

## WIRTSCHAFTSRECHT

## AUFSATZ

Dr. Thomas Zacher, Rechtsanwalt, Köln

## Alte und „neue“ Haftungsrisiken für Publikumscommanditisten und Treugeber

Nicht nur in der einschlägigen Fachpresse ist in letzter Zeit häufig von wirtschaftlichen Problemen bei sog. geschlossenen Immobilien-, Schiffs-beteiligungs- oder sonstigen Fonds zu lesen. Da diese häufig, wenn nicht überwiegend in der Rechtsform der (GmbH & Co.) KG geführt werden, muß neben der Frage der Haftung von Initiatoren, Prospektherausgebern, Geschäftsführung und sonstigen Funktionsträgern gegenüber den Anlegern diese auch die Frage interessieren, ob und ggf. inwieweit sie selbst einer persönlichen Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten unterworfen sind, insbesondere wenn Drittgläubiger-Forderungen das realisierbare Gesellschaftsvermögen zu übersteigen drohen. Der nachfolgende Beitrag soll hierbei einen ersten Überblick erleichtern, ohne daß alle Einzelfragen erschöpfend behandelt werden können.

### 1. Kommanditistenhaftung

Die Frage der persönlichen Haftung stellt sich für den Kommanditisten — von wohl gerade bei Publikumsgesellschaften vernachlässigbaren Ausnahmen wie der Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens abgesehen — zunächst im Rahmen der Kommanditistenhaftung gem. §§ 171, 172 HGB als einer unmittelbaren, aber beschränkten Außenhaftung.

#### 1.1 Außenhaftung gem. den §§ 171, 172 HGB

Der Betrag der im Außenverhältnis bestehenden Haftungsverpflichtung wird durch die Höhe der im Handelsregister für den betreffenden Kommanditisten eingetragenen Haftsumme festgelegt, die Einlage i. S. d. § 171 Abs. 1 HGB. Es handelt sich hierbei nur um eine Kennziffer des Garantievermögens, die tatsächliche Höhe der im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses vereinbarten oder tatsächlich erbrachten Einlage hat hiermit nichts zu tun. Der als Haftsumme jeweils einzutragende Betrag ist beliebig, von krassen Mißbrauchsfällen abgesehen gelten keine Mindestgrenzen. An die einmal eingetragene Summe ist der Kommanditist gebunden, nachträgliche Änderungen sind formell anzumelden und einzutragen und materiell nicht zum Nachteil von Altgläubigern möglich.

Diese weitgehende Gestaltungsfreiheit läßt es aus zivilrechtlicher Sicht sinnvoll erscheinen, ggf. im Vergleich zu den tatsächlich geschuldeten Einlagen relativ niedrige Haftsummen einzutragen. Es gibt viele Publikumscommanditgesellschaften, in denen die eingetragenen Haftsummen nur 25% oder weniger der Summen der tatsächlich geschuldeten Einlagen ausmachen. Um der unmittelbaren Gläubigerhaftung gem. § 171 Abs. 1 HGB (oder einer Haftung gegenüber dem Konkursverwalter gem. § 171 Abs. 2 HGB) insoweit zu entgehen, muß der betreffende Kommanditist also lediglich darauf achten, daß die von ihm tatsächlich eingezahlten Beträge mindestens den Betrag der für ihn eingetragenen Haftsumme ausmachen.

Im Hinblick auf die Kapitalaufbringung dürften sich insoweit verdeckte Haftungsrisiken wohl nur insoweit ergeben, als ratierlich zu erbringende Einlageleistungen, Beteiligungssparpläne oder ähnliches vereinbart worden sind. Wenn hier keine niedrigen Haftsummen gewählt worden sind (ggf. mit sukzessiver Anpassung) und die Frage der Kommanditistenhaftung in einem relativ frühen Zeitpunkt virulent wird, ist ein Haftungsrisiko durchaus denkbar.

Zuweilen wird es jedoch als selbstverständlich angesehen, daß darüber hinaus nicht ausgeschüttete Gewinne oder Zuzahlungen

von Gesellschaftern neben der vereinbarten förmlichen Einlageleistung gleichsam automatisch zur Mitabdeckung der Haftsumme beitragen. Ungeachtet der dogmatischen Streitigkeiten zwischen „Vertragstheorie“ und „Verrechnungstheorie“, wird man in der Praxis beachten müssen, daß derartige Mehrbeträge nur dann auf die Haftsumme neben der Einlageleistung angerechnet werden können, wenn es sich um objektiv bei der KG vorhandenes und in Gesellschafterkonten repräsentiertes Vermögen handelt und durch einen ausdrücklichen Buchungsvorgang kenntlich gemacht wird, daß der entsprechende Mehrbetrag nummehr als mit befreiender Wirkung auf die Hafteinlage geleistet gelten soll. Ein gleichsam „automatisches“ Verlassen des haftungsrelevanten Bereiches findet dagegen auch dann nicht statt, wenn das rein rechnerisch auf den betreffenden Kommanditisten anteilig entfallende Gesellschaftsvermögen den Betrag der eingetragenen Haftsumme erreicht oder überschritten hat.

Häufiger als die Frage der bereits anfänglich nicht (voll) abgedeckten Haftsumme wird sich die Frage des Wiederauflebens der Außenhaftung wegen einer Rückzahlung der Einlage i. S. d. § 172 Abs. 4 HGB stellen. Als „Rückzahlung der Einlage“ kommt dabei jeder Abschluß von Vermögenswerten an den Kommanditisten seitens der Gesellschaft oder seitens eines Dritten oder entsprechendes wertmäßiges Äquivalent zugunsten der Gesellschaft in Betracht<sup>4</sup>. Dabei ist im Prinzip auf den tatsächlichen (Verkehrs-)Wert des Gesellschaftsvermögens abzustellen<sup>5</sup>, wobei dieser bilanzielle Ansatz lediglich auf den konkret dem betreffenden Kommanditisten zuzurechnenden Anteil am Gesellschaftsvermögen beschränkt bleibt<sup>6</sup>. Eine haftungsschädliche Einlagenrückzahlung kommt dementsprechend auch dann in Betracht, wenn im übrigen das insgesamt noch vorhandene Reinvermögen der KG dem Betrag aller Haftsummen und einer eventuellen Kapitalbeteiligung der Komplementärin entspricht. Eine Einlagenrückzahlung im haftungsrechtlichen Sinne kann sich in vielfältigen Erscheinungsformen darstellen. Neben ausdrücklich als solchen deklarierten Kapitalrückzahlungen kann es sich z. B. um (vermeintliche) Gewinnausschüttungen, verdeckte Ausschüttungen im Rahmen von Drittbeziehungen oder Auszahlungen des Auseinandersetzungsguthabens bei Ausscheiden aus der Gesellschaft handeln.

Gerade der letzte Anwendungsfall des § 172 Abs. 4 HGB wird oft übersehen. Auch ein ausgeschiedener Kommanditist — der z. B. noch „rechtzeitig“ vor dem Entstehen wirtschaftlicher Schwierigkeiten die Gesellschaft verlassen hat — unterliegt für die

1) Vgl. *Schlegelberger/K. Schmidt*, HGB, 5. Aufl. 1986, §§ 171, 172 Rz. 22;

*Weimar/Zeitzaus*, DB 1987, 2085 [2086].

2) Aus steuerlichen Gesichtspunkten sind wegen § 15 a Abs. 1 Satz 2 und 3 EStG auch Modelle mit über den Pflichteinlagen liegenden Haftsummen konzipiert worden, vgl. hierzu L. *Schmidt*, EStG, 15. Aufl. 1996, § 15 a Rz. 120 ff.

3) Vgl. hierzu etwa *Schlegelberger/K. Schmidt*, (FN2), §§ 171, 172, Rz. 46 m. w. N.

4) BGHZ 39, 319, 331; *Schilling*, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 1987, § 172 Rz. 9.

5) *Felix*, NJW 1973, 491 [493].

6) *Huber*, ZGR 1988, I, 14.

7) Anderer Auffassung wohl *ooS*(, ZGR 1987, 389 f., gegen ihn wiederum *Huber*, ZGR 1988, I, 14.

8) Bei einem Hotelfonds wäre z. B. denkbar, daß die Anleger verbilligte Übernachtungsleistungen erhalten.

## AUFSATZ

bis zu seinem Ausscheiden begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten bis zum Betrag der ggf. zurückgezahlten Haftsumme einer persönlichen Außenhaftung, wenn die Drittforderungen vor Ablauf von 5 Jahren nach dem Ausscheiden - maßgeblich ist die Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister - fällig geworden sind, sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft selbst einer kürzeren Verjährung unterliegt (vgl. § 159 HGB).

Gegenüber der - spiegelbildlichen - Lage bei der Abdeckung der Haftsummen enthalten die Regelungen betreffend das Wiederaufleben der Haftung tendenziell erheblich zu Lasten der Kommanditisten wirkende Verschärfungen. Wird bei der Einlagenleistung zumindest ein objektiver Anhaltspunkt dafür gefordert, daß die entsprechende Leistung oder Verrechnung auch mit haftungsbefreiender Wirkung erfolgen sollte, wird bei der Einlagerückgewähr der bloße Tatbestand eines Vermögensabflusses für ausreichend gehalten.

Bei der Betrachtung der Frage, ob durch einen derartigen Vermögensabfluß eine Beeinträchtigung des durch die eingetragenen Haftsummen gebundenen Kapitals eintritt, wird zwar prinzipiell auf die objektiven (Verkehrs-)Werte abgestellt, das Gesellschaftsvermögen als Bemessungsgrundlage soll sich aber nach einer Entscheidung des BGH nach den (niedrigeren) Buchwerten bestimmen<sup>9</sup>. Diese ausdrücklich auf Verlustzuweisungsgesellschaften bezogene Entscheidung verbietet es im Ergebnis, zugunsten der Kommanditisten stille Reserven werterhöhend zu berücksichtigen. Gerade bei geschlossenen Immobilienfonds dürfte dies dazu führen, daß haftungsrelevante Auszahlungen oft schneller in Betracht kommen, als es den Beteiligten lieb ist. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, daß § 5 Abs. 1 Satz 2 EStG steuerliche (Abschreibungs-)Wahlrechte vielfach mit einer entsprechenden Abschreibung in der Handelsbilanz verknüpft.

Ein weiteres Risiko liegt gerade bei Publikumskommanditgesellschaften bei den laufenden Ausschüttungen. Soweit diese nicht tatsächlich erwirtschafteten Gewinnen entsprechen oder aus Kapital „oberhalb“ der Haftsummen stammen, ist ihre Auszahlung haftungsschädlich, was § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB noch einmal ausdrücklich klarstellt.

Zwar greift hier gem. § 172 Abs. 5 HGB ein beschränkter Gutgläubensschutz zugunsten der Kommanditisten ein, der Gutgläubigkeit sowohl bei den Kommanditisten als auch bei der bilanzstellenden Geschäftsführung erfordert. Gerade dieser gute Glaube wird jedoch bei einer Publikumsgesellschaft kaum gegeben sein. Insbesondere in den Fällen, in denen mit festen und/ oder garantierten (Mindest-)Ausschüttungen während der Laufzeit der Beteiligung oder eines Teils dieser Zeit geworben wird, muß davon ausgegangen werden, daß die Ausschüttungen zumindest in der Anfangsphase aufgrund der typischen Anfangsverluste derartiger Gesellschaften lediglich aus Liquiditätsüberschüssen, aber nicht aus echten Gewinnen bestritten werden können. Hierauf ist im Prospekt ausdrücklich hinzuweisen, was inzwischen vielfach auch geschieht. Soweit aber derartige feste Ausschüttungen in Aussicht gestellt werden und sogar auf die Unterscheidung zwischen liquiditätsmäßigen Ausschüttungen an die Gesellschafter und erwirtschafteten Gewinnen der Gesellschaft hingewiesen wird, wird sich kaum ein Kommanditist auf seinen guten Glauben hinsichtlich der Qualifikation einer Ausschüttung als Gewinn berufen können. Erst recht wird es an einer diesbezüglichen Gutgläubigkeit bei den geschäftsführenden Gesellschaftern im Hinblick auf die Bilanzrichtung fehlen. Man kann also etwas vereinfachend sagen, daß frühzeitig feste Ausschüttungen oder ein Hinweis auf eine von den erwirtschafteten Gewinnen unabhängige Ausschüttungspolitik starke Indizien dafür sind, daß es hierbei zu Einlagerückzahlungen i. S. d. § 172 Abs. 4 HGB kommen kann, wenn nicht vorsorglich besonders niedrige Haftsummen eingetragen wurden.

Soweit die Voraussetzungen einer Einlagerückgewähr i. S. d. § 172 Abs. 4 HGB erfüllt sind, lebt in Höhe des zurückgezahlten Betrages die Haftung gem. § 171 HGB wieder auf. Bei der Kommanditistenhaftung wird — anders als bei der durchaus ähnlich gestalteten Haftung im Rahmen der §§ 30, 31 GmbHG - auch weiterhin eine absolute Limitierung der Haftungshöhe auf den Betrag der eingetragenen Haftsumme befürwortet, selbst wenn ein höherer Betrag ausgezahlt wurde; eine Solidarhaftung findet insoweit nicht statt.

## 1.2 Innenhaftung der Kommanditisten

Die Behandlung einer gesellschaftsrechtlichen Innenhaftung im Rahmen einer Abhandlung über die Haftungsrisiken gegenüber Drittgläubigern mag dogmatisch einen Widerspruch darstellen; da Drittgläubiger — gerade in einer finanziellen Krise der Gesellschaft — jedoch durch Pfändung derartiger Ansprüche auch auf diese zugreifen können bzw. solche Ansprüche vom Konkursverwalter geltend zu machen sind, kann sich im wirtschaftlichen Sinne ein der unmittelbaren Außenhaftung durchaus vergleichbares Haftungsrisiko realisieren. Die rechtstechnischen Besonderheiten einer Innenhaftung sollten insbesondere sog. „Großanleger“ nicht in einer trügerischen Sicherheit wiegen. Gesellschaftsgläubiger, denen bei bloßem Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen ein Ausfall ernstlich droht, werden es -soweit es die ausstehenden Einlagebeträge von der Größenordnung her als einigermaßen lohnenswert erscheinen lassen - durchaus nicht scheuen, ihre rechtlichen Berater auch hierauf anzusetzen.

### 1.2.1 Haftung für ausstehende bzw. zurückgewährte Pflichteinlagen

Die im Innenverhältnis geschuldeten Pflichteinlagen der Kommanditisten sind gedanklich streng von der Außenhaftung zu trennen. Es handelt sich hierbei um einen Anspruch der KG gegenüber den Gesellschaftern<sup>12</sup>, der der freien Vereinbarung unabhängig von der eingetragenen Haftungssumme nahezu unbeschränkt zugänglich ist. Es kann sowohl die Festsetzung der Art und Höhe nach beliebig erfolgen, als auch der Wert von Leistungen auf den bedungenen Betrag zwischen den Beteiligten frei bestimmt werden. Desweiteren können auch im Nachhinein Erlaß, Verzicht und Stundung ausgesprochen werden. Ebenso - wie in Publikumsgesellschaften häufig — kann insoweit vereinbart werden, daß auch bei einer (teilweisen) Rückzahlung der im Innenverhältnis geschuldeten Pflichteinlage ein Anspruch der Gesellschaft nicht wieder auflebt<sup>13</sup>.

Soweit eine nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrages bestimmte Pflichteinlage von den Kommanditisten noch nicht

9) BGH, ZIP 1990, 307 [308 f.].

10) Vgl. etwa Wohnungswirtschaftlicher Fachausschuß des Instituts der Wirtschaftsprüfer, Stellungnahme WFA 1/1987, Grundsätze ordnungsgemäßer Durchführung von Prospektprüfungen ~ Prospektinhaltskatalog des deutschen Finanzdienstleistungs- Informationszentrums/DFI Wiesbaden, Stand 11. 1. 1995; Prospektinhaltskatalog des Kapitalanlage -Informationszentrums Düsseldorf, Stand 1.11. 1986.

11) Vgl. nurBGHZ 60,324 [327 f.], *Baumbach/Hopt*, HGB, 29. Aufl. 1995, § 172, Rz. 5; *Hermann/Hörn*, HGB, 1988, § 172 Rz. 15; *K. Schmidt*, NJW 1982, 2501; zur Gegenansicht vgl. z. *B. Joost*, ZGR 1987, 370, [384 ff.]; *Imen-ga*, ZGR 1975, 487 [498 f.] und 492.

12) Vgl. zum ganzen grundlegend *Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil am Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 191 ff.; *K. Schmidt*, Einlage und Haftung des Kommanditisten, 1977, S. 5 ff.

13) Vgl. zu letzterem OLG Koblenz, WM 1995, 765 ff. mit Anmerkung von *K. Schmidtr* DB 1995, 1381 ff; zur insgesamt (beinahe) unbeschränkten Disposität der Pflichteinlage generell BGH, WM 1982, 5 [7]; *Heymann/Horn*, (FN 11), § 161 Rz. 78 u. 80; *Melwey*, BB 1990, 1162 [1165 ff.]; *Riegger*, BB 1979, 1380 [1381].

## WIRTSCHAFTSRECHT

## AUFSATZ

erbracht worden ist, sind sie gegenüber der Gesellschaft zu einer entsprechenden Leistung verpflichtet. Dies gilt grundsätzlich auch in der Liquidation der Gesellschaft. Im Falle eines eröffneten Konkursverfahrens wird dieser Anspruch vom Konkursverwalter geltend gemacht.

Aus der bereits angesprochenen weitgehenden Dispositivität folgt auch, daß anders als bei § 172 Abs. 4 HGB in bezug auf die Pflichteinlagen bei diesbezüglichen Rückzahlungen die interne Zahlungsverpflichtung keineswegs „automatisch“ wieder auflebt. Ob Rückzahlungen, soweit hierdurch der Wert des auf den Kommanditisten entfallenden Gesellschaftsanteils unter den Betrag der vereinbarten Pflichteinlage gedrückt wird oder eine entsprechende Unterbilanz noch vertieft wird, zu entsprechenden Verpflichtungen des Kommanditisten gegenüber der Kommanditgesellschaft führen, unterliegt in erster Linie den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages. Hierzu sehen die Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften häufig Klauseln vor, nach denen außer der Pflicht zur anfänglichen Leistung der vereinbarten Einlage keine weiteren Zahlungsverpflichtungen bestehen sollen und auch eine Nachschußpflicht ausgeschlossen ist. Darüber hinaus wird oft noch zusätzlich eine über die Einlage der Kommanditisten hinausgehende Haftung ausgeschlossen. Derartige Klauseln können eine Rückzahlungsverpflichtung im Hinblick auf wieder ausgeschüttete Pflichteinlagebeträge ausschließen, sie sind aber im Einzelfall sehr sorgfältig zu überprüfen. Ein Haftungsrisiko kann nur ausgeschlossen werden, wenn im Statut eine diesbezüglich eindeutige Klausel enthalten ist. Ein genereller Verzicht auf (Wieder-)Einlageansprüche bei im wirtschaftlichen Sinne aus dem eingezahlten Kapitel entnommenen Ausschüttungen kann bei Fehlen einer entsprechenden Satzungsklausel nicht unterstellt werden<sup>15</sup>.

### 1.2.2 Regreß anderer Gesellschafter nach deren Inanspruchnahme im Außenverhältnis

Ein — wenn auch mittelbares — Haftungsrisiko kann auf Kommanditisten auch aufgrund eines Regresses von selbst durch Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommenen Mitgesellschaftern entstehen.

Muß ein Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft — sei es als Komplementär oder als Kommanditist aufgrund der Außenhaftung gem. §§ 171 ff. HGB - für eine Schuld der Gesellschaft eintreten, so kann er zunächst von der Gesellschaft Ersatz seiner Aufwendungen gem. den §§ 110, 161 Abs. 2 HGB verlangen<sup>16</sup>. Stehen der Gesellschaft jedoch keine hinreichenden Mittel zur Verfügung, kann sich der betreffende Gesellschafter ohne weiteres an die Mitgesellschafter halten<sup>17</sup>, was überwiegend aus § 426 BGB abgeleitet wird. Soweit letzteres nicht ausdrücklich vertraglich abgedungen ist, muß ein zunächst scheinbar von der Außenhaftung verschont gebliebener Kommanditist auch das Risiko der Inanspruchnahme durch die Komplementär-GmbH und ggf. auch andere Kommanditisten gewärtigen. Auch hier sollte zur Vermeidung dieses Haftungsrisikos auf eindeutige, dies ausschließende Vertragsklauseln geachtet werden.

Im übrigen wird sich der betreffende Kommanditist, sollte es an einer diesbezüglichen Regelung fehlen, zwar im Verhältnis zur vielfach durch die Initiatoren beherrschten Komplementär-GmbH auf Gegenansprüche wegen Prospekthaftung, Geschäftsführungsverschulden etc. berufen können, wenn diese an ihn unter Berufung auf angebliche Ausgleichsansprüche bei einer wirtschaftlich notleidenden Gesellschaft herantreten sollte; im Verhältnis zu bereits von Dritten in Anspruch genommenen (Mit-) Kommanditisten werden entsprechende Gegenansprüche aber kaum gegeben sein.

## 2. (Analoge) Anwendung GmbH-rechtlicher Haftungsregelungen

Kommanditistenhaftung und Stammkapitalschutz bei der GmbH weisen insbesondere in ihrer bilanziellen Betrachtungsweise einige Parallelen auf, die auch von der Rechtsprechung zunehmend hervorgehoben werden. Gleichwohl ist bisher in der Praxis bei der *Kapitalaufbringung* die Übertragung GmbH-rechtlicher Kapitalaufbringungsgrundsätze einschließlich der Solidarhaftung etc. — soweit ersichtlich - noch nicht angewandt worden. Dagegen gehört die übergreifende Anwendung der §§ 30, 31 GmbH auf die Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co. KG inzwischen bereits zum juristischen Allgemeingut. Nachfolgend sollen daher auch lediglich im Hinblick auf die Kapitalerhaltung die entsprechenden Grundsätze skizziert und einige bei der Publikums-GmbH & Co. KG besonders wichtige Problemstellungen angesprochen werden, die denkbare Auswirkung der in der Rechtsprechung erkennbaren Tendenzen zu einer umfassenden Ausdehnung der GmbH-rechtlichen Kapitalsicherung auf die GmbH & Co. KG auch für die Kapitalaufbringung ist derzeit noch lediglich ein Merkposten bei zukunftsorientierten Gestaltungen.

### 2.1 Analoge Haftung der (Nur-)Kommanditisten gem. §§30,31 GmbHG

Durch eine inzwischen gefestigte Rechtsprechung des BGH ist für die Praxis erklärt, daß Gesellschafter einer GmbH & Co. KG auch dann entsprechend den §§ 30, 31 GmbH der Höhe nach unbeschränkt haften, soweit ihnen aus dem Gesellschaftsvermögen der GmbH oder der KG Zahlungen zufließen und hierdurch eine Unterbilanz bei der Komplementär-GmbH im Hinblick auf ihr eingetragenes Stammkapital herbeigeführt oder noch vertieft wird; dies gilt auch für Kommanditisten, die an der Komplementär-GmbH selbst nicht beteiligt sind. Eine Unterbilanz bei der Komplementär-GmbH kann zum einen dadurch entstehen, daß sie bei kapitalmäßiger Beteiligung an „ihrer“ KG und deren finanzieller Krise den Aktivposten „Beteiligungen“ teilwertabschreiben muß. Weit gravierender wird jedoch in einer finanziellen Krise der auch für kapitalmäßig nicht beteiligte Komplementär-GmbHs geltende Umstand sein, daß sie ihrerseits entsprechende Haftungsansprüche für Verbindlichkeiten der KG zu passivieren haben, mangels dort noch vorhandener Deckung für ihren internen Ausgleichsanspruch gem. §§ 110, 162 HGB einen wirtschaftlich gleichwertigen Ausgleichsanspruch gegenüber der KG aber nicht mehr aktivieren können.

Werden in einer dementsprechenden Situation Zahlungen -gleich in welcher Form — an die Kommanditisten geleistet, so haften diese zunächst in Höhe des jeweils an sie geflossenen Betrages unbeschränkt gegenüber der Gesellschaft, aus der die Zah-

14) OLG Koblenz, WM 1995, 765 [766].

15) So zutreffend K. Schmidt, DB 1995, 1381 [1382] im Hinblick auf den etwas mißverständlich formulierten zweiten Leitsatz von BGH, WM 1995, 765 ff., der allerdings in den Entscheidungsgründen entsprechend relativiert wird.

16) BGH, WM 1995, 765 [766]; BGHZ 63, 338 [342]; BGHZ 39, 319 [323 f.]; Heymann/Horn, (FN 11), § 171 Rz. 22; Melweg, BB 1990, 1162 [1166].

17) BGH, WM 1995, 765 [766].

18) Vgl. hierzu K. Schmidt, DB 1995, 1381 [1382].

19) BGHZ 1 K), 342 [355 ff], im Anschluß an BGHZ 60, 324 ff; bekräftigt durch BGH, ZIP 1995, 736 ff.

20) BGH, WM 1995, 765 [766]; BGHZ 63, BGHZ 63, 338 [342]; BGHZ 39, 319 [323 f.]; Heymann/Horn, (FN 11), § 171 Rz. 22; Melweg, BB 1990, 1162 [1166].

21) Ausgenommen hiervon sind lediglich Zahlungen im Rahmen von wertneutralen Austauschgeschäften.

## AUFSATZ

lung geflossen ist. Diese Haftung ist der Höhe nach nicht auf das -für Nur-Kommanditisten ohnehin nicht unmittelbar relevante — GmbH-Stammkapital oder einen entsprechenden Anteil daran limitiert, auch die eingetragene Haftsumme als Kommanditist spielt insoweit keine Rolle. Desweiteren ist gem. § 31 Abs. 2 GmbHG der gute Glaube der Empfänger insoweit irrelevant, als der entsprechende Rückerstattungsanspruch zur wirtschaftlichen Befriedigung der Gesellschaftsmitglieder benötigt wird.

§ 31 GmbHG enthält jedoch weiterhin die Besonderheit, daß in seinem Absatz 3 eine Solidarhaftung aller Gesellschafter bei Ausfall der unmittelbaren Zahlungsempfänger angeordnet wird. Damit entsteht als Konsequenz der bisherigen Rechtsprechungsentwicklung das Risiko, daß auch insoweit die sog. Nur-Kommanditisten in die GmbH-rechtliche (Solidar-) Haftung miteinbezogen werden. Obergerichtliche Rechtsprechung ist hierzu bisher noch nicht bekannt geworden. Man kann sich jedoch unschwer Konstellationen vorstellen, in denen eine derartige Haftung als äußerst unbillig empfunden werden müßte. Neben dem eher formellen Argument, daß die Solidarhaftung gem. § 31 Abs. 3 GmbHG hinsichtlich des nicht zu erlangenden Fehlbetrages wiederum von einer prorate-Haftung der übrigen Gesellschafter entsprechend ihrer Beteiligung am GmbH-Stammkapital ausgehe, welche ja gerade bei den Nur-Kommanditisten nicht existiere, würde es wohl schwerlich als im Ergebnis billigenwert empfunden, wenn etwa bei später aufgedeckten (verdeckten) Ausschüttungen an den Gesellschafter aus dem Initiatorenkreis die Publikumskommanditisten neben der damit ohnehin verbundenen wirtschaftlichen Schädigung auch noch durch eine Solidarhaftung hierfür in einer Gesellschaftskrise bestraft würden. Demgemäß lehnt die Literatur eine entsprechende Haftung -teilweise beschränkt auf Publikumsgesellschaften<sup>23</sup> — überwiegend ab<sup>24</sup>.

Läßt sich ein diesbezügliches Haftungsrisiko derzeit gleichwohl nicht zuverlässig ausschließen, wird sowohl in Bezug hierauf als auch hinsichtlich der inzwischen für die Praxis feststehenden Eigenhaftung der unmittelbar betroffenen Kommanditisten die Frage der Verjährung relevant. Diese beträgt gem. § 31 Abs. 5 GmbHG 5 Jahre seit dem Zeitpunkt der Auszahlung, die im GmbHG vorgesehene Verlängerung auf 30 Jahre bei „bösllicher Handlungsweise“ hat der BGH allerdings für Altfälle vor Bekanntwerden seiner Rechtsprechung ausgeschlossen<sup>25</sup>.

## 2.2 Verschuldenshaftung wegen fehlendem Einschreiten gegen (mittelbare) Stammkapitalauszahlungen an andere Gesellschafter?

Der BGH hat im Jahre 1984 erstmals einen weiteren Begründungsstrang für eine im Ergebnis als Solidarhaftung wirkende Verantwortlichkeit der Mitgesellschafter entwickelt. In diesem Urteil geht das Gericht davon aus, daß ein Gesellschafter auch wegen schuldhafter Mitwirkung an einer stammkapitalbeeinträchtigenden Auszahlung an einen anderen Gesellschafter persönlich haften könne. Trotz der im Schrifttum vielfach geübten Kritik an einer derartigen zweiten Haftungsschiene neben § 31 Abs. 3 GmbHG<sup>27</sup> hat der BGH im Jahre 1995 seine frühere Entscheidung nochmals bekräftigt und insoweit lediglich einschränkend dargelegt, daß zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen auch insoweit die Verjährungsregelung gem. § 31 Abs. 5 GmbHG entsprechend gelten müsse. Wenn man dabei berücksichtigt, daß als schuldhaftes Mitwirken an einer stammkapitalbeeinträchtigenden Auszahlung bereits die (fahrlässige) Mitwirkung an einem dies ermöglichenden Beschluß ausreichen soll, ist es leicht vorstellbar, daß bei „konsequenter“ Fortsetzung dieser Rechtsprechung auch lediglich kapitalmäßig beteiligte Nur-Kommanditisten in ein entsprechendes Haftungsrisiko geraten können. Es bleibt nur zu hoffen, daß der BGH demnächst die

Möglichkeit zu einer einschränkenden „Klarstellung“ hat, da angesichts der vielfach üblichen Praxis, sowohl die allgemeinen Ausschüttungen als auch besondere Leistungen an Gründungsgesellschafter von einer formellen Zustimmung der über die tatsächlichen Vermögensverhältnisse mangels hinreichender Informationen und/oder Sachkunde nur beschränkt urteilsfähigen Gesellschafterversammlung abhängig zu machen, die Publikumskommanditisten in ein weiteres kaum noch begrenzbares Haftungsrisiko getrieben werden könnten.

## 3. Haftungsrisiken im Liquidationsfall

Die Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften sehen vielfach — durchaus mit dem Ziel des Anlegerschutzes — vor, daß im Liquidationsfall die Abwicklung der Gesellschaft innerhalb kurzer Fristen erfolgen soll und/oder frühzeitig Abschlagszahlungen auf ein zu erwartendes Auseinandersetzungsguthaben an die Kommanditisten bzw. Treugeber ausbezahlt sind. Insoweit können sich aber Kollisionen mit zwingenden gesetzlichen Vorschriften ergeben, die nicht immer hinreichend berücksichtigt werden.

KG-rechtlich ist gem. §§ 161 Abs. 2, 155 Abs. 2 HGB zu beachten, daß das im Sinne dieser Vorschriften „entbehrliche Geld“ nur vorläufig verteilt wird. Ebenso wie danach die Gesellschafter einen Anspruch auf Abschlagszahlungen haben, wird aus § 155 Abs. 2 HGB ein besonderer gesetzlicher Rückzahlungsanspruch für den Fall abgeleitet, daß sich im Zuge der weiteren Liquidation ergeben sollte, daß die ursprünglichen Abschlagszahlungen im Hinblick auf die noch zu befriedigenden Gläubigerforderungen — auch soweit sie sich erst während der Liquidation ergeben — zu großzügig waren<sup>29</sup>. Insoweit kann sich der begünstigte Gesellschafter — anders als im Bereicherungsrecht — auch nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen.

Ob von dieser Rückzahlungsverpflichtung auch solche Beträge betroffen werden, die nach der Liquidationseröffnung noch als laufender Gewinn des voraufgegangenen (Rumpf-)Geschäftsjahres ausgeschüttet worden sind, war früher im einzelnen streitig, wobei heute tendenziell im Hinblick auf den Gläubigerschutz eine eher umfassende Rückzahlungsverpflichtung hinsichtlich aller nach Liquidationseröffnung empfangener Beträge befürwortet wird<sup>30</sup>. Da insoweit auch kein Gutgläubensschutz eingreift, müssen bei risikobewußter Betrachtungsweise alle Auszahlungen im Liquidationsstadium als solange mit einer potentiellen Rückzahlungsverpflichtung behaftet angesehen werden, bis feststeht, daß keine bisher unbekannt oder unterbewerteten Ansprüche gegen die Gesellschaft gestellt werden.

Soweit die hiermit verbundenen Haftungsrisiken für Kommanditisten bisher überhaupt diskutiert worden sind, wird allerdings vereinzelt daraufhingewiesen, daß sich insoweit eine Einschränkung durch § 167 Abs. 3 HGB ergeben könne<sup>31</sup>. Stelle

22) *Schnelle*, GmHR 1995, 853 [854].

23) *Baumbach/Hopt*, (FN 11), § 172 a. Rz. 33, anders wohl *Bergmann*, EWiR, § 30 GmbHG, 3/19.

24) *Schnelle*, GmHR 1995, 853 [854 f.]; *K. Schmidt*, GmHR 1986, 337 [341]; *Uhlenbruck*, Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl., S. 675 f.

25) BGH, ZIP 1995, 736 [737].

26) BGHZ 93, 146 ff.

27) Vgl. z.B. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, S. 951; *Ulmer*, ZGR 1985, 588 [600 ff.]; *H.-P. Westermann*, m: Scholz, GmbHG, 8. Aufl. 1993 § 31 Rz. 28.

28) BGH, ZIP 1995, 736 [738].

29) RG, LZ 1931, S. 1261; *L. Schmidt*, GmHR 1980, 261 [265]; *Baum-bach/Hopt*, (FN 23), § 155 Rz. 1.

30) *Schilling*, (FN 5), § 155 Anm. 9; *Schlegelberger/K. Schmidt*, (FN 2), § 155 Rz. 11.

31) Vgl. *Schlegelberger/K. Schmidt*, (FN 2), § 155 Rz. 32 und § 167 Rz. 13ff.

## AUFSATZ

sich nachträglich heraus, daß Abschlagszahlungen auf das Liquidationsguthaben tatsächlich zu hoch gewesen wären, würde dies zu einem negativen Kapitalkonto der betroffenen Kommanditisten i. S. d. § 167 Abs. 3 HGB rühren. Solange durch das interne Gesellschaftsverhältnis nichts anderes geregelt sei, müßte dies dazu führen, daß eine eventuelle Rückzahlungsverpflichtung nur noch die Komplementäre treffen könne<sup>32</sup>.

Ob eine derartige, dogmatisch absolut korrekte Argumentation in der Praxis einer gerichtlichen Überprüfung — insbesondere bei der GmbH & Co. KG - standhalten würde, muß als fraglich angesehen werden. Im Ergebnis könnten nämlich die Kommanditisten bei überhöhten Vorabauschüttungen einer Verantwortlichkeit zur Gänze entgehen und die Gesellschaftsgläubiger, die ggf. auf die Pfändung derartiger Rückzahlungsansprüche der Gesellschaft als einzigen noch werthaltigen Aktiv-Posten angewiesen wären, auf die wirtschaftlich dann nieist nur allzusehr beschränkte „unbeschränkte“ Haftung der Komplementär-GmbH verweisen. Es gehört nicht viel juristische Phantasie dazu, ein derartiges, als unbillig empfundenes Ergebnis dadurch zu vermeiden, daß man entweder seitens der Rechtsprechung in einem solchen Fall von einer konkludenten Abbedingung der Wirkung des § 167 Abs. 3 HGB ausgeht oder sogar generell judiziert, daß im Falle der GmbH & Co. KG Kommanditisten die auf §§155 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB gestützte Rückzahlungsverpflichtung nicht unter Verweis auf § 167 Abs. 3 HGB ablehnen könnten.

Außerdem ist jedenfalls hinsichtlich der Komplementär-GmbH selbst § 73 GmbHG zu beachten. -Danach dürfen während eines Sperrjahres ab Eintritt in die Liquidation seitens der Komplementär-GmbH überhaupt keine Zahlungen an die Gesellschafter geleistet werden. Wird dem zuwider gehandelt, so haften gem. § 173 Abs. 3 GmbH die Liquidatoren, nach absolut herrschender Ansicht gilt dies allerdings auch für die begünstigten Gesellschafter<sup>33</sup>.

§ 73 GmbHG ist nach der zur Zeit noch herrschenden Meinung nicht analog auf die GmbH & Co. KG anzuwenden<sup>34</sup>. Nach der Gesetzeslage scheint gegen eine analoge Anwendung von § 73 GmbHG die Regelung des § 155 Abs. 1 HGB zu sprechen, die - anders als das GmbH-rechtliche Auszahlungsverbot -insoweit gerade einen Abschlagszahlungsanspruch gewährt, wenn auch verbunden mit einer eingeschränkten Rückzahlungsverpflichtung. Andererseits muß jedoch berücksichtigt werden, daß § 73 GmbHG seinem Sinn und Zweck nach eine Schwestervorschrift zu den §§ 30 ff. GmbHG ist. Wenn insoweit inzwischen in gefestigter Rechtsprechung judiziert wird, daß bei der GmbH & Co. KG sowohl Auszahlungen aus dem KG-Vermögen zu Haftungsfolgen führen könnten als auch der Umstand irrelevant sei, ob die begünstigten Gesellschafter (auch) Gesellschafter der Komplementär-GmbH wären<sup>35</sup>, ist es nur noch ein kleiner Schritt dazu, diese Argumentation auch bei § 73 GmbHG anzuwenden<sup>36</sup>. Eine Erstreckung von § 73 GmbHG auch auf Auszahlungen an „Nur-Kommanditisten“ mit der Folge einer etwaigen Rückzahlungsverpflichtung muß daher zumindest als „drohend“ angesehen werden, wenn auch hier im Hinblick auf die „Nur-Kommanditisten“ nach wie vor die gleichen Einwände berechtigt sein dürften, die die Rechtsprechung im Falle der §§30, 31 GmbHG trotz entsprechender Kritik in der Literatur<sup>37</sup> als nicht durchgreifend erachtet hat.

#### 4. Besonderheiten bei Zwischenschaltung eines Beteiligungstreuhanders

In der Praxis der Publikums-GmbH & Co. KG ist die Einschaltung eines Beteiligungstreuhanders die ganz überwiegende Gestaltungsalternative.

Aus haftungsrechtlicher Sicht ergibt sich insbesondere die Frage, inwieweit bei einer eventuellen unmittelbaren Außenhaftung gem. den §§ 171, 172 HGB bzw. bei den oben diskutierten Einbzw. Rückzahlungsansprüchen der Gesellschaft der Treuhänder oder die Treugeber selbst als Haftungsverpflichtete zu gelten haben.

Für die Kommanditistenhaftung gem. §§ 171, 172 HGB ist vom OLG Düsseldorf entschieden worden, daß insoweit lediglich der Treuhänder Verpflichteter sei, der seine diesbezügliche Haftungsverpflichtung im Außenverhältnis nur intern im Wege des allgemeinen gesetzlichen oder besonders vertraglich vereinbarten Aufwendungsersatzanspruches wirtschaftlich an die Treugeber weiterleiten könne<sup>8</sup>. Dies soll den Treugebern aber nicht die Möglichkeit eröffnen, im Falle einer Inanspruchnahme durch den Treuhänder eventuell gegebene Schadensersatzansprüche, Zurückbehaltungsrechte etc. einzuwenden, solange der Rückgriffsanspruch zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger benötigt wird<sup>39</sup>. Eine Situation, die im Außenverhältnis zur Entstehung einer Haftungslage führt, wird nicht selten auch mit gesellschaftsinternen Pflichtverletzungen verbunden sein, womit in derartigen Fällen die Treugeber auch dann ein wirtschaftliches Risiko zu tragen haben. Selbst der danach - beschränkte - Schutz vor unmittelbarer Außenhaftung wird weitestgehend entwertet, wenn die Ansprüche des Treuhänders gegenüber den Treugebern vorab an die Gesellschaft abgetreten wurden und dort von Gesellschaftsgläubigern oder dem Konkursverwalter gepfändet bzw. durchgesetzt werden können.

Ob hiermit sowohl für die spezifische Kommanditistenhaftung als auch für die Haftung wegen Pflichteinlageansprüchen bzw. aufgrund der analogen Anwendung der §§ 30 ff. GmbHG (und ggf. § 73 GmbHG<sup>41</sup>) das letzte Wort gesprochen ist, ist indes zweifelhaft. So ist inzwischen vom BGH mehrfach festgestellt worden, daß zwischen Gesellschaft und Treugebern unmittelbare gesellschaftsrechtliche Beziehungen bestehen können<sup>42</sup>. Desweiteren ist hinsichtlich der §§ 30, 31 GmbHG inzwischen jedenfalls im Grundsatz anerkannt, daß auch Auszahlungen an Dritte auf Anweisung oder im Interesse der Gesellschafter zu einer Haftung rühren und überdies (auch) diese Dritten zumindest dann einer unmittelbaren Haftung gegenüber der Gesellschaft unterliegen, wenn formell zwar keine eigene Beteiligung an der Gesellschaft besteht, der zwischengeschaltete Gesellschafter aber im wirtschaftlichen Interesse und im Innenverhältnis gebunden an die Direktiven des Dritten die Beteiligung wahrnimmt<sup>43</sup>. Daß bei Anwendung dieser Grundsätze die üblichen Treuhandverträge, die zumindest im Innenverhältnis eine weitmögliche Angleichung der Stellung der Treugeber an eine unmittelbare Gesellschafterstellung durch

32) *Schlegelbecker/K. Schmidt*, (FN 2).

33) Vgl. nur *K. Schmidt*, (FN 27), § 173 Rdnr. 19 m. w. N. Ob dies dogmatisch auf eine Analogie zu § 73 GmbHG oder auf § 812 BGB gestützt wird, dürfte im Ergebnis unerheblich sein.

34) *Rasner*, in: *Rowedder*, GmbHG, 2. Aufl. 1990, § 73 Rz. 14, m. w. N.

35) Vgl. BGHZ 110, 342 [355 ff.], im Anschluß an BGHZ 60, 324 ff.; bekräftigt durch BGH, ZIP 1995, 736 ff.

36) In diesem Sinne *K. Schmidt*, (FN 34), § 73 Rz. 39 ff.

37) Vgl. *Schnelle*, GmbHR 1995, 853 [854], *H. P. Westermann*, (FN 28), § 30 Rz. 40; *Zacher*, Kapitalsicherung und Haftung in der GmbH & Co. KG, 1992, S. 179 f.

38) OLG Düsseldorf, WM 1991, 1274, Revisionsentscheidung hierzu BGH, WM 1991, 1872 ff., vgl. auch BGHZ 76, 127 [130].

39) Vgl. OLG Düsseldorf, WM 1991, 1274.

40) Vgl. BGH, WM 1991, 1872 [1873].

41) Vgl. oben 3.

42) Vgl. auch BGH, WM 1987, 811; WM 1988, 939 [941].

43) *Baumhach/Hueck*, GmbHG, 16. Aufl. 1996, § 30 Rz. 17 und § 31 Rz. 12 mit zahlreichen Nachweisen.

## AUFSATZ

entsprechende Abtretungen, Stimmrechtsübertragungen etc. vorsehen, geradezu einen Prototyp für die Anwendung einer derartigen „Durchgriffshaftung“ darstellen dürften, steht an und für sich außer Frage. Soweit sich die Rechtsprechung insoweit nicht zu einer Art „Haftungsprivileg für Publikumsgesellschafter“ entschließt, dürfte konsequenterweise die Bejahung von unmittelbaren Haftungsverpflichtungen der Treugeber kaum zu vermeiden sein. Bei der Entscheidung dieser Frage wird auch berücksichtigt werden müssen, daß ein diesbezüglich denkbarer genereller Haftungsschutz der Anleger notwendigerweise zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger von Publikumskommanditgesellschaften führen müßte, wenn sich diese dementsprechend mit einer Pfändung der Ansprüche der Gesellschaft gegen den Treuhänder zu begnügen hätten.

### 5. Das Haftungsrisiko der Schein-KG

Bei Immobilienfonds herrscht bisher - soweit ersichtlich - zur Frage des Vorliegens einer sog. „Schein-KG“ (noch) relative Ruhe. Es sollte jedoch nicht übersehen werden, daß Gesellschaften, die der steuerlich gewollten Konzeption gemäß ausschließlich Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung (ggf. nur eines Objektes) beziehen, zivilrechtlich eigentlich kaum ein Gewerbe ausüben. Daß sie gleichwohl in der Praxis vielfach problemlos als Kommanditgesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden, beruht auf einer oftmals recht großzügigen Praxis der Registergerichte und Industrie- und Handelskammern, die zumindest bei Glaubhaftmachung eines entsprechend umfänglichen Verwaltungsapparates bei der Gesellschaft keine Einwendungen erheben. Allerdings zeichnet sich auch hier — mit regionalen Unterschieden — teilweise eine zunehmend restriktivere Handhabung ab.

Selbst eine entsprechende Eintragung im Handelsregister schneidet jedoch einem Gesellschaftsgläubiger nicht den Vortrag ab, daß die Gesellschaft tatsächlich kein Gewerbe betreibt (vgl. § 5 HGB) und demnach tatsächlich BGB-Gesellschaft sei. Zwar wird man dann annehmen müssen, daß die gesellschaftsvertraglich unter Annahme der Existenz einer KG getroffenen Regelungen — soweit als möglich — auch sinngemäß für die tatsächlich existierende BGB-Gesellschaft gelten sollen, was regelmäßig zu einer Beschränkung der Vertretungsmacht der Geschäftsführung im Hinblick auf die Kommanditisten führt. Diese Beschränkung wird auch — gerade durch die unzutreffende Bezeichnung als KG - nach außen deutlich gemacht, was zunächst zu einer Haftungsbegrenzung zu führen scheint.

Allerdings wird insoweit von ernstzunehmenden Stimmen die Auffassung vertreten, daß jedenfalls bei der unternehmenstragenden BGB-Gesellschaft eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen qua — kundgegebener - Beschränkung der Vertretungsmacht unbeachtlich sei, da hierdurch praktisch eine dem *numerus clausus* der Gesellschaftsformen im deutschen Recht nicht entsprechende formfreie „GmbH kraft Vereinbarung“ entstünde<sup>44</sup>. Diese generell die Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft betreffende Frage kann hier nicht abschließend diskutiert werden<sup>45</sup>. Die teilweise anzutreffende Ansicht, daß das Problem der Schein-KG aufgrund einer in jedem Fall auch für die dann bestehende BGB-Gesellschaft haftende Haftungsbeschränkung nur ein „Schein-Problem“ sei, erscheint jedoch zumindest aus den nachfolgenden Gründen nach dem derzeitigen Diskussionsstand verfrüht.

In jedem Fall muß berücksichtigt werden, daß selbst eine auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung über die kommanditistische Außenhaftung gem. §§171, 172 HGB hinaus

geht, soweit aufgrund entsprechender Vereinbarungen zu den Pflichteinlagen im Innenverhältnis der Gesellschaft höhere Einzw. Rückzahlungsansprüche zustehen.

Desweiteren besteht zumindest im Steuerrecht eine inzwischen gefestigte, wenn auch dogmatisch angreifbare Rechtsprechung, nach der bei den Steuerarten, bei denen die BGB-Gesellschaft selbst Steuersubjekt ist, eine Haftungsbeschränkung der an ihr beteiligten Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen nicht anerkannt wird. Angesichts der knappen Finanzlage in den öffentlichen Haushalten und unter Berücksichtigung der Tatsache, daß bei Unternehmensinsolvenzen in der Regel auch der Steuerfiskus in der Reihe der Gläubiger steht, muß damit gerechnet werden, daß die Finanzverwaltung insbesondere bei Umsatzsteuerschulden den Gedanken der Schein-KG in Verbindung mit der vorbezeichneten Rechtsprechung nutzbar machen wird, um drohende Steuerverluste bei der Insolvenz von Fonds-Gesellschaften durch die persönliche Inanspruchnahme der Kommanditisten zu vermeiden.

### 6. Fazit

Der teilweise von Initiatorenseite plakativ herausgestellte Satz, daß bei Publikumsgesellschaften in der Rechtsform der GmbH & Co. KG mit der Erbringung der Einlagen durch die Anleger alle dortigen Haftungsrisiken für Gesellschaftsverbindlichkeiten beseitigt wären, kann allenfalls beschränkt auf die besondere kommanditistische Kapitalaufbringungshaftung gem. § 171 HGB als Faustformel herangezogen werden. Bereits bei der spezifischen Kapitalerhaltungshaftung gem. § 172 Abs. 4 HGB müssen die Dinge differenzierter gesehen werden, erst recht gilt dies für die keinesfalls immer in kongruentem Umfang bestehende Haftung mangels Aufbringung oder Erhalt der vereinbarten Pflichteinlagen, auf die ggf. der Konkursverwalter oder die Gesellschaftsgläubiger durch Pfändung ebenso zurückgreifen können. Vorteilhafte Vertragsgestaltungen können hier aber einige Haftungsrisiken ausschalten. Daneben muß auch die Erstreckung der GmbH-rechtlichen Kapitalschutzvorschriften auf die (Nur-)Kommanditisten bzw. Treugeber berücksichtigt werden. Im Bereich der §§ 30, 31 GmbHG ist dies schon herrschende Rechtsprechungspraxis, in anderen Bereichen des GmbH-rechtlichen Kapitalschutzes liegt eine entsprechende Entwicklung zumindest nahe.

Die aus anderen Gesichtspunkten sicher oftmals zweckmäßige Einschaltung eines Beteiligungstreuhänders hat haftungsrechtlich nur eine sehr begrenzte Schutzwirkung für die einzelnen Kommanditisten, da ein Treuhänder zwar nach der bisherigen Ansicht sowohl hinsichtlich eventueller Direktansprüche der Gesellschaftsgläubiger wie auch der Gesellschaft selbst als eine Art „Haftungspuffer“ fungiert, im Ergebnis aber die daraus resultierende wirtschaftliche Belastung an seine Treugeber weiterleiten kann. Gegenansprüche wegen eventueller Pflichtverletzungen des Treuhänders sollen dabei zumindest insoweit nicht eingewendet werden können, als die diesbezüglichen Freistellungs- bzw. Aufwendungsersatzansprüche des Treuhänders wirtschaftlich zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich sind.

44) Z. B. K. Schmidt, (FN 27), S. 1497 ff.

45) Vgl. hierzu etwa Schwein, DStR 1992, 507 ff.

46) Vgl. hierzu oben 1.2.1.

47) Vgl. hierzu Zacher, DStR 1993, 652 [654 f.].

48) BFH, BStBl. II 1990, 939 [940]; BStBl. III 1989, 952 [953]; BStBl. II 1986, 156 [157, 158] u. 160; BFH/NV 1986, 380; nochmals bekräftigt in BFH, NJW-RR 1994, 1317 [1318].

## RECHTSPRECHUNG

### Zulässige Verwendung des Zusatzes „und Partner“ durch Kapitalgesellschaft

PartGG § 11

Es ist nach allgemeinem Firmenrecht zu beurteilen, ob eine neu gegründete GmbH die Bezeichnung „und Partner“ in ihrer Firma führen darf. § 11 PartGG verbietet die Verwendung dieser Bezeichnung für Kapitalgesellschaften nicht.  
OLG Frankfurt/M., Beschi, v. 20. 5. 1996, 20 W 121/96

#### Sachverhalt:

Die in Gründung befindliche Dr. D und Partner Unternehmensberatungsgesellschaft mbH begehrt unter dieser Bezeichnung die Eintragung in das Handelsregister. Diese sollte ihr zunächst auch vom Amtsgericht — Registergericht — gestattet werden. Auf die Beschwerde der beteiligten Industrie- und Handelskammer hat das LG den Beschluß des Amtsgerichts aufgehoben und das Eintragungsbegehren zurückgewiesen.

Die weitere Beschwerde der Antragstellerin hatte Erfolg und führte unter Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung zur Wiederherstellung der Entscheidung des Amtsgerichts.

#### Aus den Gründen:

Der Senat ist im Gegensatz zum LG und zu der beteiligten Industrie- und Handelskammer mit dem AG der Meinung, daß es der Astin, aus Rechtsgründen, auch nach dem am 1. I. 1995 in Kraft getretenen Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger freier Berufe (PartGG), nicht verwehrt ist, die Bezeichnung „und Partner“ in ihre Firma aufzunehmen und zu verwenden. Nach der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften (BT-Drs. 12/6152, S. 9) ist die Partnerschaft insgesamt als weitere Sonderform der GbR und als weitere Alternative zu ihr gedacht. Die Partnerschaft, die kein Handelsgewerbe ausübt (vgl. § 1 Satz 2 PartGG), soll den Angehörigen freier Berufe ermöglichen, eine besondere, auf ihre Bedürfnisse zugeschnittene Gesellschaftsform zur gemeinsamen Berufsausübung zur Verfügung zu stellen, weil sich die hauptsächlich in Anspruch genommene GbR als Unternehmensträgerin nur wenig eignet (vgl. dazu auch *Kempter*, BRAK-Mitt. 1994, 122; *Seibert*, DB 1994, 2381; *Heermann*, BB 1994, 2421; *K. Schmidt*, NJW 1995, I; *Wertenhruch*, ZRP 1995, 712; *HornM%* .Rpfleger 1995, 481).

Auf diesem Hintergrund sind auch die Regelungen zum Namen der Partnerschaftsgesellschaft zu sehen. Nach § 2 Abs. 1 PartGG muß der Name der Partnerschaft den Namen mindestens eines Partners, den Zusatz „und Partner“ oder „Partnerschaft“ sowie die Berufsbezeichnungen aller in der Partnerschaft vertretenen Berufe enthalten. § 11 Satz 1 PartGG schreibt vor, daß nur Partnerschaften i. S. d. PartGG den Zusatz „Partnerschaft“ oder „und Partner“ führen dürfen. Als Übergangsregelung (vgl. dazu auch *Meilicke / Graf v. Westpha-len/Hoffmann/ Lenz*, PartGG, §11 Rdnr. 1 ff.; *Feddersen l/Meyer-Landrut*, PartGG, § 11 Rdnr. 1 ff.) ist vorgesehen, daß Gesellschaften, die eine solche Bezeichnung bei Inkrafttreten des PartGG in ihrem Namen führen, ohne Partnerschaft zu sein, diese Bezeichnung nur noch für zwei Jahre weiterverwenden dürfen (§11 Satz 2 PartGG). Danach dürfen sie eine solche Bezeichnung nur noch weiterführen, wenn sie in ihrem Namen die Bezeichnung „Partnerschaft“ oder „und Partner“ einen Hinweis auf die andere Rechtsform hinzufügen (§11 Satz 3 PartGG).

Aus § 11 Satz 1 PartGG ist nach Meinung des Senats kein generelles Verbot der Verwendung der Bezeichnung „Partnerschaft“ oder „und Partner“ im Namen oder der Firma für Gesellschaften anderer Rechtsform abzuleiten. Dies folgt bereits zwingend aus § 11 Satz 2 und 3 PartGG. Darin wird nicht nur die weitere Verwendung ohne Hinweis auf die andere Rechtsform für eine Übergangszeit — bis zum 30. 6. 1997 - gestattet, sondern auch die zeitlich unbeschränkte Weiterführung nur von dem Hinzufügen eines Hinweises auf die andere Rechtsform abhängig gemacht. Dadurch sollen Verwechslungen zwischen Partnerschaften und Gesellschaften, die die Bezeichnung „Partnerschaft“ oder „und Partner“ in ihrem Namen führen, aber (bisher) nicht erkennen lassen, daß sie eine andere Rechtsform als die der Partnerschaft besitzen, ausgeschlossen werden. Nach dem gelten

den Gesellschaftsrecht kommen jedoch Verwechslungen hinsichtlich der Rechtsform nur mit Personengesellschaften, zu denen auch die Partnerschaft zählt, nicht aber mit Kapitalgesellschaften in Betracht; denn im Gegensatz zur Firma der Kapitalgesellschaft (vgl. §§ 4, 279 AktG, § 4 Abs. 2 GmbHG) müssen weder der Name der nicht eintragungsfähigen GbR noch die Firma der OHG und der KG zwingend einen Rechtsformzusatz erhalten. Eine Verwechslung der Partnerschaft mit der OHG und der KG ist bisher deshalb nicht völlig ausgeschlossen, weil das Gesetz in § 19 Abs 1, 2 HGB für sie nicht ausdrücklich einen Rechtsformzusatz, sondern nur einen das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz verlangt, der bisher neben z. B. „& Co.“, „und Sohn“, „Gebrüder“, auch „und Partner“ lauten konnte (zur umstrittenen Frage, ob auch Kommanditgesellschaften die Bezeichnung „und Partner“ führen dürfen, vgl. *Bokel-mann*, Das Recht der Firmen- und Geschäftsbezeichnungen, 3. Aufl., Rdnr. 734).

Aus der Konzeption des PartGG, aber auch aus den Übergangs- und Bestandsschutzregelungen des § 11 Satz 2, 3 PartGG, die nur auf andere Personengesellschaften abzielen, weil sich nur für sie das Bedürfnis ergeben kann, ihrem Namen oder ihrer Firma einen Hinweis auf die andere Rechtsform hinzuzufügen (vgl. dazu auch *Seibert*, DB 1994, 2381 [2383 unter IX]), schließt der Senat, daß § 11 PartGG insgesamt nicht für Kapitalgesellschaften gilt und daß sich die Zulässigkeit der Verwendung der Bezeichnungen „Partnerschaft“ oder „und Partner“ in der Firma der Kapitalgesellschaft allein nach dem allgemeinen Firmenrecht richtet.

Soweit sich die beteiligte Industrie- und Handelskammer für ihre Meinung auf die Entscheidung des BGH vom 24. 3. 1980 (NJW 1980, 2084, LM § 18 HGB Nr. 9, BB 1980, 853, DB 1980, 1788 ...) beruft, vermag ihr der Senat nicht zu folgen. In jener Entscheidung, in der es um die Firmierung einer KG ging, deren einzige persönlich haftende Gesellschafterin eine GmbH war, hat der BGH die Zulässigkeit konkurrierender Rechtsformzusätze in derselben Firma nicht für unzulässig erklärt, sondern zur Vermeidung der Irreführung des Publikums nur einen klarstellenden Zusatz verlangt.

Da hier firmenrechtliche Hindernisse, die der Verwendung der Bezeichnung „und Partner“ in der Firma der Asin entgegenstehen, nicht vorliegen, kann die landgerichtliche Entscheidung keinen Bestand haben.

### Vorlagebeschluß an den BGH: Unzulässige Verwendung des Zusatzes „und Partner“ einer Kapitalgesellschaft

PartGG §2 Abs. 1, §11 Satz 1

**1. Der Zusatz „und Partner“ darf seit dem 1. 7. 1995 auch in der Schreibweise „& Partner“ oder „+ Partner“ nur noch in den Namen einer Partnerschaftsgesellschaft aufgenommen werden; für alle anderen Gesellschaften, einschließlich der Kapitalgesellschaften, ist es seit diesem Zeitpunkt unzulässig, diesen Zusatz in den Namen oder in die Firma aufzunehmen;**

(Vorlage an den BGH wegen Abweichung von OLG Frankfurt, ZIP 1996, 1082).

**2. Gesellschaften, die in ihrem Namen oder in ihrer Firma den Zusatz „und Partner“ bereits am 1. 7. 1995 geführt haben, dürfen ihn nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des § 11 Satz 2 und 3 PartG weiterführen. BayObLG, Beschi, v. 2. 8. 1996, 3Z BR 73/96**

#### Sachverhalt:

I. Im Handelsregister ist die Firma A + P Unternehmensberatung GmbH eingetragen. Die Gesellschafterversammlung vom 16. 8. 1995 beschloß eine Kapitalerhöhung und eine Änderung der Satzung, die u. a. auch eine Änderung der Firma vorsieht; diese soll künftig „A. + Partner Architekten und Stadtplaner GmbH“ heißen.

Das Amtsgericht hat mit Zwischenverfügung vom 15. 11.1995 die geänderte Firma beanstandet: der Zusatz „+ Partner“ sei nicht mehr zulässig. Die hiergegen eingelegte Beschwerde der Gesellschaft hat das LG mit

## RECHTSPRECHUNG

Beschluß vom 18. 1. 1996 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Gesellschaft.

**Aus den Gründen:**

II. Der Senat hält die weitere Beschwerde für unbegründet. Er sieht sich an der Zurückweisung jedoch durch die Entscheidung des OLG Frankfurt am Main vom 20. 5. 1996, 20 W 121/96 (ZIP 1996, 1082, GmbHR 1996, 523) gehindert. Die weitere Beschwerde wird daher gem. § 28 Abs. 2 FGG dem BGH zur Entscheidung vorgelegt. Diese hängt von der Beantwortung der Rechtsfrage ab, ob nach § 11 Satz 1 PartGG die Aufnahme des Zusatzes »und Partner«, »& Partner« oder »+ Partner« in den Namen bzw. die Firma für alle Gesellschaften mit Ausnahme der Partnerschaftsgesellschaft unzulässig ist, wenn die Aufnahme nach dem Inkrafttreten des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes (PartGG), also nach dem 1. 7. 1995, vorgenommen wird. Diese Frage möchte der Senat im Gegensatz zum OLG Frankfurt bejahen, das die Auffassung vertritt, § 11 Satz 1 PartGG verbiete es auch nach dem 1. 7. 1995 gegründeten Kapitalgesellschaften nicht, in ihre Firma den Zusatz „und Partner“ aufzunehmen.

1. Das LG hat ausgeführt: § 11 Satz 1 PartGG bestimme, daß den Zusatz „Partnerschaft“ oder „und Partner“ nur Partnerschaften nach dem PartGG führen dürften. Die Übergangsregelung des § 11 Satz 2 und 3 PartGG, wonach Gesellschaften, die den Zusatz „Partnerschaft“ oder „und Partner“ bei Inkrafttreten des PartGG in ihrem Namen ruhren, ohne Partnerschaft im Sinne dieses Gesetzes zu sein, diese Bezeichnung bis zum Ablauf von 2 Jahren nach Inkrafttreten des PartGG weiter verwenden dürften, sei für die beteiligte Gesellschaft nicht einschlägig, da diese bisher als „A + P Unternehmensberatung GmbH“ firmiere und somit weder den Zusatz „Partnerschaft“ noch den Zusatz „und Partner“ in ihrem Namen führe.

Die gebotene, am Sinn des § 11 Satz 1 PartGG orientierte Auslegung ergebe, daß die Führung des Zusatzes „und Partner“ auch dann Partnerschaften nach dem PartGG vorbehalten sei, wenn der Zusatz in der Schreibweise „+ Partner“ geführt werde.

Die neue Rechtsform der Partnergesellschaft erhalte durch § 11 Satz 1 PartGG das Namensprivileg für die auf die Rechtsform der Partnerschaft hinweisenden Zusätze „Partnerschaft“ sowie „und Partner“. Zugleich würden die Zusätze „Partnerschaft“ sowie „und Partner“ in § 2 Abs. 1 PartGG als zwingende Rechtsformbezeichnungen für die Partnerschaft ausgestaltet. Durch § 2 Abs. 1 i. V. m. § 11 PartGG werde für alle am Rechts- und Wirtschaftsleben teilnehmenden Kreise klargestellt, daß es sich nach Ablauf einer Übergangsfrist bei allen Gesellschaften, die den Zusatz „Partnerschaft“ oder „und Partner“ führen, um Partnerschaften im Sinne des PartGG handle. Es sei geboten, das Namensprivileg für den Zusatz „und Partner“ auch dann anzuwenden, wenn die inhaltliche Aussage „und Partner“ in einer abweichenden Schreibweise zum Ausdruck komme. Jedenfalls der Zusatz „+ Partner“ könne zur Vermeidung der Irreführung der am Rechts- und Wirtschaftsleben teilnehmenden Kreise in der Firma einer Gesellschaft, die nicht Partnerschaft im Sinne des PartGG sei, nicht als zulässig angesehen werden.

2. Nach Meinung des Senats hält die Entscheidung der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) ... b) ... Nach § 2 Abs. 1 des am 1. 7. 1995 in Kraft getretene PartGG muß der Name der Partnerschaft den Namen mindestens eines der Partner, die Berufsbezeichnung aller in der Partnerschaft vertretenen Berufe und alternativ den Zusatz „und Partner“ oder „Partnerschaft“ enthalten. Die Zusätze „und Partner“ oder „Partnerschaft“ sind Rechtsformbezeichnungen; Partnerschaften sind verpflichtet, im Namen einen dieser Zusätze zu führen. Im Zusammenhang damit schreibt § 11 Satz 1 PartGG vor, daß diese Zusätze nur Partnerschaften im Sinne des PartGG führen dürfen. Bei dieser Bestimmung handelt es sich allerdings nicht, wie die Gesetzesüberschrift vermuten ließe, um eine Übergangsvorschrift; vielmehr monopolisiert und reserviert der Gesetzgeber damit für die Zeit nach dem Inkrafttreten des Gesetzes die Bezeichnungen „und Partner“ sowie „Partnerschaft“ für die Partnerschaftsgesellschaft (vgl. *Meilik-ke/Graf* v. *Westphalen/Haffmann/Lenz*, PartGG § 11 Rdnr. 1; *Mi-*

*chalski/Römermann*, PartGG § 11 Rdnr. 1). Dadurch soll Verwechslungsgefahren vorgebeugt werden (RegE PartGG, BT-Drs. 12/ 6152, 23). Die Bestimmung ist inhaltlich vergleichbar mit § 39 Abs. 1 KWG. Danach ist u. a. die Bezeichnung „Bank“ als Firmenbezeichnung ausschließlich Kreditinstituten vorbehalten. Ebenso wie die Rechtsformbezeichnungen „Aktiengesellschaft“ und „Gesellschaft m. b. H.“ diesen Gesellschaften ausschließlich zustehen, ist nunmehr nach dem Willen des Gesetzgebers die Bezeichnung „und Partner“ sowie „Partnerschaft“ ausschließlich Partnerschaften vorbehalten.

(1) Entgegen der Auffassung des OLG Frankfurt kann auch aus § 11 Satz 2 und 3 nichts Gegenteiliges hergeleitet werden. Die Sätze 2 und 3 enthalten im Gegensatz zu Satz 1 tatsächlich Übergangsbestimmungen für gesellschaftsrechtliche Zusammenschlüsse, deren Name schon am 1. 7. 1995 die Bezeichnung „und Partner“ enthielt. Solche Gesellschaften dürfen ihren bisherigen Namen oder ihre bisherige Firma weiterführen, ob dem 1. 7. 1997 allerdings nur mit dem jeweiligen Rechtsformzusatz. Das bedeutet, daß ab diesem Zeitpunkt Personenhandelsgesellschaften sowie BGB-Gesellschaften die mit „und Partner“ oder „Partnerschaft“ firmieren einen ansonsten nicht erforderlichen (vgl. § 19 Abs. 1 und 2 HGB) Rechtsformzusatz, also z. B. OHG, KG oder GbR führen müssen. Hingegen sind für Kapitalgesellschaften, wie hier für die GmbH, insoweit besondere Hinweise überflüssig, da die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ohnehin den Rechtsformzusatz „GmbH“ in ihrer Firma zu führen hat (vgl. § 4 Abs. 2 GmbHG). Entgegen der Auffassung des OLG Frankfurt kann daher § 11 PartGG nicht dahin ausgelegt werden, daß § 11 Satz 1 PartGG für Kapitalgesellschaften allgemein keine Anwendung findet. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs (BT-Dr. 12/6152, 23) ist u. a. die Bezeichnung „und Partner“ ausschließlich für die Partnerschaftsgesellschaft reserviert. Daß Kapitalgesellschaften davon ausgenommen sein sollten, kann weder dem Gesetzeswortlaut noch der Begründung des Gesetzentwurfes entnommen werden (vgl. auch *Seibert*, GmbHR 7/1996 R 153).

(2) Die unter (1) aufgeführten Grundsätze haben nicht nur Geltung für die Namens- bzw. Firmenbildung von Gesellschaften, die nach dem 1. 7. 1995 errichtet werden, sie gelten gleichermaßen, wenn eine bestehende Gesellschaft in ihre Firma durch Satzungsänderung erstmals den Zusatz „und Partner“ aufnehmen will.

(3) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist der Zusatz „und Partner“ auch dann nicht zulässig, wenn er „+ Partner“ geschrieben wird. Geht man davon aus, daß als Rechtsformzusatz in den Namen der Partnerschaftsgesellschaft die Bezeichnung „und Partner“ auch in der Schreibweise „& Partner“ sowie „+ Partner“ zulässig ist (vgl. *Seibert*, in: MünchHdb. GesR, Bd. I, Partnerschaftsgesellschaft, § 32 Rdnr. 18; *Meilicke/Graf v. Ivestphalen/Hoffmann/Lenz*, § 2 Rdnr. 4; *Michalski/Römermann*, § 2 Rdnr. 11), dann muß auch der nach § 11 Satz 1 PartGG durch Reservierung der Bezeichnung „und Partner“ für die Partnerschaftsgesellschaft bestehende Schutz für alle insoweit zulässigen Schreibweisen gelten. Deshalb ist ab dem 1. 7. 1995 auch der Zusatz „+ Partner“ nur noch für Partnerschaftsgesellschaften zulässig. Die Frage der Zweckmäßigkeit einer solchen Regelung ist hier nicht zu erörtern.

3. ...

**Anmerkung zu den vorstehenden Entscheidungen:****Anwendbare Vorschriften**

Durch das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG), das am 1. 7. 1995 in Kraft getreten ist, hat der Gesetzgeber den Angehörigen freier Berufe eine flexible und speziell auf ihre Bedürfnisse zugeschnittene Organisationsform zur Verfügung gestellt, die einerseits dem hergebrachten Berufsbild des freien Berufs entspricht und zum anderen den modernen Anforderungen der Dienstleistungsgesellschaft hinreichend gerecht wird. Die neue Rechtsform der Partnerschaft ist in erster Linie als sinnvolle Alternative zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts interessant und soll vor allem überregionale, internationale und interprofessionelle Zusammenschlüsse erleich-

## RECHTSPRECHUNG

tern. Um die Schaffung von Sonderrechten auf das zwingend notwendige Maß zu beschränken und den Gestaltungsspielraum für eine weitere Neuordnung des Personengesellschaftsrechts nicht zu versperren, hat der Gesetzgeber im PartGG nur die wichtigsten partnerschaftsspezifischen Strukturprinzipien geregelt und im übrigen die für die OHG geltenden Vorschriften für entsprechend anwendbar erklärt. Wegen dieser nur rudimentären Ausgestaltung des gesetzlichen Rahmens für die Partnerschaft verwundert es nicht, daß in der Praxis alsbald Auslegungsprobleme aufgetaucht sind, die auch den unterschiedlichen Ansichten zugrunde liegen, die die beiden Instanzgerichte in ihren vorstehend abgedruckten Entscheidungen zum Ausdruck bringen.

Es geht im Kern um die Frage, ob es Gesellschaften, die nicht Partnerschaft nach dem PartGG sind, auch nach Inkrafttreten dieses Gesetzes noch erlaubt ist, den Zusatz „Partnerschaft“ oder „und Partner“ in ihrem Namen bzw. ihrer Firma zu führen. Das Gesetz läßt insoweit an sich keinen Zweifel aufkommen: § 2 Abs. 1 PartGG schreibt fest, daß der Name der Partnerschaft den Namen mindestens eines Partners, den Zusatz „und Partner“ oder „Partnerschaft“ sowie die Berufsbezeichnungen aller in der Partnerschaft vertretenen Berufe enthalten muß. § 11 Satz 1 PartGG normiert darüber hinaus den Grundsatz, daß den Zusatz „Partnerschaft“ oder „und Partner“ nur Partnerschaften nach dem PartGG führen dürfen. Daß dieser Grundsatz die abweichenden Schreibweisen „+ Partner“ sowie „& Partner“ gleichermaßen erfaßt, ist selbstverständlich und wurde vom BayObLG daher zurecht klargestellt. Für Gesellschaften, die nach dem 30. 6. 1995 gegründet wurden bzw. werden, erscheint die Rechtslage somit klar: Mit Inkrafttreten des PartGG sind die Zusätze „Partnerschaft“, „und Partner“, „+ Partner“ sowie „& Partner“ als Rechtsformzusätze für Partnerschaften im Sinne dieses Gesetzes reserviert (so auch BT-Drs. 12/6152, 23). Entsprechendes muß aber auch für zu diesem Zeitpunkt bereits bestehende Gesellschaften gelten, die danach einen solchen Zusatz erstmals - etwa im Wege der Satzungsänderung - in ihren Namen bzw. ihre Firma aufnehmen wollen. Auch insoweit ist dem BayObLG zuzustimmen,

**Geltung auch für Kapitalgesellschaften**

Weder die §§ 2 Abs. 1, 11 Satz 1 PartGG noch die Konzeption des PartGG lassen erkennen, daß Kapitalgesellschaften von der Reservierung der vorerwähnten Rechtsformzusätze für Partnerschaften nach dem PartGG nach dem 1. 7. 1995 ausgenommen bleiben sollen. Die gegenteilige Ansicht des OLG Frankfurt a. M. hat ihren Ursprung in einem gesetzestechnischen Fehler des Gesetzgebers, der den Grundsatz des § 11 Satz 1 PartGG fälschlicherweise unter der Überschrift „Übergangsvorschrift“ plaziert hat, obwohl er unzweifelhaft in den unmittelbaren Zusammenhang von § 2 PartGG („Name der Partnerschaft“) gehört (vgl. §§ 19 HGB, 4 Abs. 1 AktG, 4 GmbHG, 3 GenG). Die für sich genommen richtige Feststellung, daß die eigentliche Übergangsvorschrift in § 11 Satz 2 und 3 PartGG für Kapitalgesellschaften keine Auswirkung hat, verleitet das OLG Frankfurt a. M. zu dem falschen Schluß, § 11 PartGG gelte insgesamt nicht für Kapitalgesellschaften. Die Verwirrung löst sich aber auf, wenn man eindeutig zwischen Altgesellschaften mit und ohne Partnerschaftszusatz sowie Neugesellschaften unterscheidet. Während Neugesellschaften und Altgesellschaften ohne Partnerschaftszusätze deren Reservierung für Partnerschaften nach dem PartGG in § 11 Satz 1 AktG unabhängig von ihrer Rechtsform beachten und respektieren müssen, genießen Altgesellschaften mit bereits vorhandenem Partnerschaftszusatz unter bestimmten Voraussetzungen Bestandsschutz. § 11 Satz 2 PartGG erlaubt es solchen Gesellschaften noch bis zum 30. 6. 1997, den Partnerschaftszusatz ohne weitere Veränderung zu führen. Danach darf der Partnerschaftszusatz nach § 11 Satz 3 PartGG nur noch beibehalten werden, wenn die Altgesellschaft einen Hinweis auf ihre eigentliche Rechtsform hinzufügt. Dies ist bei Kapitalgesellschaften ohnehin vorgeschrieben (§§ 4 Abs. 1 Satz 2 AktG, 4 Abs. 2 GmbHG) und für Personenhandelsgesellschaften im Rahmen der geplanten Handelsrechtsreform ebenfalls vorgesehen, so daß diese Vorschrift je nach Realisierung des Handelsrechtsreformgesetzes ggf. nur für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Bedeutung behalten wird.

Hierzu stellt die Gesetzesbegründung im übrigen lapidar fest, daß neben dem ausgeschriebenen Zusatz „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ auch die abgekürzte Form „GbR“ ausreichend ist (BT-Drs. 12/6152, 23), womit sich ein in Rechtsprechung und Literatur lange geführter Streit endgültig erledigt haben dürfte.

**Zweck der Übergangsvorschriften**

Die Gesetzesbegründung läßt an gleicher Stelle unmißverständlich erkennen, daß nur die „echten“ Übergangsvorschriften in § 11 Satz 2 und insbesondere Satz 3 PartGG den Zweck haben. Verwechslungsgefahren zu begegnen. Daß sie letztendlich für (Alt-)Kapitalgesellschaften wegen deren gesetzlich zwingend vorgeschriebener Rechtsformzusätze ohne Konsequenzen bleiben, erlaubt deshalb nicht den Schluß, Kapitalgesellschaften seien auch nach Inkrafttreten des PartGG - bei Beachtung der allgemeinen firmenrechtlichen Grundsätze - in der Verwendung von Partnerschaftszusätzen in ihrer Firma frei, da § 11 Satz 1 PartGG für alle Gesellschaften unabhängig von ihrer Rechtsform gilt. Dem OLG Frankfurt a. M. kann somit nicht gefolgt werden. Das BayObLG kommt zwar zu dem de lege lata richtigen Ergebnis, ist aber in seiner Begründung ebenfalls nicht konsequent, indem es der Reservierung der Partnerschaftszusätze selbst den Zweck beilegt, Verwechslungsgefahren zu begegnen. Wäre dies der Fall, hätte es im vorliegenden Fall anders entscheiden müssen, da eine solche Verwechslungsgefahr bei Kapitalgesellschaften gerade nicht besteht. Auch der Vergleich mit § 39 Abs. 1 KWG steht auf schwachen Füßen, da es sich bei der Bezeichnung „Bank“ nicht um einen Rechtsformzusatz handelt, so daß die Vergleichbarkeit von vornherein in Frage gestellt ist.

**Rechtspolitische und rechtspraktische Bedenken**

Im Ergebnis bleibt aber festzustellen, daß der BGH die Vorlage des BayObLG nach geltendem Recht nur im Sinne des vorlegenden Gerichts entscheiden kann. Gleichwohl sollen auch an dieser Stelle Bedenken gegen die bisherige gesetzliche Regelung nicht verschwiegen werden. Die Partnerschaft ist mit der GmbH insoweit vergleichbar, als auch diese dem Rechtsverkehr als legislatives Konstrukt zur Verfügung gestellt wurde, weil der Gesetzgeber hierfür ein Bedürfnis erkannt zu haben glaubte. Anders als die GmbH mit ihrem unnachahmlichen Siegeszug ist die Partnerschaft von den Angehörigen freier Berufe bisher kaum angenommen worden und hat angesichts der zunehmenden Verbreitung und Anerkennung der Freiberufler-GmbH auch keine besonders erwartungsfrohe Zukunft vor sich. Vor diesem Hintergrund erscheint es - rechtspolitisch - zumindest fragwürdig, daß die Partnerschaftszusätze für Partnerschaften nach dem PartGG reserviert werden sollen, obwohl sie - anders als der Rechtsformzusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ - bereits zuvor als Gesellschaftszusätze weit verbreitet waren. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß eine willkürliche Monopolisierung von Sprache durch den Gesetzgeber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten muß, um verfassungsrechtliche Bedenken auszuschließen (*Schuppen*, WiB 1996, 786, 787). Dieser Grundsatz spielt auch auf europarechtlicher Ebene eine nicht zu unterschätzende Rolle, wenn man etwa an das Diskriminierungsverbot bezogen auf Art. 48 und 54 EGV denkt, zumal die vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellte Rechtsform nach dessen erklärtem Ziel als Vorbild für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Angehörigen freier Berufe dienen soll (BT-Drs. 12/6152, 8). Schließlich bleibt der rechtspraktische Einwand, daß es bei strikter Anwendung von § 11 Satz 1 PartGG selbst hundertprozentigen Tochtergesellschaften von Partnerschaften verwehrt ist, als „ABC und Partner GmbH“ zu firmieren, ebenso solchen Kapitalgesellschaften, die als Besitzgesellschaft neben einer Partnerschaft als Berufsausübungsgesellschaft fungieren sollen, was einem vom Gesetzgeber selbst vorgeschlagenen Modell entsprechen würde (BT-Drs. 12/6152, 8). Es erscheint deshalb nach allem angebracht, die Reservierung der Partnerschaftszusätze für Partnerschaften nach dem PartGG in ihrer bisherigen Form noch einmal zu überdenken. Die anstehende Handelsrechtsreform bietet hierfür eine günstige Gelegenheit.

*Dr. Axel Jäger, Rechtsanwalt, Heidelberg*

## RECHTSPRECHUNG

**Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen BGB-Gesellschaft**

BGB §§ 705, 736, 738

**Entnimmt der Gesellschafter einer Zwei-Mann-GbR nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft ohne Absprache mit dem fortführenden Gesellschafter Guthaben von dem Gesellschaftskonto, so ist er jedenfalls dann zur sofortigen Rückführung des entnommenen Betrages an die Gesellschaft verpflichtet, wenn sein Abfindungsanspruch noch nicht fällig ist. Er kann nicht einwenden, der Rückerstattungsanspruch stelle einen unselbständigen Rechnungsposten bei der Ermittlung des Abfindungsguthabens dar.**  
*OLG Köln, Urt. v. 14. 6. 1996, 19 U 258/95, rkr.*

**Aus den Gründen:**

II. Die Berufung führt auch in der Sache im wesentlichen zum Erfolg. Der Bekl. schuldet dem Kl. die Rückzahlung des von ihm unter dem 12. bzw. 17. 6. 1992 vom Gesellschaftskonto der S. abgehobenen Geldbetrages von 70 000 DM. Der Kl. muß sich auf diesen Anspruch, wie noch auszuführen sein wird, lediglich den mit der Klageerweiterung geltend gemachten Betrag von 16 037,86 DM anrechnen lassen.

Der Kl. kann von dem Bekl. die Rückzahlung des abgehobenen Geldbetrages aus einer positiven Vertragsverletzung (pVV) des zwischen den Parteien bis zum 31. 5. 1992 bestehenden Gesellschaftsverhältnisses verlangen. Dieser Anspruch besteht unbeschadet der von dem Bekl. behaupteten Abfindungsansprüche, die er als Rechtfertigung für seine Entnahme angeführt hat.

**Laut Vertrag keine Auseinandersetzung, sondern Abfindung bei Ausscheiden aus GbR**

Der Bekl. war nach dem 31. 5. 1992 nicht mehr berechtigt, Verfügungen über das bis dahin als Gesellschaftskonto geführte Konto bei der S.K. vorzunehmen. Unstreitig ist, daß er zu dem genannten Datum aus Gesundheitsgründen aus der Gesellschaft ausgeschieden ist und das Unternehmen vom Kl. seither unter dem bisherigen Firmennamen fortgeführt wird. Gleich welchen der von den Parteien vorgelegten Gesellschaftsverträge man zugrunde legt (die Regelungen hinsichtlich der Abwicklung bei Ausscheiden eines Gesellschafters in den §§ 4 bzw. 5 der Verträge unterscheiden sich praktisch nicht), ergibt sich die rechtliche Folge, daß die Gesellschaft nicht auseinanderzusetzen ist, sondern gem. §§ 736 ff. BGB eine Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters stattzufinden hat. Das Gesellschaftsvermögen als solches ist mit dem Stichtag des 31. 5. 1992 dem Kl. als dem fortführenden Gesellschafter angewachsen, ohne daß es hierfür eines gesonderten Übertragungsaktes bedurft hätte. In der Rechtsprechung ist mittlerweile anerkannt, daß diese Form der Auseinandersetzung auch auf die zweigliedrige BGB-Gesellschaft anzuwenden ist (vgl. BGH, NJW-RR 1993, 1443 f.). Daraus folgt, daß der Bekl. nach seinem Ausscheiden lediglich schuldrechtliche Ansprüche auf Auszahlung eines ggf. zu seinen Gunsten bestehenden Abfindungsguthabens gem. § 738 BGB geltend machen kann. Ein solcher Anspruch setzt aber - wie das LG zutreffend ausgeführt hat - eine auf den Stichtag des Ausscheidens bezogene ordnungsgemäße Abschichtungsbilanz auf der Basis des tatsächlichen Wertes des Gesellschaftsvermögens voraus. Eine diesen Anforderungen genügende Abrechnung lag zu dem Zeitpunkt, als der Bekl. Zugriff auf das Gesellschaftskonto nahm, wie er selbst einräumt, nicht vor. Dies hat zur Folge, daß sein Abfindungsanspruch zumindest seinerzeit noch nicht fällig war.

**Verbotene Eigenmacht des Bekl. hinsichtlich Entnahme**

Da der Bekl. nicht mehr befugt war, über das Gesellschaftsvermögen zu verfügen, und ihm fällige Ansprüche gegen den Kl. nicht zustanden, hat er mit der Abhebung der 70 000 DM im Juni 1992 sowohl eigenmächtig als auch vertragswidrig gehandelt. Die Vorgehensweise, wie sie der Bekl. gewählt hat, entspricht nicht den in den Gesellschaftsverträgen (§ 4 bzw. § 3) für Entnahmen getroffenen Regelungen. Inhaltlich handelt es sich um eine Form verbotener Eigenmacht, durch die der Bekl. in dem Streit der Parteien über die Höhe des Abfindungsguthabens die Initiative ergriffen und vollendete Tatsachen geschaffen hat. Der Bekl. kann demgegenüber nicht mit Er

folg einwenden, die Abhebung sei im Zusammenhang mit seinem Ausscheiden im Einverständnis des Kl. quasi als Abkürzung der Auseinandersetzung erfolgt. Diese Behauptung, die im Ergebnis auf eine Abschlagszahlung hinauslaufen würde, ist schon deswegen wenig nachvollziehbar, weil die Parteien unstreitig den seinerzeit für die Gesellschaft tätigen Steuerberater mit der Erstellung eines Vermögensstatus, bezogen auf den Stichtag beauftragt hatten. Aus diesem Grunde ist es nicht naheliegend, daß der Bekl. berechtigt sein sollte, das Ergebnis dieser Prüfung vorwegzunehmen. Der Kl. hat dem behaupteten Einverständnis mit der Vorgehensweise des Bekl. auch von Anfang an widersprochen und bereits in erster Instanz seinen Rückzahlungsanspruch ausdrücklich auch auf die Tatbestände der ungerechtfertigten Bereicherung bzw. unerlaubten Handlung gestützt. ...

Der Bekl. hat daher mit der Abhebung seine gesellschaftsvertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Kl. schuldhaft verletzt, da ihm bewußt sein mußte, daß er in eigenmächtiger Weise nicht mehr auf das Guthaben zugreifen durfte. Es ist anerkannt, daß dem Gesellschafter auch nach seinem Ausscheiden weiterhin bestimmte Treupflichten gegenüber der Gesellschaft obliegen (vgl. *Palandt/Thomas*, BGB, 54. Aufl., § 738 Rz. 2; § 705 Rz. 20). Hierzu gehört auch die Verpflichtung, unberechtigte Entnahmen zu unterlassen. Unabhängig von dem evtl. Bestehen eines Aktivsaldos für sein Gesellschaftskonto ist er aufgrund dieser Verletzung des Gesellschaftsvertrages verpflichtet, den abgehobenen Betrag zunächst dem Gesellschaftsvermögen zurückzuführen. Diese Forderung des Kl. als dem fortführenden Gesellschafter besteht außerhalb der gesetzlichen Abwicklungsansprüche (vgl. *Staudinger/Kessler*, BGB, § 739 Rz. 3); sie ist nicht - wie das LG meint - ein unselbständiger Rechnungsposten im Rahmen der Auseinandersetzung.

**Anrechnung des Abfindungsguthabens auf den Rückzahlungsanspruch**

Gleichwohl muß sich der Kl. vorliegend auf seinen Rückzahlungsanspruch das auf der Grundlage des von dem Steuerberater S. zugunsten des Bekl. errechnete Abfindungsguthaben von 16 037,86 DM abziehen lassen. Er geht diesbezüglich selbst von einer endgültigen und verbindlichen Berechnung des Auszahlungsanspruchs aus. Demzufolge hat er diesen Gegenanspruch in erster Instanz zutreffenderweise der Berechnung seiner Klageforderung zugrunde gelegt. Der Bekl. hat die der Berechnung des Steuerberaters S. zugrunde liegenden Zahlen nicht substantiiert bestritten, sondern lediglich pauschal den Standpunkt vertreten, ihm stünde ein weit höheres Abfindungsguthaben zu. Gehen die Parteien aber übereinstimmend davon aus, daß der Bekl. einen Abfindungsanspruch zumindest in der Höhe des vom Kl. zugestandenen Betrages von 16 037,86 DM geltend machen kann, so ist der Anspruch zumindest in dieser Höhe schon zum jetzigen Zeitpunkt fällig und demzufolge mit der aus der unberechtigten Abhebung resultierenden Rückzahlungsforderung zu verrechnen.

**Soeben erschienen:****Münchener Vertragshandbuch. Bd. I: Gesellschaftsrecht. Von**

*Dr. M. Heidenhain* und *Dr. B. W. Meister* (Hrsg.). Verlag C. H. Beck, München. 4., neubearb. und erw. Aufl. 1996. XL 1602 S. DM 268,-. Preis bei Gesamtabnahme aller Bände DM 238,-.

Die 4. Auflage des Münchener Vertragshandbuchs ist auf vier Bände angelegt.

Der erste Band verbindet Formulierungsvorschläge für die Lösung gesellschaftsrechtlicher Probleme mit Anmerkungen zu Grund- und Streitfragen. Die Formulare sind nach Gesellschafts- und Beteiligungsformen gegliedert; Verschmelzung, Spaltung und formwechselnde Umwandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften werden gesondert dargestellt. Die Anmerkungen erläutern den Sachverhalt und die Wahl des betreffenden Formulars. Die Behandlung spezieller Zweifelsfragen konzentriert sich auf Probleme der Praxis und auf Gestaltungsvarianten. Anmerkungen zu den europarechtlichen Bezügen, zum Steuer-, Kartell-, Gebühren- und Kostenrecht komplettieren die Information.

## BLICK INS ARBEITSRECHT

Von Michael Eckert, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Heidelberg

### Vergütung externer Vertreter des Betriebsrats in der Einigungsstelle

BAG, Beschi, v. 14. 2. 1996, 7 ABR 24/95; 24. 4. 1996, 7 ABR 40/95

In zwei Beschlüssen hat das BAG zur Besetzung von betrieblichen Einigungsstellen nach dem BetrVG Stellung genommen. In der Entscheidung vom April 1996 haben die Arbeitsrichter die grundsätzliche Freiheit des Betriebsrats bestätigt, auch außerbetriebliche Personen als Vertreter in die Einigungsstelle als Beisitzer zu entsenden. Es sei nicht notwendig, daß auch nur ein Mitglied der Einigungsstelle dem Betrieb selbst (als Arbeitnehmer) angehört. Es bleibt vielmehr dem Betriebsrat überlassen, ausschließlich Externe als Beisitzer zu benennen.

Ein für den Arbeitgeber wesentlicher Unterschied zwischen Betriebsangehörigen einerseits und Externen andererseits liegt darin, daß Betriebsangehörige für ihre Tätigkeit als Beisitzer einer Einigungsstelle keine gesonderte Vergütung erhalten, während Betriebsfremde hierfür vom Arbeitgeber bezahlt werden müssen, dies selbstverständlich auch dann, wenn sie für den Betriebsrat tätig sind.

Zur Höhe der Vergütungsansprüche solcher externer Einigungsstellenbeisitzer hat das Gericht in der Februarentscheidung Stellung genommen. Dort hat es die bisherige Auffassung unterstrichen, daß die Honorierung der Beisitzer in der Regel Vio des Honorars für den Vorsitzenden beträgt. Der Arbeitgeber kann sich auch nicht darauf berufen, daß er den Vorsitzenden übermäßig habe entlohnen müssen und daher die Vio-Grenze unangemessen hoch sei. Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber eine solche übermäßige Vergütung des Vorsitzenden damit begründet, daß dieser auch in Zukunft Einigungsstellen in seinem Betrieb leite und er dessen nach seiner Auffassung überzogene Forderung daher habe akzeptieren müssen, um nicht in Zukunft Nachteile bei weiteren Einigungsstellen zu befürchten. Dieses Argument ließ das BAG nicht gelten. Wenn die Honorarforderung des Einigungsstellenvorsitzenden zu hoch gewesen sei, habe der Arbeitgeber sie, ohne Nachteile für die Zukunft befürchten zu müssen, zurückweisen können. Er habe dann nämlich diesen Vorsitzenden für zukünftige Einigungsstellen ablehnen können.

Weiter wurde festgestellt, daß die Erstattung der Mehrwertsteuer für externe Beisitzer keiner gesonderten Vereinbarung bedarf. Diese Erstattungspflicht richtet sich lediglich danach, ob der externe Beisitzer mehrwertsteuerpflichtig ist.

Allerdings haben Beisitzer neben der „Vier-Vergütung“ keinen Anspruch auf zusätzliche Erstattung von Spesen oder Aufwandsentschädigungen für Vorbereitungszeiten mit Vertretern des Betriebsrates. Hier handelt es sich in der Regel nicht um Kosten der Einigungsstelle.

### Ermessen bei Auswahl der Arbeitsmittel des Betriebsrates

BAG, Beschi, v. 24. 1. 1996, 7 ABR 22/95

Der Betriebsrat kann auf Kosten des Arbeitgebers die für seine Arbeit notwendigen Arbeitsmittel, Bücher etc. nach Absprache mit dem Arbeitgeber beschaffen. Zu diesen Arbeitsmitteln gehören auch Gesetzestexte, Kommentare und Zeitschriften. Zwar hat der Betriebsrat die Pflicht, hier sparsam vorzugehen, trotzdem hat der Betriebsrat das Recht, für jedes seiner Mitglieder eine Sammlung der einschlägigen Gesetze zu erwerben. Der Betriebsrat muß sich nicht darauf verweisen lassen, daß nur ein oder zwei Gesetzestexte für alle Betriebsratsmitglieder beschafft werden. Bei der Auswahl der Literatur steht dem Betriebsrat darüber hinaus ein Auswahlermessen zu. Dieses Ermessen geht z. B. so weit, daß der Betriebsrat von mehreren zur Verfügung stehenden Gesetzessammlungen die teurere Version für alle Betriebsratsmitglieder wählen darf, da darin außer den Gesetzestexten selbst noch Einleitungen und zum Teil Erläuterungen enthalten sowie darüber hinaus einige Gesetze oder Verordnungen abgedruckt sind, die in der kostengünstigeren Sammlung nicht zu finden sind. Diese Argumente rechtfertigen die höheren Ausgaben.

### Teilweiser Entzug von Arbeitsaufgaben als mitbestimmungspflichtige Versetzung

BAC, Urt. v. 2. 4. 1996, 1 AZR 743/95

Einso wie bei Einstellungen muß der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Versetzung den Betriebsrat anhören und dessen Zustimmung einholen. Widerspricht der Betriebsrat innerhalb der vom Gesetz vorgesehenen Frist von einer Woche einer geplanten Einstellung oder Versetzung, kann der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats durch einen Beschluß des zuständigen Arbeitsgerichts ersetzen. In der täglichen Praxis stellt sich häufig die Frage, ob eine nur teilweise Änderung der Arbeitsaufgaben bereits eine mitbestimmungspflichtige Versetzung nach § 99 BetrVG darstellt.

Während der Arbeitgeber den Arbeitnehmern im Rahmen des ihm zustehenden Direktionsrechts einseitig Aufgaben zuweisen oder auch wieder wegnehmen kann, ist die Grenze zwischen einer mitbestimmungsfreien Ausübung des Direktionsrechts einerseits und einer mitbestimmungspflichtigen Versetzung andererseits dann überschritten, wenn dem Arbeitnehmer ein wesentlicher Teil seiner Aufgaben entzogen wird. Als wesentliche Beschäftigung kann bereits eine Tätigkeit angesehen werden, die etwa 1/4 der Arbeitszeit des Arbeitnehmers in Anspruch nimmt.

### Zahlungsverzug des Arbeitgebers

BAG, Urt. v. 9. 5. 1996, 2 AZR 387/95

In dem hier zu entscheidenden Fall hatte ein Arbeitnehmer sich geweigert, weiter zu arbeiten, da der Arbeitgeber unter anderem mit der Gehaltszahlung für drei Monate sowie darüber hinaus mit weiteren Beträgen im Rückstand war und nicht zahlen wollte oder konnte. Der Arbeitnehmer hatte dem Arbeitgeber mitgeteilt, daß er erst dann wieder zur Arbeit erscheinen werde, wenn seine Ansprüche aus der Vergangenheit ausgeglichen seien. Daraufhin hat der Arbeitgeber das Anstellungsverhältnis wegen Arbeitsverweigerung gekündigt.

Das BAG hat festgestellt, daß diese Arbeitgeberkündigung unwirksam ist. Der Arbeitnehmer hatte vielmehr ein Recht, seine Arbeitskraft zurückzuhalten und zunächst auf die Zahlung seiner rückständigen Ansprüche zu bestehen. Da er ein solches Zurückbehaltungsrecht hatte, durfte zum einen der Arbeitgeber nicht gerade aus diesem Grund kündigen. Zum anderen blieb der Zahlungsanspruch für die weitere Vergütung des Arbeitnehmers bestehen, dieser konnte also auch Zahlung seines Gehalts für die Zeit verlangen, in der er von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machte und nicht zur Arbeit erschien. Etwas anderes gilt nur dann, wenn lediglich noch ein verhältnismäßig geringer Betrag offen steht.

### Jubiläumsgeld auch bei Teilzeitbeschäftigung

BAC, Urt. v. 22. 5. 1996, 10 AZR 867/95

Auch das BAG hat sich mit der Frage der Gleichbehandlung bei Teilzeitbeschäftigten auseinandergesetzt. Hier ging es um einen Anspruch auf Jubiläumsgeld. Zu prüfen war, ob Teilzeitbeschäftigte Anspruch auf die volle Jubiläumsgeldzuwendung haben, die auch Vollzeitarbeitnehmern zusteht, oder ob die Jubiläumsgeldzuwendung in Relation zu der verringerten Arbeitszeit gekürzt werden darf. Das BAG ist der Auffassung, daß auch Teilzeitbeschäftigte Anspruch auf die volle Jubiläumsgeldzuwendung haben. Dies wird damit begründet, daß es sich bei der Jubiläumsgeldzuwendung um eine Belohnung für Betriebstreue des Arbeitnehmers und nicht um eine zusätzliche Entlohnung handele. Eine Kürzung der Jubiläumsgeldzuwendung bei Teilzeitarbeit verstöße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer und insbesondere gegen das auch im Beschäftigungsförderungsgesetz verankerte Gebot der Gleichbehandlung von Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten.

Diese Entscheidung läßt sich nicht ohne weiteres auf andere Einmalzahlungen des Arbeitgebers übertragen: es muß vielmehr immer geprüft werden, ob es sich um eine zusätzliche Entlohnung handelt, oder ob der Arbeitgeber Aspekte belohnen will, die unabhängig sind von der Arbeitszeit, wie z. B. die Betriebstreue.