003, 1885.

³⁶ Im Jahre 2007 wurden in Deutschland 7.463 Gewerbeanmeldungen bezogen auf eine *Ltd.* abgegeben, gegenüber 3.263 bezogen auf eine AG und 80.277 bezogen auf eine GmbH. Quelle Statistisches Jahrbuch 2008, S. 497, Ziff.19.2.2.

³⁷ Siehe hierzu *Happ/Holler* DStR 2004, 730 ff.; *Goette* DStR 2005, 197 ff.

³⁸ Die unmittelbare Antwort auf die *Limited* ist in Deutschland das am 1. November 2008 in Kraft getretene „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“, das sog. MoMiG (Bundesgesetzblatt Jahrgang 2008 Teil I Nr. 48 vom 28. Oktober 2008). Entgegen erster Entwürfe ist nach dieser Neuregelung für die Gründung einer Unternehmersgesellschaft (eine Unternehmersgesellschaft ist jede GmbH, die mit einem Stammkapital gegründet wird, das EUR 25.000,00 Stammkapitals unterschreitet) lediglich ein Mindeststammkapital von EUR 1,00 erforderlich. Es besteht dann aber eine Thesaurierungsverpflichtung in Form einer gesetzlichen Rücklage (nicht ausschüttbar) für 25% des Jahresüberschusses. Ob damit der GmbH in Deutschland ein vermeintlicher Wettbewerbsnachteil gegenüber der englischen *Ltd.* genommen und damit der GmbH zum Durchbruch verholfen wird, ist fraglich (so *Priester*, ZIP 2005, 921; befürwortend *Barta*, GmbHR 2005, 657). Bei einem gesetzlich vorgeschriebenen Mindestkapital von EUR 10.000,00 oder weniger macht es kaum noch Sinn, an den ausgefeilten Kapitalerhaltungsvorschriften nach deutschem Recht festzuhalten (so Dr. Lutz Aderhold, Eröffnungsvortrag der Kölner Tage zur Personengesellschaft am 16./17. Juni 2005.). Letztlich hat sich dies dann auch in der Änderung bzw. Aufhebung von § 30 Abs. 1 und §§ 32a und 32b GmbHG gezeigt.

Anders als sonst bei Betrachtung der Innenhaftung der Personenhandelsgesellschaft üblich,³⁹ wird in dieser Arbeit der Personenkreis der potenziellen Haftungsadressaten über den geschäftsführenden Gesellschafter hinaus auf all diejenigen erweitert, die mit der Leitung der Personenhandelsgesellschaft betraut werden können. Aus dieser Zielsetzung ergibt sich eine Vielzahl von Anschlussfragen, die es ebenfalls in diesem Rahmen zu klären gilt. Zu nennen sind hier beispielsweise die Diskussion um die zwingende Natur des sog. Prinzips der Selbstorganschaft im Recht der Personenhandelsgesellschaft sowie die Frage, ob es neben der Geschäftsführung eine weitere Kategorie des Handelns gibt (die der Leitung) und ob diese bereits im Gesetz ihren Niederschlag gefunden hat. Die Kategorie der Leitung würde dann das Bindeglied der organübergreifenden Haftung bilden.

Notwendig ist auch eine inhaltliche Beschreibung der Pflichtenlage und etwaiger Haftungsprivilegierungen. Die unscharfe gesetzliche Definition des Haftungsbereichs des Geschäftsleiters, die sich aus den generalklauselartig angelegten Regelungen des sog. *soft law* zwangsläufig ergibt und diesem inhärent ist, wird dann durch eine Fallgruppenbildung haftungsauslösender Pflichtverletzungen, gestützt auf die ergangene Kasuistik und damit durch eine strenge Systematisierung gelöst.

Der Rechtsfolgenseite einer eingreifenden Pflichtverletzung ist ein weiterer Teil der Arbeit gewidmet. Dabei wird von großem Interesse, ob sich die Haftung des mit der Unternehmensleitung betrauten Gesellschafter (nicht des Gesellschaftsdritten) in einer Kompensation des Schadens, d.h. einer reinen Schadensersatzpflicht erschöpft oder ob sich weitergehende Konsequenzen ergeben.⁴⁰

Im ersten Kapitel der Arbeit werden zunächst Grundlagen des vorzunehmenden Rechtsvergleichs erarbeitet, indem die Ansprüche und deren Voraussetzungen im Einzelnen dargestellt werden. Schließlich wird hier konstatiert, dass eine Vergleichbarkeit der Haftungsregime der englischen *partnership*-Gesellschaft und der deutschen Personenhandelsgesellschaft besteht.

Im zweiten Kapitel wird der Adressatenkreis der entsprechenden Haftung in den jeweiligen Rechtskreisen untersucht. Im Fokus steht hier die Frage, ob eine Haftung lediglich den geschäftsführenden Gesellschafter oder auch Gesellschaftsdritte, die – soweit überhaupt möglich – mit Aufgaben der Unternehmensleitung betraut worden sind, treffen kann.

³⁹ Münchener Handbuch GesR/Bd.I-v. *Difurth*, § 47 RN. 27, S. 981; Beck'sches Handbuch Personen-gesellschaften, *Stengel*, § 3 Ziffer 2, S.203 ff.

⁴⁰ Die Frage könnte sogar dahingehend erweitert werden, ob präventiv Ansprüche auf Unterlassung bestünden, für den Fall, dass bestimmte Pflichtverletzungen in Aussicht stünden; generell ablehnend für das Bestehen von Unterlassungsansprüchen, *Grunewald*, DB 1981, 407.

Das dritte Kapitel beschäftigt sich näher mit dem Bindeglied einer möglichen einheitlichen organübergreifenden Haftung, dem Begriff der Leitung bzw. der *partnership governance*.

Das vierte Kapitel bildet den eigentlichen Kern der Arbeit. Hier werden verschiedene Fallgruppen der Haftung gebildet, Haftungsprivilegierungen isoliert und, wie bereits teilweise in den vorangegangenen Kapiteln, gemeinsame Prinzipien gebildet. Im Rahmen des Rechtsvergleichs wird untersucht, ob ein einheitliches funktionales, organunabhängiges Haftungsregime besteht.

2. Der Rechtsvergleich als Methode der Rechtswissenschaften

Dem eigentlichen Rechtsvergleich werden im Folgenden einige methodologische und terminologische Überlegungen vorangestellt, insbesondere wird der Rechtsvergleich als Methode der Rechtswissenschaften kurz näher beleuchtet.

Staaten auf einer vergleichbaren sozialen, politischen und wirtschaftlichen Entwicklungsstufe sehen sich mit ähnlichen Problemfeldern konfrontiert. Für einen Juristen, der sich in seiner eigenen Rechtsordnung vor ein bestimmtes Problem gestellt sieht, liegt es deshalb nahe, zu dessen Lösung auf Erfahrungen, Ansätze oder Antworten anderer Rechtsordnungen zurückzugreifen.⁴¹ Aus Gemeinsamkeiten und Unterschieden der zu betrachtenden Rechtsordnungen können dann Problemlösungen für das eigene Recht abgeleitet werden. Im Kern geht es bei der Rechtsvergleichung darum,

„wissenschaftliche Erkenntnisse aus der Herausarbeitung von Ähnlichkeiten und Gleichheiten oder von Unterschieden zu gewinnen“.⁴²

Die Vergleichung⁴³ ist keine auf die Rechtswissenschaft beschränkte wissenschaftliche Herangehensweise. Auch in anderen Geisteswissenschaften wird die Methode des Vergleichs herangezogen und erfreut sich zunehmender Popularität. In der Geschichtswissenschaft beispielsweise ist sie zwar nicht so verbreitet

⁴¹ Dieser Ausgangspunkt stellt eine Simplifizierung dar. Rechtsnormen sind stets im politischen, wirtschaftlichen, ethischen und kulturellen Kontext des jeweiligen Landes zu betrachten und können meist nur zusammen mit historischen Hintergründen erklärt werden (Oxford Comparative Law-Jansen S. 306). Die isolierte Übernahme von Lösungen in eine fremde Rechtsordnung kann daher nur unter bestimmten Bedingungen erfolgen.

⁴² Ebert, Rechtsvergleichung, S. 21 f.; Oxford Comparative Law-Jansen S. 310: „*Comparison is the construction of relations of similarity or dissimilarity between different matters of fact.*“

⁴³ Rechtsvergleichung, Vergleich und Vergleichung werden nachfolgend synonym verwendet.

wie in der Rechtswissenschaft, nimmt jedoch immer breiteren Raum ein.⁴⁴ Gelegentlich wird sie sogar „äußerst selbstbewusst“ als „Königsweg der Geschichtswissenschaft“ bezeichnet.⁴⁵

Grundsätzlich lassen sich mit einem Rechtsvergleich sehr unterschiedliche Ziele verfolgen. Schlagwortartig sind dies:

- a.) die Vereinheitlichung bzw. Harmonisierung von juristischen Regelungen verschiedener Rechtssysteme bzw. -ordnungen
- b.) die unmittelbare Lösung einer ganz bestimmten rechtlichen Problematik⁴⁶
- c.) die Anwendung von ausländischem Recht im Inland
- d.) das Aufzeigen unterschiedlicher Alternativen für den Fall, dass die Wahl zwischen der Anwendung verschiedener Rechtsordnungen besteht (beispielsweise bei einer vertraglichen Gestaltung)
- e.) das bessere Verständnis von Regelungen der eigenen und der fremden Rechtsordnung⁴⁷

Die vorliegende Arbeit lässt sich dem zweiten Punkt zuordnen; sie unternimmt einen Rechtsvergleich, um eine konkrete Fragestellung zu klären: Wäre ein einheitliches Haftungssystem der Innenhaftung (in puncto Leitung bzw. Geschäftsführung; unabhängig von der Stellung als Gesellschafter) der Personenhandels-gesellschaft denkbar und wie könnte dieses aussehen?⁴⁸ Es soll daher nicht einfach ein einheimisches Rechtsinstitut einem ausländischen gegenübergestellt werden. Vielmehr wird auf ein konkretes Rechtsproblem Bezug genommen und gefragt, welche materiellen Lösungen dafür in den betrachteten Rechtsordnungen vorgesehen sind⁴⁹ bzw. ob eine Lösung unter gleichzeitiger Bezugnahme auf

⁴⁴ Siehe beispielsweise die Abhandlungen zur vergleichenden Geschichtswissenschaft: *Bloch*, *Mélanges historiques*, Bd. I, S. 16–40 oder *Borgolte*, *Zwanzig internationale Beiträge der historischen Komparatistik*, S. 23.

⁴⁵ Siehe *Wehler*, *Geschichte und Soziologie*, S. 24. Die historische Komparatistik stößt aber bei anderen Geschichtswissenschaftlern auf vehemente Ablehnung (vgl. etwa *Goetz*, *Moderne Mediävistik*, der bei der Erläuterung moderner geschichtswissenschaftlicher Methoden, die historische Komparatistik als Methode nicht nennt).

⁴⁶ Dieses Ziel steht meist im Zusammenhang mit einem sog. funktionalen Rechtsvergleich; zum funktionalen Rechtsvergleich siehe *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, § 33 II, S. 33; *Rheinstein/von Borries*, *Einführung in die Rechtsvergleichung I*, § 3, 2, S. 27; aktuell zum funktionalen Rechtsvergleich: *Oxford Comparative Law-Michaels* S. 340 ff. Siehe auch noch näher nachfolgend in diesem Abschnitt.

⁴⁷ Zusammenfassend für die Punkte a.) bis e.): *Oxford Comparative Law-Dannemann*, S. 396 ff.

⁴⁸ Das praktische Ansinnen dieser Arbeit ist es demnach, eine Problemlösung anzubieten bzw. zumindest die Forschung gezielt mit neuen Denkanstößen zu versorgen.

⁴⁹ Dies entspricht dem Vorgehen nach dem sog. funktionalen Rechtsvergleich. Zum funktionalen Rechtsvergleich siehe im Einzelnen noch nachfolgend näher und u.a. auch: *Sandrock*, *Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung*, S. 67.

beide Rechtsordnungen entwickelt werden kann (beispielsweise durch die Ableitung gemeinsamer Prinzipien der untersuchten Rechtsordnungen).

Unabhängig davon soll der hier zu unternehmende Vergleich das Verständnis der eigenen und der betrachteten fremden Rechtsordnung, insbesondere des englischen *partnership law* und seiner unterschiedlichen Facetten erweitern (siehe zuvor e.).

Zudem können der Rechtsvergleich und die daraus gezogenen Schlüsse aber auch als Entscheidungshilfe bei einer ggf. anzustellenden Rechtswahl herangezogen werden (siehe zuvor d. und ggf. c.). Namentlich kann mit seiner Hilfe entschieden werden, ob ein Geschäftsvorhaben statt in Form einer allgemein üblichen Personenhandelsgesellschaft besser als eine englische *partnership* mit Verwaltungssitz in Deutschland betrieben werden sollte.

In der Rechtsanwendungspraxis ist es bei grenzüberschreitenden Sachverhalten für den „gelernten inländischen Rechtsanwender“ zum Verständnis zu vereinbarenden Regelungen wichtig zu wissen, welche Regelungen des ausländischen und des inländischen Rechts einander entsprechen, bzw. ob die betreffende Regelung nur in einer der Rechtsordnungen existiert. Diese Informationen kann nur die Rechtsvergleichung liefern, sodass diese Arbeit auch hierzu einen Beitrag liefert (siehe zuvor e.).

Die Frage der Vereinheitlichung bzw. Harmonisierung von juristischen Regelungen der zu betrachtenden Rechtssysteme bzw. -ordnungen spielt dagegen in dieser Arbeit keine Rolle.

Die genannte Zielstellung des Rechtsvergleichs bestimmt auch das Vorgehen im Detail: Diese Arbeit stellt eine sog. Mikrovergleichung an. Die Mikrovergleichung befasst sich mit konkreten Rechtsinstituten oder -problemen – also mit Regeln, nach denen ganz bestimmte Sachprobleme oder Interessenkonflikte in den betrachteten Rechtsordnungen beurteilt werden.⁵⁰ Den Gegenbegriff bildet die Makrovergleichung. Dabei werden gerade nicht Einzelprobleme und ihre Lösungen, sondern allgemeine Methoden des Umgangs mit dem Rechtsstoff⁵¹ in den betreffenden Ländern zum Gegenstand der vergleichenden Untersuchung gemacht.

Für die Durchführung von Rechtsvergleichungen existieren unterschiedliche methodische Ansätze.⁵² Insbesondere ist umstritten, ob generell der Schwerpunkt

⁵⁰ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 5.

⁵¹ Daneben werden bei der Makrovergleichung auch die Verfahren der Schlichtung und Entscheidung von Streitigkeiten oder die Arbeitsweise der mit dem Recht befassten Juristen zum Thema gemacht. Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 4.

⁵² Siehe zusammenfassend *Oxford Comparative Law-Dannemann*, S. 385 ff.

rechtsvergleichender Betrachtungen auf der Untersuchung von Unterschieden oder von Gleichheiten/Ähnlichkeiten der betrachteten Rechtsordnungen und deren spezifischer Regelungen liegen oder aber beide gleichermaßen betrachtet werden sollten (hier konkret die deutsche und die englische Rechtsordnung, einschließlich der Rechtsordnungen, die den englischen *Partnership Act* übernommen haben oder ein ähnlich gestaltetes Gesetz anwenden).⁵³

Zur Beantwortung dieser Frage könnte zunächst ein Blick auf die genaue Bedeutung des Ausdrucks „Vergleich“ hilfreich sein. Die Bezeichnung „Vergleich“ legt nahe, dass ein Vergleich seinen Ausgangspunkt in gleichen Punkten, d.h. in „Gleichheiten“ hat, denn etymologisch enthält „Vergleich“ (als sog. Erstwort⁵⁴) die Bedeutung „Zustand des Gleichseins“.⁵⁵

Demzufolge muss, um dem Bedeutungsinhalt des deutschen Wortes „Vergleich“ zu entsprechen, zumindest eine Vergleichsbasis, die durch Gemeinsamkeiten der betrachteten Gegenstände gebildet wird, vorhanden sein. Die dann noch zu diesen Gleichheiten (der Basis) hinzutretenden Ungleichheiten bzw. Unterschiede und darüber hinausgehende weitere Gleichheiten und Ungleichheiten auf tieferen Ebenen, erfüllen den Vergleich dann richtig mit Leben und machen ihn produktiv. Dies gilt nicht nur in Bezug auf die deutsche Bezeichnung „Vergleich“. Auch der jeweilige englische, französische, italienische und spanische Ausdruck haben wie der deutsche ihren Ursprung im Lateinischen.

In Bezug auf die hier zu diskutierende Thematik lässt sich diese allgemeine etymologische Argumentation in verschiedener Hinsicht nutzbar machen:

Zunächst könnte die etymologische Vorgabe die sog. *praesumptio similitudinis*⁵⁶ unterstützen. Nach dieser, vereinzelt sogar als „rechtsvergleichendes Grundge-

⁵³ Oxford Comparative Law-Dannemann, S. 384. Beispielsweise besteht nach der Ansicht von Sacco (siehe in Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 21) der Kern der Rechtsvergleichung darin, „die Unterschiede zu messen“.

⁵⁴ Im Zweitwort als „als Zustand, der durch Ausgleichung hervorgebracht ist, in Vergleich, Vertrag, Übereinkommen ...“ Grimm, Deutsches Wörterbuch-Hirzel, S. 449.

⁵⁵ Grimm, Deutsches Wörterbuch-Hirzel, S. 448 f.: „Vergleich ... erst im 17. Jahrh. vorkommend, ... die Bedeutung entwickelte sich gleichmäßig wie die des Zweitwortes, indem es ursprünglich die Gleichstellung, Gleichmachung bedeutet. 1) als Zustand des Gleichseins, ...3) aus dem Begriffe gleichmäßiger Nebeneinanderstellung entwickelt sich, wie beim Zweitwort, der Nebenbegriff, 'Nebeneinanderstellung, aus welcher Ähnlichkeiten erkannt werden können'. Siehe auch Kluge Etymologisches Wörterbuch-Seebold, Stichwort Vergleich: „zu dem schon als mhd. /vergleichen/ vorhandenen Zweitwort wird Vergleich im 17. Jh. rückgebildet. Er erscheint in der Bedeutung ‚Zustand des Gleichseins‘ bei Logau 1654 im Sinngedicht ...“; Braun, Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, Stichwort Vergleich: „Verdeutschung von lat. *aequatio* anstelle des im 16. und 17. Jh. üblichen Vergleichung; zuvor Vergleichung, Gleichartigkeit, Ähnlichkeit“.

⁵⁶ Sog. Ähnlichkeitsvermutung: Die Vermutung für die Ähnlichkeit der praktischen Lösung: siehe Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 36.

setz“⁵⁷ bezeichneten Ansicht, werden ähnliche bzw. gleiche Bedürfnislagen des jeweiligen Rechtsverkehrs der verschiedenen Rechtsordnungen gleich oder ähnlich gelöst. Bei rechtsvergleichenden Betrachtungen stünde die Untersuchung von Gleichheiten damit tendenziell im Vordergrund.

Diese Ansicht ist aber trotz der etymologischen Vorgabe in ihrer Absolutheit zu eng. Notwendigerweise muss ein Rechtsvergleich Gleichheiten und Unterschiede gleichermaßen betrachten. Wenn er beispielsweise auf eine übereinstimmende Funktion der betrachteten Normen als Vergleichsbasis abstellt,⁵⁸ werden gleichzeitig andere Funktionen, die ungleich sind, bewusst ausgeblendet. Insofern besteht Gleichheit nur hinsichtlich einer (bestimmten) Funktion. Hinsichtlich anderer Funktionen können aber gravierende Unterschiede vorliegen, zumal die aufgezeigte Gleichheit die Norm(en) nicht erschöpfend erklären kann.⁵⁹ Sie ist daher (nur) eine Gleichheit neben (möglichen) Unterschieden.⁶⁰ Das „rechtsvergleichende Grundgesetz“, das die Untersuchung von Gleichheiten in den Vordergrund der Betrachtung rückt, kann deshalb nicht uneingeschränkt gültig sein. Inwieweit Gleichheiten *und* Unterschiede bei einer rechtsvergleichenden Untersuchung betrachtet werden müssen und ob eine der Kategorien stärker berücksichtigt werden muss, richtet sich vielmehr grundsätzlich nach dem Anlass und der Zielsetzung des jeweiligen Rechtsvergleichs.⁶¹

Der vorliegende Rechtsvergleich hat die Lösung einer ganz bestimmten Frage zum Ziel. Bei derartigen Problemstellungen stehen in aller Regel Ungleichheiten im Vordergrund der Betrachtung,⁶² denn es soll überprüft werden, ob eine mehr oder weniger übernahmefähige inhaltlich andere (Stichwort: Unterschiede!) ausländische Regelung das betreffende Problem zufriedenstellend lösen könnte. Nichtsdestotrotz müssen auch Übereinstimmungen/Ähnlichkeiten berücksichtigt werden. So muss zunächst einmal – als sog. *tertium comparationis*, d.h. als Vergleichsbasis – eine Gleichheit der interessierenden Problematik in beiden Rechtsordnungen vorliegen.⁶³ Diese Gleichheit kann auch – wie noch genau zu zeigen ist – durch gleichartige Regelungen der Rechtsordnungen in bestimmten Teilbereichen zum Ausdruck kommen.

Auch deshalb, weil im englischen Recht eine in sich geschlossene Regelung, die zur Lösung des vorliegenden Problems 1:1 übernommen werden könnte – wie

⁵⁷ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 35.

⁵⁸ Nach der Methode des funktionalen Rechtsvergleichs, soll die Ausgangsfrage jeder rechtsvergleichenden Arbeit rein funktional gestellt werden. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 30.

⁵⁹ Oxford Comparative Law-Michaels, S. 371, 372.

⁶⁰ Oxford Comparative Law-Michaels, S. 371.

⁶¹ Oxford Comparative Law-Dannemann, S. 401 ff.

⁶² Oxford Comparative Law-Dannemann, S. 403.

⁶³ Oxford Comparative Law-Dannemann, S. 403.

noch im Einzelnen zu zeigen ist – nicht besteht, sucht die vorliegende Arbeit nach gemeinsamen Prinzipien der unterschiedlichen betrachteten Rechtsordnungen. Solche Prinzipien können sich aus Gemeinsamkeiten in Teilbereichen der jeweiligen rechtlichen Regelungen (versteckte oder zugrunde liegende Prinzipien) ergeben.

Der Begriff des Prinzips ist in der juristischen Literatur nicht eindeutig besetzt, sondern wird unterschiedlich interpretiert.⁶⁴ Häufig wird er in Abgrenzung zum Ausdruck „Rechtsregeln“ verwandt.⁶⁵ Prinzipien sind demnach Normen mit einem relativ hohen Generalitätsgrad, „Rechtsregeln“ sind dagegen spezifischer.⁶⁶ In der vorliegenden Arbeit soll der Begriff des Prinzips einen engen Bezug zur Rechtsidee haben.⁶⁷ Das (Rechts-) Prinzip stellt Gründe für eine Rechtsregel, aber nicht selbst unmittelbar eine Rechtsregel dar.⁶⁸ Es wird hier daher als Grundregel (Grundsatz bzw. leitender Rechtsgedanke) verstanden, die noch nicht zu einer unmittelbar anwendbaren Rechtsregel verdichtet ist, aber einen „Rechtfertigungsgrund“ für eine Rechtsregel darstellt.⁶⁹

Ein gemeinsames Prinzip kann auch Regelungen verschiedener Rechtsordnungen zugrunde liegen. Dennoch können die betreffenden Regelungen im Detail sehr unterschiedlich ausgestaltet sein.

Eine solche Suche nach gemeinsamen Prinzipien ist Teil bzw. Folge eines sog. funktionalen Rechtsvergleichs. Bei der funktionalen Rechtsvergleichung wird auf ein konkretes Rechtsproblem Bezug genommen.⁷⁰ Die zu untersuchende Frage wird dabei „funktional“ gestellt, d.h. es wird untersucht, welche Lösungen bzw. Regelungen in den betreffenden Rechtsordnungen angeboten werden, die die gleichen konkreten Aufgaben erfüllen (sollen).⁷¹ Diese werden aus der bestehenden Fülle der Regelungen, d.h. den Rechtsquellen der zu untersuchenden Rechtsordnungen, ausgewählt und verglichen.

Der funktionale Rechtsvergleich ist gegenwärtig der gebräuchlichste Ansatz, einen Rechtsvergleich durchzuführen, und wird u.a. deswegen vereinzelt auch als „*mainstream*“ abgewertet.⁷² Andere, „innovative“ Methoden der Mikrover-

⁶⁴ Zum allgemeinen Rechtsprinzip aus rechtsvergleichender Sicht: *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 39 ff.; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Band IV, S. 211 f.

⁶⁵ *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 51.

⁶⁶ *Raz*, Yale Law Journal 81 (1972) 823, 838.

⁶⁷ Siehe zur Rechtsidee: *Larenz*, Methodenlehre, S. 133.

⁶⁸ *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 51: „Das Prinzip ist nach kontinentaler Vorstellung nicht selbst Weisung, sondern Grund, Kriterium und Rechtfertigung der Weisung.“

⁶⁹ *Larenz*, Methodenlehre, S. 48.

⁷⁰ *Sandrock*, Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung S. 67.

⁷¹ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33.

⁷² *Oxford Comparative Law-Michaels*, S. 340 f.

gleichung⁷³ sind „*comparative legal history*“,⁷⁴ „*study of legal transplants and receptions*“⁷⁵ und „*comparative study of legal cultures*“.⁷⁶ Weitere interessante Ansätze sind Rechtsvergleiche mit einem Schwerpunktbezug zu *globalisation*,⁷⁷ *legal families*,⁷⁸ *critical legal studies*⁷⁹ und *comparative law and economics*.⁸⁰

Die Vorzüge einer funktionalen Rechtsvergleichung liegen vor allem in deren praktischem Bezug begründet. Ein funktionaler Rechtsvergleich bezieht sich nicht ausschließlich auf bestimmte Normen, sondern vor allem auf deren Effekte und Resultate. Dabei spielen nicht nur rechtliche, sondern teilweise auch außerrechtliche Erwägungen eine Rolle.⁸¹

Gemeinsame Prinzipien werden konkret dadurch ermittelt, dass im Rahmen des Rechtsvergleichs festgestellt wird, ob annähernd ähnliche Regelungen bestehen. Als Rechtsquellen werden dabei gesetzliche Regelungen der betrachteten Rechtsordnungen, aber auch das ergangene Richterrecht,⁸² herangezogen. Die Suche nach gemeinsamen Prinzipien erschöpft sich jedoch nicht darin, da auch im Einzelnen unterschiedlich ausgeformten Regelungen ein gleicher leitender Rechtsgedanke, d.h. ein gemeinsames Prinzip, zugrunde liegen kann. Ein wesentlicher Erkenntnisgewinn eines Vergleichs ist es, solche „ursprünglichen Beziehungen“ (*genetic relations*) unterschiedlicher Regelsysteme herauszuarbeiten.

⁷³ Wobei diese Methoden nicht im Gegensatz zu einem funktionalen Rechtsvergleich stehen und sich nicht gegenseitig ausschließen, sondern vielmehr Teil eines funktionalen Rechtsvergleichs bilden können und einen bestimmten Schwerpunkt der Betrachtung haben.

⁷⁴ Bei der *comparative legal history* werden im Rahmen des Rechtsvergleichs historische Hintergründe für die Entstehung von Unterschieden bzw. Gleichheiten betrachtet. Siehe Oxford Comparative Law-Gordley, S. 756 ff.

⁷⁵ Diese Methode untersucht die Übertragung von rechtlichen Regelungen in andere Rechtssysteme und die Beziehungen zwischen sich daraus ergebenden gegenseitigen Beeinflussungen und Veränderungen der unterschiedlichen Rechtssysteme. Siehe Oxford Comparative Law-Graziadei, S. 442 ff. (451).

⁷⁶ Im Rahmen der *comparative study of legal cultures* werden nicht nur unmittelbar rechtliche, sondern auch außerrechtliche Bereiche verglichen und betrachtet. Das Recht ist eingebettet in die jeweilige (Rechts)Kultur des Landes. Aus diesem Grund müssen nicht nur rein rechtliche Regelungen verglichen werden, sondern u.a. auch Werte, Traditionen, Anschauungen, tatsächliche Übungen der Rechtsanwendung, Machtverhältnisse und die Anwendung und Begründung des Rechts in Bezug auf Rechtsanwender und Begründer des Rechts. Siehe Oxford Comparative Law-Cotterrell, S. 710 ff.

⁷⁷ Siehe hierzu Oxford Comparative Law-Watt S. 579 ff.

⁷⁸ Siehe Oxford Comparative Law-Glenn, S. 422 ff.

⁷⁹ Siehe Oxford Comparative Law-Mattei, S. 816 ff.

⁸⁰ Siehe Oxford Comparative Law-Faust, S. 838 ff.

⁸¹ Siehe Oxford Comparative Law-Michaels, S. 342.

⁸² Das geschriebene Recht in Form des *Partnership Act 1890*, ist seinerseits *common law*, denn es basiert auf dem zuvor ergangenen Richterrecht.

Es werden daraus resultierend nachfolgend sowohl Unterschiede als auch Gleichheiten betrachtet. Der Rechtsvergleich ist relativ klassisch aufgebaut und gliedert sich in drei Stufen:

- die Auswahl, was verglichen werden soll (Auswahl, 1. Stufe),
- die Beschreibung der betreffenden rechtlichen Regelungen der untersuchten Rechtsordnungen (Länderberichte, 2. Stufe),
- und die Analyse, bei der die Auswertung und der Vergleich der Länderberichte erfolgen (Analyse, 3. Stufe).

Der Gegenstand des Rechtsvergleichs (s.o., 1. Stufe) wird durch die Problemstellung, die ihren Ausgangspunkt im deutschen Recht hat, bestimmt. Verglichen werden die Regelungen der deutschen Personenhandelsgesellschaft mit denjenigen der englischen *partnership*. Als Rechtsquellen wird dabei auf gesetzliche Regelungen und Gerichtsentscheidungen sowie Aufsätze und Monografien beider Rechtsordnungen zurückgegriffen.⁸³ Bezüglich des englischen Rechts werden aber auch Gerichtsentscheidungen sowie Aufsätze und Monografien anderer Rechtsordnungen (überwiegend von *Commonwealth*-Staaten) herangezogen, die dem englischen *Partnership Act 1890* unmittelbar gleich bzw. weitgehend ähnlich sind. Die Einbeziehung von Gerichtsentscheidungen aus den *Commonwealth*-Staaten ist in Großbritannien üblich, da diese sehr großen Einfluss auf die englische Rechtsprechung haben. Sie sind in England zwar nicht bindend, jedoch sind sie stets zu berücksichtigen („*highly persuasive*“).⁸⁴

Um den Vergleich übersichtlich zu gestalten und die Vergleichbarkeit zu verbessern, werden die betreffenden Regelungsbereiche bzw. Rechtsnormen zunächst in strukturelle oder funktionale Elemente aufgegliedert, die dann besser zueinander in Beziehung gesetzt werden können.

Da die zu lösende Problemstellung zunächst im Rahmen des deutschen Rechts aufgekommen ist, erfolgt die Beschreibung der Regelungen der beiden untersuchten Rechtsordnungen (s.o., 2. Stufe) aus der Perspektive des deutschen Rechtsanwenders. Regelungen und Zusammenhänge des englischen Rechts werden deshalb teilweise etwas umfangreicher dargestellt als ihre deutschen Konterparte. Nach Ansicht des Autors besteht hier mehr Erläuterungsbedarf, da davon auszugehen ist, dass die Leser mit dem englischen Recht weniger vertraut sind als mit dem eigenen nationalstaatlichen Recht.

⁸³ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl. Bd. 1, S. 196: „*Rechtsquelle im Sinne rechtsvergleichender Forschung ist alles, was das Rechtsleben ... gestaltet oder mitgestaltet.*“ Dementsprechend handelt es sich hier um einen anderen als den landläufig verwandten rechtstechnischen Rechtsquellenbegriff.

⁸⁴ Siehe nachfolgend im Einzelnen unter 1. Kapitel, II. 1. b.).

Aus Gründen der Verständlichkeit wird auch versucht, bereits im Rahmen des jeweils zweiten Länderberichts Bezüge zum ersten herzustellen. Die beschriebene Dreiteilung wird insofern nicht strikt eingehalten, die zweite und dritte Stufe gehen zum Teil ineinander über.

Nachdem auf der ersten und zweiten Stufe relevante Rechtsnormen bzw. Systeme von Rechtsnormen gesichtet, geordnet und zur Vergleichung aufbereitet wurden, ist der Kern des Rechtsvergleichs auf der dritten Stufe angesiedelt. Hier werden nun die betreffenden Elemente aus den beiden Rechtsordnungen in Beziehung zueinander gesetzt.⁸⁵ Gleichheiten, Ähnlichkeiten und Unterschiede, aber auch Lücken sollen aufgezeigt und Ursachen und Gründe hierfür gesucht werden. Schließlich sollen Erkenntnisse für die konkreten Problemstellungen der Arbeit abgeleitet werden. Auf dieser Stufe erfolgt dann auch die Suche nach möglicherweise bestehenden gemeinsamen Prinzipien. U.a. soll thematisiert werden, ob auf ihrer Grundlage eine Lösung für eine oder beide Rechtsordnungen gefunden werden kann. Konkret geht es hier u.a. um die Frage, ob sich möglicherweise aus den beschriebenen gemeinsamen Prinzipien der betrachteten Rechtsordnungen neben der Geschäftsführung eine weitere Kategorie der Führung der jeweiligen Gesellschaftsform ableiten lässt, nämlich die der Leitung.

Die so entwickelten Rechtslösungen sind dann schließlich kritisch zu werten. Sie sollten u.a. folgenden Fragestellungen standhalten können:

- Ist die gefundene Lösung zweckmäßig?
- Gibt es eine bessere rechtstechnische Lösung?
- Stehen Bedenken aus Gründen der Rechtssicherheit entgegen?
- Und alles entscheidend: Ist die vorgeschlagene Lösung interessengerecht?

Ob die gefundene Lösung zweckmäßig ist, bestimmt sich danach, wie sie zu handhaben wäre; ob sie verfahrenserleichternd wirkt. Maßstab dafür, ob es eine bessere rechtstechnische Lösung gibt, ist die Frage, ob die gefundene Lösung in die bereits vorhandene Dogmatik integriert werden kann. Ferner wäre Beurteilungskriterium, ob ein in sich geschlossenes System der Haftung begründet werden kann und ob Ausnahmefälle nur vereinzelt entstünden. Das Wertungskriterium der Rechtssicherheit wird maßgeblich dadurch bestimmt, ob die Vorhersehbarkeit von Haftungsgrund und Haftungsfolgen für die Betroffenen erhöht werden könnte. Für die Frage, ob die vorgeschlagene Lösung interessengerecht ist, wäre die Bedürfnislage der Parteien maßgebend und die Frage, ob die Lösung tatsächlich der Haftungssituation gerecht wird. Schließlich geht es darum,

⁸⁵ Ebert, Rechtsvergleichung, S. 158.

dass die betreffende Regelung einen sozialen, also gesellschaftlichen, Konflikt gegenüber Dritten regelt.⁸⁶

Diese kritische Wertung ist nicht mehr Teil des eigentlichen Rechtsvergleichs, denn ein Vergleich offenbart nichts über die Qualität der gefundenen Lösung, z.B. in Bezug auf die zuvor genannten Ziele wie Interessengerechtigkeit. Zwar wird vereinzelt argumentiert, dass im Rahmen eines funktionalen Rechtsvergleichs das sog. *better law* gefunden werden kann,⁸⁷ doch die Entscheidung für eine bestimmte Lösung hängt häufig von konkreten Randbedingungen ab und ist letztlich eine „*policy decision*. Der funktionale Rechtsvergleich kann Alternativen und Lösungsmöglichkeiten aufzeigen und damit diese *policy decision* ermöglichen, diese indes nicht ersetzen.⁸⁸

⁸⁶ Schwintowski, S. 42.

⁸⁷ Siehe hierzu Oxford Comparative-Michaels, S. 373.

⁸⁸ Siehe hierzu Oxford Comparative-Michaels, S. 375.