

Numerus clausus der Gestaltungsklagen und Vertragsfreiheit

Von Privatdozentin Dr. Barbara Grunewald, Bonn

1. Die dogmatische Grundlage

Der Grundsatz, daß eine Gestaltungsklage nur erhoben werden kann, wenn das Gesetz es so vorsieht, gilt, wenn man den Lehrbüchern und Kommentaren zum Zivilprozeß glauben darf, nahezu unangefochten¹. Allgemein wird gesagt, daß eine vom Berechtigten angestrebte Umgestaltung eines Rechtsverhältnisses (wie z. B. eine Kündigung) von ihm auch selber vorgenommen werden muß. Eine vertragliche Vereinbarung, nach der eine solche Umgestaltung nur durch Urteil möglich sein soll, hält man demgemäß für unzulässig. Dies soll für alle Rechtsbereiche gleichermaßen gelten, also auch für diejenigen, die im Prinzip für die Vertragsfreiheit der Parteien offenstehen.

Diese Einmütigkeit mag dazu geführt haben, daß man der Frage, warum dem so sein soll, üblicherweise nur wenig Aufmerksamkeit schenkt. Wenn überhaupt für diesen sog. Numerus clausus der Gestaltungsklagen Gründe angeführt werden, so meist der Satz, daß die Zuständigkeit der Gerichte vom Gesetzgeber festgelegt worden sei und nicht zur Disposition von Privatpersonen stehe². Auch würden die Betroffenen, wenn sie frei seien, die gewünschte Rechtsfolge selbst herbeizuführen, damit zugleich auch auf den Weg der Selbsthilfe verwiesen³.

Dieser zuletzt geschilderte Hinweis auf die Privatautonomie der Parteien begründet für sich genommen noch nicht den Satz, daß Gestaltungsklagen nur erhoben werden dürfen, wenn das Gesetz es so vorsieht. Im Gegenteil: Wenn man das Recht zur Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse konsequent durchführen würde, so würde daraus, genau umgekehrt, eigentlich folgen, daß auch die vertragliche Vereinbarung von Gestaltungsklagen zulässig sein müßte. Denn auch ein solcher Vertrag wäre eine privatautonom getroffene Vereinbarung. Freilich hätte er zur Folge, daß der Berechtigte nicht mehr ohne Mitwirkung des Gerichts die erwünschte Umgestaltung herbeizuführen in der Lage

- 1 Böttcher, ZfA 1970, 1, 34; Hueck, Gestaltungsklagen im Recht der Handelsgesellschaften, Festschrift Carl Heymanns Verlag, 1965, S. 287; Schellhammer, ZPO, 3. Aufl., S. 136; Schwamm, in: Sein/Jonas, ZPO, 20. Aufl., II vor § 253 Rdnr. 46; Karsten Schmidt, JuS 1986, 35, 39. — Anderer Ansicht Grunewald, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., S. 325; Schlosser, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteil, 1966, S. 286 ff.
- 2 Hueck (s. Fn. 1), S. 287, 288; Rosenberg/Schwab, ZPO, 14. Aufl., S. 560.
- 3 Hueck (s. Fn. 1), S. 287, 288.

wäre, also insoweit dann auch nicht mehr privatautonom handeln könnte. Aber allein die Tatsache, daß ein Vertrag zu einer Beschränkung der Privatautonomie führt, hat noch nicht zur Folge, daß er selbst unter dem Blickwinkel des § 138 BGB – Fallgruppe übermäßige Beeinträchtigung der freien Willensbetätigung – ins Auge gefaßt werden müßte. Vielmehr ist dies eine durchaus nicht ungewöhnliche Folge vertraglichen Handelns, die erst dann in den Bereich der Sittenwidrigkeit abdriftet, wenn der Betroffene aufgrund der Vereinbarung seine wirtschaftliche Freiheit bzw. seine geschäftliche Selbstständigkeit verliert⁴. Hiervon kann, wenn lediglich die Ausübung eines Gestaltungsrechts auf die Gerichte übertragen wird, keine Rede sein.

Demgegenüber ist die zweite Überlegung, auf die der Grundsatz vom Numerus clausus der Gestaltungsklagen gestützt wird, schon überzeugungskräftiger: In der Tat werden die Aufgaben der Gerichte durch Gesetz und nicht durch Parteivereinbarung festgelegt. Dieser – auf den ersten Blick vielleicht etwas formalistisch anmutende Standpunkt – gewinnt an Überzeugungskraft, wenn man bedenkt, daß jede Inanspruchnahme der Gerichte auch eine Inanspruchnahme der mittlerweile durchaus knappen Ressourcen der öffentlichen Hand beinhaltet, da die Gerichtskosten bekanntermaßen die Ausgaben der öffentlichen Hand für die Gerichte nicht decken. Unter welchen Voraussetzungen diese Inanspruchnahme öffentlicher Mittel zulässig sein soll, das bestimmt nun aber völlig zu Recht der Gesetzgeber⁵. Eine Aufbenutzung aufgrund Parteivereinbarungen kann daher nur dann in Frage kommen, wenn dies durch eine entsprechende Vorschrift legitimiert ist. In den anderen Fällen müssen sich die Parteien eben primär erst einmal selber helfen. Damit wird zugleich deutlich, daß in erster Linie nicht der Richter, sondern die Parteien selber zur Umgestaltung ihrer Rechtsverhältnisse verpflichtet sind; ein Resultat, das auch deshalb überzeugend, weil die Parteien als die Hauptbetroffenen selbst am besten wissen, welche Regelung für sie paßt.

Diesen Überlegungen steht auch nicht entgegen, daß nach allgemeiner Meinung eine Analogie zu den gesetzlich vorgeschriebenen Gestaltungsklagen zumindest im eingeschränkten Umfang möglich ist⁶. Denn aus der Tatsache, daß Rechtsregeln von einem Gericht auf vergleichbare, vom Gesetz nicht geregelte Sachverhalte übertragen werden können, folgt noch nicht, daß sich für sie auch per Vertrag neue Anwendungsbereiche schaffen lassen. Es ist eben etwas grundsätzlich anderes, ob ein Richter eine Norm auf die Lösung eines ver-

- 4 Soergel/Hefemehl, BGB, 11. Aufl., § 138, Rdnr. 96; MünchKomm.-Mayer-Maly, BGB, 2. Aufl., § 138, Rdnr. 64 ff.
- 5 Darin liegt das von Schiedermaier, Vereinbarungen im Zivilprozeß, 1935, S. 57 ff. geforderte öffentliche Interesse, das einer prozessualen Vereinbarung entgegenstehen muß, um sie ungültig zu machen.
- 6 Hueck (s. Fn. 1), S. 287, 292; Jauernig, ZPO, 21. Aufl., § 34 III; Schlosser (s. Fn. 1), S. 276 ff.; Rosenberg/Schwab (s. Fn. 2), S. 560.

gleichbaren Sachverhalts überträgt oder ob Privatpersonen bestimmen, daß ihre Streitigkeiten in bestimmter Form ausgetragen werden sollen. Nur in dem zuerst genannten Fall gibt es mit einiger Wahrscheinlichkeit keine praktikable Alternative zur Gestaltungsphase.

Daß dieser die Entlastung der Gerichte betonende Gedanke der entscheidende Gesichtspunkt ist, zeigt sich auch darin, daß nach h. M. Schiedsgerichten sehr wohl die Entscheidung über vertraglich vereinbarte Gestaltungsphasen zugewiesen werden kann⁷. Auch der BGH ist dem in einem Fall, in dem es um die Verteilung eines umfangreichen Nachlasses ging, gefolgt⁸. In der Tat strebt dieser Kompetenzzuweisung nichts im Wege, da in diesem Fall öffentliche Mittel nicht in Anspruch genommen werden. Vielmehr ist es Sache der Beteiligten, hier ein allseits zufriedenstellendes *Procedere* zu finden.

Aus denselben Gründen ist der Gesetzgeber dem Vorschlag, die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses an eine als Gestaltungsphase zu verstehende Auslosungsphase des Arbeitgebers zu binden, nie gefolgt. Auch die SPD hielt eine solche Vorgehensweise für rechtspolitisch nicht wünschenswert, da dann mit einer Flut von Prozessen zu rechnen sei, die die Gerichte in erheblichem Umfang belasten würde⁹.

II. Folge der Vereinbarung von Gestaltungsphasen

Daß der Grundsatz des Numerus clausus der Gestaltungsphasen de facto gerichtsentlastend wirkt und zugleich die Parteien selbst in Pflicht nimmt, läßt sich anhand von Beispielen aus der Literatur veranschaulichen. Zu denken wäre etwa an den Fall, daß sich die Mitglieder einer aufgelösten Gesellschaft bürgerlichen Rechts darauf einigen, das Gericht solle das Vermögen der ehemaligen Gesellschaft nach billigem Ermessen unter die Gesellschafter verteilen¹⁰. *Karsten Schmid* führt des weiteren die Klage eines Vermieters gegen seinen Mieter mit dem Antrag an, das Gericht möge die Miete erhöhen¹¹. Beide Fallgestaltungen werden in praxi kaum je vorkommen. Sie machen aber gleichwohl das, worum es auch bei den im folgenden zu behandelnden praktischen Fällen gehen wird, sehr deutlich: In beiden Beispielfällen werden dem Gericht Pflichten aufzuerzwingen, die nach der gesetzlichen Aufgabenverteilung die Parteien selber treffen.

Betrachten wir zunächst den Fall der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Nach der gesetzlichen Regelung müssen die *Gesellschafter* das Vermögen unter sich

⁷ *Albers*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 44. Aufl., § 1025 2 A; *Böttcher*, ZfA 1970, 1, 34; *Habscheid*, Festschrift Lehmann, 1956, S. 792, 796.

⁸ NJW 1959, 1493; zuvor schon RGZ 147, 22, 24; 153, 193, 197.

⁹ *Becker/Kommelspacher*, ZRP 1976, 40, 42.

¹⁰ *Schlösser* (s. Fn. 1), S. 288 ff. behandelt diesen Fall für die Erbgemeinschaft; dazu § 86 FG.

¹¹ Jus 1986, 35, 39.

verteilen. Das Gericht *überprüft* sodann, falls es zum Streit kommt, diese Verteilung. Das Gericht *erarbeitet* also gerade nicht seinerseits eine Aufteilung des Vermögens der Gesellschaft, lediglich eine von den Gesellschaftern bereits vorgegebene Verteilung wird überprüft: eine wesentlich einfachere und damit auch weniger zeitaufwendige Aufgabe!

Auch kommt es nach der gesetzlichen Regelung nur dann zu einem Verfahren vor Gericht, wenn ein Gesellschafter mit der Verteilung nicht einverstanden ist und dies auch in einem Prozeß mit Kostenrisiko (!) geltend machen will, was erfahrungsgemäß nicht allzu häufig ist. Dies wird anders, wenn die Verteilung durch das Gericht zu erfolgen hat. Dann mußte das Gericht naturgemäß stets bemüht werden. Zwar könnten die Gesellschafter auch in diesem Fall die Vereinbarung, das Gericht solle das Vermögen aufteilen, jederzeit wieder aufheben und sich gütlich selber einigen. Aber daß es zu dieser erneuten Einigung kommt, ist, gerade bei einer größeren Anzahl von Gesellschaftern, doch ziemlich unwahrscheinlich. Daher führt die vertragliche Vereinbarung einer Gestaltungsphase mit wesentlich größerer Wahrscheinlichkeit zu einem Prozeß als die gesetzliche Regelung.

Gleiches gilt für das Beispiel von *Karsten Schmid*: Nach § 2 Mieterhöhungs-gesetz kann der Vermieter von seinem Mieter die Zustimmung zu einer von ihm gewählten Erhöhung der Miete verlangen, nicht etwa muß das Gericht ermitteln, was der Vermieter verlangen könnte! Auch kommt es nach der gesetzlichen Regelung zu einem Verfahren vor Gericht nur, wenn der Mieter sich nicht zufrieden gibt, womit nicht unbedingt zu rechnen ist. Auch dieses Beispiel zeigt also, daß die Vereinbarung von Gestaltungsphasen dem Gericht Aufgaben zuweist, die ihm nach der gesetzlichen Regelung nicht zugewiesen sind.

III. Die Verfahren nach § 315 ff. BGB

Die genannten Beispiele der Literatur sind, darüber dürfte kein Zweifel bestehen, mehr theoretischer Natur: in praxi werden Gestaltungsphasen kaum je vollkommen frei erfunden, wobei nicht klar ist, ob an einer solchen freien Vereinbarung kein Interesse besteht oder ob den Beteiligten die durchgängig ablehnende Haltung der Rechtswissenschaft bekannt ist. Nicht selten werden aber in Verträgen die Voraussetzungen, unter denen nach dem Gesetz Gestaltungsphasen erhoben werden können, erweitert, wie ein Blick in die Judikatur zu § 315 ff. BGB zeigt¹². Nach § 315 Abs. 1 BGB hat eine Vertragspartei, die

¹² Nach *Schlösser* (s. Fn. 1), S. 132 ff. handelt es sich nicht um eine Gestaltungsphase. *Schlösser* begründet diese Einordnung damit, daß man sich auch inzident (also in einem Prozeß, in dem es primär nicht um die Gestaltung geht) auf die Gestaltung berufen könne. Ob diese Einordnung richtig ist, soll hier offenbleiben. Die hier aufgezählten Überlegungen gelten jedenfalls auch dann, wenn man mit *Schlösser* davon ausgeht, es handele sich um »Festsetzungsurteile«.

die geschuldete Leistung zu bestimmen hat, dies im Zweifel nach billigem Ermessen zu tun. Nach Abs. 3 erfolgt die Leistungsbestimmung durch Urteil, wenn die Festsatzung durch den Berechtigten verzögert wird oder unbillig ist. Gleiches gilt nach § 317 BGB, wenn eine Leistung durch einen Dritten – also nicht durch die Vertragspartei – bestimmt werden soll. Freilich ist die Festsatzung eines Dritten nur dann nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Das Gesetz steht also in beiden Fällen eine Gestaltung des Rechtsverhältnisses durch Urteil vor, freilich nur, nachdem zuvor ein anderer – sei es nun eine Vertragspartei oder ein Dritter – bei der Leistungsbestimmung versagt hat.

Es kommt nun des öfteren vor, daß diese »Notkompetenz« der Gerichte den Vertragsparteien nicht genügt, und sie stat dessen vereinbaren, das Gericht möge die geschuldete Leistung selbst sofort festsetzen. Symptomatisch ist etwa ein 1977 entschiedener Fall des I. Senats des Bundesgerichtshofs¹³, in dem der Beklagte eine Vertragsstrafe versprochen hatte, »deren Höhe in jedem Einzelfall von der 6. Zivilkammer des Landgerichts festzusetzen« war. Nur zwei Monate später hatte der V. Senat über die Erhöhung eines Erbbauzinses zu entscheiden¹⁴. Die Parteien hatten lediglich vereinbart, daß der Erbbauberechtigte an einer angemessenen Erhöhung des Zinses mitzuwirken habe. Späterhin konnten sie dann aber darüber, ob eine solche »angemessene« Erhöhung von dem Erbbauverpflichteten verlangt worden war oder ob sein Begehren überhöht gewesen war, keine Einigung erzielen. Da in dem Vertrag nicht vereinbart war, was in diesem Fall gelten sollte, erzwang der BGH, ob nun eine Festsatzung des Zinses durch das Gericht zu erfolgen habe.

Auf den ersten Blick mag es verwunderlich erscheinen, daß die Entscheidung gegenständiglich ausgefallen sind. Der I. Senat hat die Festsatzung der Vertragsstrafe verweigert. Lapidar führt er aus: »Die Parteien können nicht durch eine vertragliche Vereinbarung dem Gericht die Aufgabe übertragen, den Inhalt eines von ihnen geschlossenen Vertrages durch eine vertragsgestaltende Erklärung zu ergänzen¹⁵.«

Ganz anderes liest man in dem Urteil des V. Senats. Hier heißt es: Die Vertragspartei verzichteten »darauf, den Umfang der Anpassung zunächst außerhalb gerichtlicher Auseinandersetzung zu bestimmen oder bestimmen zu lassen«. Hieraus zieht der Senat sodann im Wege der Vertragsauslegung den Schluß, daß die geschuldete Leistung vom Gericht festzusetzen sei. Ob eine solche Aufgabenteilung an die Gerichte durch die Parteien überhaupt erfolgen kann, wird in dem genannten Urteil nicht diskutiert.

¹³ WM 1978, 64.

¹⁴ WM 1978, 228; aufrechterhaltend in BGHZ 71, 276, 284 (Grundstückspreis); WM 1981, 899, 902 (Erbbauzins).

¹⁵ Ebenso BGH, I. Senat, zu § 317; OLG Bamberg, NJW 1950, 917; anderer Ansicht OLG Hamburg, WRP 1968, 301; OLG Karlsruhe, WRP 1975, 306; Lmdacher, BB 1978, 270 für die Festsatzung der Höhe einer Vertragsstrafe.

Der eingangs geschilderte Grundsatz, daß eine Gestaltungsakten nur erhoben werden kann, wenn dies gesetzlich so vorgesehen ist, spricht für das Ergebnis des I. Senats. Denn mit der Zuweisung des Bestimmungsrechts an das Gericht, ohne daß zuvor ein anderer die Festsatzung versucht hatte, wird dem Gericht eine gesetzlich nicht vorgesehene Aufgabe der Vertragsgestaltung aufgegeben.

Dieser Argumentation ist von Mayer-Maly allerdings entgegengehalten worden, die Gerichte dürfen die Gestaltung bei entsprechender Parteivereinbarung vornehmen, sie müssen dies aber nicht tun¹⁶. Aber diese Überlegung überzeugt letztlich nicht. Denn schließlich können die Gerichte darüber, ob sie nun tätig werden wollen oder nicht, nicht nach Belieben einmal so und einmal anders entscheiden. De facto käme es daher eben doch dazu, daß durch Urteil Rechtsverhältnisse gestaltet würden, ohne daß dies gesetzlich vorgeschrieben wäre.

Daher bleibt es bei dem Grundsatz des Numerus clausus der Gestaltungsakten auch im Bereich des § 315 ff. BGB. Die Parteien müssen sich im Fall des I. Senats also erst einmal selber helfen. Dazu stehen ihnen mehrere Wege offen. Sie können die Festsatzung der Strafe entweder, wie es vielfach geschieht, schon im Vertrag vornehmen oder sie einer Vertragspartei oder einem neutralen Dritten zuweisen. Das Gericht kann eine solche Strafe dann – sollte sie überhöht sein – nach § 343 BGB herabsetzen bzw. nach §§ 315 Abs. 3, 319 Abs. 1 BGB überprüfen. Mehr aber auch nicht.

Auch in diesem Fall zeigt sich also wieder, daß die gesetzliche Regelung die Parteien in Pflicht nimmt und damit zugleich gerichtsentlastend wirkt: denn es ist etwas anderes, ob eine festgesetzte Strafe darauf zu kontrollieren ist, ob sie unverhältnismäßig hoch (so § 343 BGB) oder offenbar unbillig (so § 319 Abs. 1 BGB) oder unbillig (so § 315 Abs. 3 BGB) ist, oder ob das Gericht die Strafe selbst festzusetzen hat. Insofern findet sich in dem Urteil des V. Senats der durchaus überzeugende Hinweis, daß im Bereich des § 315 Abs. 3 BGB – und gleiches gilt für die anderen genannten Normen ebenfalls – nur die Einhaltung einer Obergrenze vom Gericht zu überprüfen ist. Das ist etwas anders als die Ermittlung der »angemessenen Summe«. Dies soll nach der gesetzlichen Regelung eben nur geschehen, wenn die Festsatzung durch die Parteien oder durch den Dritten fehlgeschlagen ist.

Um den mit der Leistungsbestimmung nach Billigkeit verbundenen Schwierigkeiten zu entgehen, zeigt die Judikatur im Bereich anderer Rechtsfiguren auch stets Zurückhaltung, wenn es um die Bestimmung einer »angemessenen« Leistung geht¹⁷. Die Rechtsprechung hat sich beispielsweise mehrfach gewei-

¹⁶ Staudinger/Mayer-Maly, BGB, 12. Aufl., § 317 Rdnr. 4.

¹⁷ So die treffende Beobachtung von Baur, Vertragliche Anpassungsregelungen, 1983, S. 63 f.

gert, der Klage aus einem Vorvertrag statzugeben, wenn dieser nicht so bestimmt gefaßt ist, daß *per Auslegung* der Inhalt des Hauptvertrages ermittelt werden kann¹⁸. Im Bereich des AGB-Gesetzes findet sich wiederholt das Argument, eine gelungserhaltende Reduktion könne schon deshalb nicht durchgeführt werden, weil der Richter nicht bestimmen könne, was angemessen oder gerade noch angemessen sei und daher statt des Vereinbaren geschuldet sei¹⁹. Ebenso zurückhaltend werden von der Judikatur die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gehandhabt, die zu einer Anpassung des betroffenen Vertrages an die veränderten Umstände führen. Immer wieder wird betont, daß nur »zur Vermeidung eines untragbaren mit Recht und Gerechtigkeit nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnisses« eine Vertragsanpassung durchgeführt werden könnte²⁰. Warum im Bereich der §§ 315 ff. BGB großzügiger verfahren werden sollte, bleibt unklar, zumal, wie geschildert, andere Gestaltungsmöglichkeiten in breitem Umfang zur Verfügung stehen.

Der Blick auf diese vergleichbar liegenden Fallgestaltungen macht zugleich deutlich, daß die genannte Entscheidung des V. Senats zur Anpassung des Erbbauzinses entgegen einem ersten Eindruck wohl doch nicht ganz so anders liegt als das Urteil des I. Senats zur Vertragsstrafe. Denn der im Erbbaufall auszuliegende Vertrag bot immerhin einige Anhaltspunkte für die Anpassung des geschuldeten Zinses, so daß der BGH wohl aus diesem Grund zur Umgestaltung des Vertrages neigte. Die bereits geschilderte Judikatur zum Vorvertrag zeigt aber, daß dies nur richtig gewesen wäre, falls die Anpassungsklausel so präzise gefaßt war, daß *per Vertragsauslegung* die Höhe des geschuldeten Zinses bestimmt werden konnte²¹. Sollte dies der Fall sein, so geht es naturgemäß nicht mehr um eine Gestaltung, sondern eben nur um Auslegung²². Diese ist zweifelsohne immer möglich.

Die Literatur zu §§ 315 ff. BGB schwankt. Zwar findet sich vielfach die Grundaussage, Dritter i. S. des § 317 BGB könnten die Gerichte nicht sein²³. Diese seien nach der gesetzlichen Regelung für die Bestimmung der Leistung

- 18 MünchKomm.-Kramer, BGB, vor § 145 Rdnr. 37, dort auch die Schilderung der nicht ganz einheitlichen Rechtsprechung; Lorenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl., § 7 I. Auch OLG Hamm, ZIP 1986, 1188, 1193.
 19 Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 1984, § 9 Rdnr. 128; Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 4. Aufl., § 6 Rdnrn. 19 ff. m. w. N.
 20 BGH, JR 1979, 60, 61; LM Nr. 88 zu § 242 (Bb) BGB; Baur (s. Fn. 17), S. 65; Lorenz (s. Fn. 18), § 21 II.
 21 So wohl auch Soergel/Wolff, BGB, 11. Aufl., § 315 Rdnr. 32, 317 Rdnr. 9; anderer Ansicht Steindorff, BB 1983, 1127, 1130.
 22 BGH, LM § 157 (Ge) BGB Nr. 14; auch in diesem Fall ging es um die Anpassung des Erbbauzinses; BGH, BB 1965, 103; BGH, WM 1968, 575.
 23 MünchKomm.-Söllner, BGB, 2. Aufl., § 317 Rdnr. 7; Habscheid (s. Fn. 7), S. 782, 797 bei Fn. 33 a; RGK-Balhaus, BGB, 12. Aufl., § 317 Rdnr. 4; etwas einschränkend Sandtgen/Mayer-Maly (s. Fn. 16), § 317 Rdnr. 4.

nach § 317 Abs. 1 nicht vorgesehen – ein Ergebnis, an dem man schon deshalb kaum zweifeln kann, weil nach dem Wortlaut der Norm die Gerichte eben nur die geschilderte Norkompetenz haben. Die Gesetzesgeschichte läßt zudem deutlich werden, daß genau dies auch intendiert war: Während die erste Kommission noch davon ausging, daß der Vertrag nichtig sei, wenn der Dritte die Leistungsbestimmung nicht vornehme²⁴, meinte die 2. Kommission, eine solche Rechtsfolge entspreche nicht dem Willen der Vertragspartner²⁵. Daher sollte man, wenn der Dritte nicht tätig werde, die Leistungsbestimmung durch die Gerichte zulassen. Wirklich ernst wird dann aber die geschilderte, von der Gesetzgeschichte gestützte Interpretation der Literatur doch nicht genommen. Vielmehr stimmt man vielfach auch der Erbbauzinsentscheidung zu, ohne diesen Widerspruch beim Namen zu nennen²⁶. Lediglich Söllner sagt offen, daß auf diese Weise die Gerichte letztlich eben doch zum Leistungsbestimmenden Dritten werden²⁷.

Schlösser hat die Benennung des Gerichts unmitteibar als leistungsbestimmenden Dritten i. S. des § 317 BGB mit dem Hinweis darauf zu rechtfertigen versucht, daß die Parteien auch eine Person als Dritten benennen könnten, die die Leistung höchstwahrscheinlich nicht bestimmen könne oder werde. Dann werde die Norkompetenz der Gerichte auch nahezu stets praktisch²⁸. Überzeugen kann aber auch dieser Hinweis nicht. Denn eine solche schon fast mißbräuchliche Ausnutzung des Bestimmungsrechts kann nicht zur allgemeinen Legitimation eines solchen Verhaltens dienen. Hinzu kommt, daß die von Schlösser angesprochene Vertragsgestaltung schon deshalb kaum praktisch werden wird, weil die Vertragsparteien stets damit rechnen müssen, daß der Dritte sein Leistungsbestimmungsrecht doch ausnutzt. Es sind daher, soweit ersichtlich, Verträge dieser Art auch nicht bekanntgeworden.

Demgemäß sollte man an der eingangs aufgezeigten klaren Linie festhalten: Eine Vertragsgestaltung durch die Gerichte kommt nur in Frage, wenn die gesetzlich niedergelegten Voraussetzungen hierfür erfüllt sind, also nach §§ 315 Abs. 3, 319 Abs. 1 BGB nur dann, wenn die Bestimmung der Leistung durch einen anderen bereits gescheitert ist. Diese Vorschaltung eines anderen Bestimmungsverfahrens wirkt offensichtlich gerichtsuntastend. Eine Beiseiteschiebung dieser Regelung kommt nicht in Frage, zumal, wie geschildert, andere Gestaltungsformen in genügendem Ausmaß zur Verfügung stehen. Daß die Zwischenschaltung eines Dritten auch durchaus zweckmäßig ist, zeigt nicht

- 24 *Mingdan*, Die gesamten Materialien zum BGB, 1899, Band 2, S. 106.
 25 *Mingdan* (s. Fn. 24), S. 625 f.
 26 MünchKomm.-Söllner (s. Fn. 23), § 315 Rdnr. 4; Sandtgen/Mayer-Maly (s. Fn. 16), § 315 Rdnr. 50; Steindorff, BB 1983, 1127, 1130.
 27 MünchKomm.-Söllner (s. Fn. 23), § 315 Rdnr. 7.
 28 (Siehe Fn. 1), S. 294.

zuletzt auch die Tatsache, daß de lege ferenda vorgeschlagen wird, der Vertragsanpassung durch die Gerichte nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage unter Umständen eine Leistungsbestimmung durch einen Dritten vorzuschalten²⁹.

IV. Die handelsrechtlichen Gestaltungslagen

Auch im Bereich der handelsrechtlichen Gestaltungslagen kommt es vor, daß vertraglich die Voraussetzungen für eine solche gerichtliche Umgestaltung der Vertragsverhältnisse erweitert werden. Das Gesetz sieht eine Gestaltungslage nur vor, wenn ein wichtiger Grund für die angestrebte Rechtsfolge gegeben ist (§§ 140, 133, 127, 117 HGB, § 61 GmbHG). Die Auflösung der Gesellschaft, der Ausschluß eines Gesellschafters und die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis bzw. -vertretungsmacht durch Urteil ist nur vorgesehen, falls ein wichtiger Grund für eine solche Maßnahme vorliegt.

Die Vertragspartner zählen nun vielfach Beispielfälle dafür auf, was ein solcher wichtiger Grund sein soll. Diese Kataloge sind weitgehend unproblematisch, da sie dem Gericht nur deutlich machen, was in der in Rede stehenden Gesellschaft nicht geduldet werden soll, und daher einen wichtigen Grund abgibt³⁰. Schwierig wird die Sache erst, wenn Beispielfälle genannt werden, bei denen es sich beim besten Willen nicht mehr um einen wichtigen Grund handelt, wie etwa in einem Katalog von Auflösungsgründen der Konkurs eines Gesellschafters in einer GmbH mit vielen Gesellschaftern oder die fehlende Bereitschaft zur Mitarbeit in einer OHG, die bereits mehrere Gesellschafter hat, die nicht im Unternehmen tätig sind. In diesem Fall fragt es sich dann, ob auch für die Geltendmachung dieser Gründe das Gestaltungsklageverfahren vorgesehen werden kann oder ob die Gesellschafter die angestrebte Rechtsfolge nur durch eine entsprechende Beschlussfassung herbeiführen können.

Ein großer Teil der Literatur hält die Erweiterung der Voraussetzungen der Gestaltungsklage durch Beispielskataloge uneingeschränkt für zulässig³¹. Zur Begründung wird angeführt, daß das Gesetz selbst die Klage als die zur Erreichung der angestrebten Rechtsfolge zweckmäßigste Form betrachtet habe und dies auch dann nicht anders sei, wenn die Vertragsparteien weitere Gründe im Gesellschaftsvertrag aufzählen³².

29 Horn, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band 1, 1981, S. 551, 583. Siehe auch die Ausführungen von Baar (Fn. 17), S. 63 ff., der die direkte Gestaltung durch den Richter für unzweckmäßig hält.

30 Grunewald, Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, 1988, S. 169.

31 Düringer/Hachenburg/Flechheim, HGB, 3. Aufl., § 133 Anm. 18; Hueck (s. Fn. 1), S. 287, 294; Rowedder/Kasner, GmbHG, § 61 Rdnr. 3; Scholz/Karsten Schmidt, GmbHG, 6. Aufl., § 61 Rdnr. 2; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 7. Aufl., § 61 Rdnr. 51. 32 Düringer/Hachenburg/Flechheim (s. Fn. 31), § 133 Anm. 18; ähnlich auch Hueck (s. Fn. 1), S. 287, 294.

Aber diese Überlegung ist schon deshalb nicht überzeugend, weil es ja nicht darum geht, ob eine angestrebte Rechtsfolge am zweckmäßigsten durch Urteil herbeigeführt wird. Dies werden die Vertragspartner selbst am besten wissen, so daß unter diesem Aspekt betrachtet wohl nie Zweifel an der Gültigkeit der Vereinbarung, nach der eine Abänderung des Vertrages durch Urteil erfolgen soll, aufkommen könnten. Die Problematik liegt aber an einem anderen Punkt: Zu fragen ist, ob die Parteien dem Gericht diese zusätzliche Aufgabe zuweisen dürfen oder ob die Gerichte die angestrebte Umgestaltung nur dann durchzuführen haben, wenn der vom Gesetz geforderte wichtige Grund vorliegt.

Daß allein das Abstellen auf die Frage, ob die Herbeiführung der angestrebten Umgestaltung durch Urteil zweckmäßig ist, nicht zu überzeugenden Ergebnissen führt, zeigt insbesondere ein Beitrag von Alfred Hueck³³. Hueck schließt sich der geschilderten These an und hält demgemäß die Aufzählung von Beispielfällen für das Vorliegen eines wichtigen Grundes uneingeschränkt für zulässig. Sodann wendet er sich der Frage zu, ob bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung auch die ordentliche Kündigung der Gesellschaft an eine Gestaltungsklage gebunden werden könne. Dies geht ihm dann aber ganz zu Recht doch zu weit und er versucht sodann darzulegen, daß in diesem Fall die Gestaltungsklage weniger zweckmäßig sei, als wenn es um die Aufzählung von Beispielfällen für einen wichtigen Grund gehe.

Dieser Nachweis kann schon deshalb nicht gelingen, weil die entscheidend für die Gestaltungsklage sprechenden Überlegungen, nämlich der Wunsch der Gesellschafter nach Rechtsicherheit in bezug auf die Frage, ob die angestrebte Rechtsfolge nun eingetreten ist oder nicht, in beiden Fällen gleichermaßen gegeben sein können. Auch bei einer ordentlichen Kündigung können viele Zweifelsfragen aufkommen. So kann etwa unklar sein, ob das Kündigungsrecht wirksam vereinbart ist, ob die Fristen eingehalten wurden oder ob das Kündigungsrecht treuwidrig ausgenutzt wurde. Zwar meint Hueck, bei der ordentlichen Kündigung komme es seltener zum Streit. Aber selbst wenn dies zuträfe, was unbewiesen ist, so würde daraus doch nicht folgen, daß eine vertragliche Vorsorge für den Fall, daß es doch zum Streit kommt, unzulässig wäre. Wenn man aber auch die ordentliche oder die an einen nur als wichtig bezeichneten Grund anknüpfende Kündigung an eine Gestaltungsklage binden würde, so würde man wiederum den Gerichten eine Aufgabe zuweisen, die sie nach der gesetzlichen Regelung nicht zu erfüllen haben.

Diesem Ergebnis hat allerdings Schlosser³⁴ unter Hinweis darauf widersprochen, daß die Gesellschafter auch vereinbaren können, jeder Gesellschafter sei,

33 Siehe Fn. 1, S. 287 ff., 292.

34 Schlosser (Fn. 1), S. 292 ff. trägt seine Gedanken allgemein für eine gebundene Gestaltung vor, worunter er Gestaltungen ohne Ermessen versteht. Die hier angestellten Überlegungen zeigen, daß nur in einem zweiseitigen Vertrag die Argumentation von

wenn ein im Beispielskatalog genannter Grund vorliege, zur Zustimmung zu der angestrebten Umgestaltung verpflichtet. Dies liefe, so *Schlösser*, auf das selbe hinaus wie die Vereinbarung von Gestaltungsakten.

An diesem Gedanken ist sicher richtig, daß auch bei einer solchen Vereinbarung das Gericht zu prüfen hätte, ob die Voraussetzungen für die Umgestaltung erfüllt sind. Gleichwohl überzeugt dieser Hinweis nicht. Denn eine solche Vereinbarung, die die Gesellschafter in eine Vielzahl von Prozessen verwickeln würde, wird rein praktisch nicht vorkommen. Denn schließlich müßte ja jeder dissentierende Gesellschafter auf Zustimmung verklagt werden³⁵. Daher kann der Hinweis auf eine solche Vertragsgestaltung auch nicht dazu dienen, die Vereinbarung von Gestaltungsakten im Handelsrecht allgemein zu legitimieren.

Diese Schwierigkeiten, die mit der Anbindung von Gestaltungsakten an Beispielskataloge für wichtige Gründe verbunden sind, vermeidet die Sichtweise von *Ulmer*³⁶. Seiner Meinung nach ist das Gericht an die Beispielskataloge nicht uneingeschränkt gebunden. Vielmehr ergebe sich per Vertragsauslegung, daß dem Gericht ein Beurteilungsspielraum bezüglich der Frage zustehen solle, ob in einem konkreten Fall trotz Vorliegen der Tatbestandsmerkmale eines Beispielsfalls die Fortdauer der alten Rechtslage wirklich unzumutbar ist. Nur wenn das der Fall sei, könne die Gestaltungsakten-Erfolg haben.

Im Ergebnis spricht sich viel für die Überlegungen *Ulmers*. Aber es fragt sich doch, ob man wirklich per Vertragsauslegung zu diesem Resultat kommen kann. Denn die Verträge lassen regelmäßig wenig Spielraum für eine solche Auslegung. Vielmehr heißt es oftmals schlicht und einfach, daß ein wichtiger Grund vorliege, wenn die aufgezählten Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Man sollte den Parteien nicht unterstellen, mit dieser Formulierung sei es ihnen nicht ernst gewesen.

Im Grunde genommen hilft auch in diesem Fall wieder nur die klare Aussage³⁷, daß die Gestaltungsakten eben an das Vorliegen eines wichtigen Grundes gebunden ist und in anderen Fällen nicht erhoben werden kann. Es ist auch durchaus sinnvoll, an diesem vom Gesetz aufgestellten Grundsatz festzuhalten. Nur dann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, drängt es wirklich mit der

Schlösser richtig ist. Da sie zudem nur gebundene Entscheidungen betrifft, wird nur ein Ausnahmehereich erfaßt, so daß sich auf diesem Wege die Aufhebung des Grundsatzes des Numerus clausus der Gestaltungsakten nicht rechtfertigen läßt.

³⁵ Dies ist für die GmbH unstritten. Teilweise wird gesagt, es könne bei treuwidriger Stimmabgabe direkt darauf geklagt werden, daß der Beschluß anders laute als in der Gesellschafterversammlung formuliert (sogenannte »positive« Beschlußfeststellungsakten). Siehe *Bannbach/Hweck/Zöllner*, GmbHG, 14. Aufl., § 61 Rdnr. 93, und *Karsten Schmidt*, NJW 1986, 2018, 2021.

³⁶ Großkommentar zum HGB § 140 Rdnr. 50, § 133 Rdnr. 72.

³⁷ So letztlich auch *Hweck* (s. Fn. 1), S. 287, 294.

Umgestaltung. In den anderen Fällen können die Betroffenen durchaus erst einmal auf den Weg der Selbsthilfe verwiesen werden. Wenn die Komplexität der angestrebten Rechtsfolge einen gewissen Druck in Richtung Einigung unter den Gesellschaftern ausübt, so ist das nur heilsam.

Dieser Lösung könnte man entgegenhalten, daß sie insofern neue Probleme schafft, als nun in jedem Einzelfall überprüft werden muß, ob die angeführten Beispielfälle wirklich ein wichtiger Grund sind oder nicht. Doch wird dies im Regelfall keine Schwierigkeiten bereiten. Denn, wie bereits geschilbert, bestimmen die Gesellschafter weitgehend selber, wie ihre Gesellschaft ausgestaltet werden soll, und damit auch, was bei ihnen als wichtiger Grund gilt. Es geht also nur um die Aussonderung der eklatanten Fälle, die im Grunde genommen nur dazu dienen, die Gestaltungsakten auch für die Umgestaltung ohne besonderen Anlaß zu usurpieren, in dem beispielhaft aufgezählt wird, was offensichtlich nur eine Vertragsabänderung durch die Gesellschaft selbst rechtfertigen würde.

Folgt man dem hier vertretenen Ergebnis und läßt demgemäß die Gestaltungsakten in den genannten Fällen nicht zu, so heißt das freilich nicht, daß die Gesellschafter überhaupt keine Konsequenzen aus der Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des Beispielsfalls ziehen könnten. Es steht ihnen vielmehr frei, die erwünschte Rechtsfolge durch Beschluß herbeizuführen, nur der Weg der Gestaltungsakten ist ihnen versperrt. Man wird wohl sogar so weit gehen können, daß ein Vertrag, der eine unzulässige Gestaltungsakten vorsieht, dahin gehend ergänzt wird, die Umgestaltung solle dann eben durch Beschluß möglich sein.

Noch in einem weiteren Punkt kommt es im Bereich der handelsrechtlichen Gestaltungsakten zu einer vertraglichen Erweiterung der vom Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen für die Erhebung von Gestaltungsakten: Nach § 61 Abs. 2 GmbHG kann die Auflösungsklage nur von Gesellschaftern erhoben werden, die zusammen 10 % des Stammkapitals halten. Diese Schranke wird nun hin und wieder herabgesetzt, so daß laut Vertrag etwa schon eine Beteiligung von 5 % am Stammkapital der GmbH für die Klageerhebung ausreicht, oder sogar jeder Gesellschafter die Auflösungsklage erheben kann, ganz unabhängig von seiner Beteiligungsquote.

Die Literatur hält eine solche vertragliche Vereinbarung für unproblematisch. Zur Begründung weist man darauf hin, daß § 61 GmbHG dem Minderheitenschutz diene und durch ein Absenken der für die Klage erforderlichen Beteiligungsquote diesem gesetzlichen Ziel nur um so wirkungsvoller Rechnung getragen werde³⁸. Auf den Grundsatz des Numerus clausus der Gestaltungsakten ist dies nicht anwendbar.

³⁸ *Rowedden/Ratner* (s. Fn. 31), § 61 Rdnr. 3; *Rückersberg*, *Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift* 1940, A 205, 214; *Scholz/Karsten Schmidt* (s. Fn. 31), § 61 Rdnr. 2; *Hachenburg/Ulmer* (s. Fn. 31), § 61 Rdnr. 52.

tungsklagen kommt man in diesem Zusammenhang nicht zu sprechen. Bedenken gegenüber dieser h. M. finden sich allerdings bei *Scholz*³⁹, der auf den Wortlaut des Gesetzes hinweist, nachdem die Klage nur erhoben werden kann, wenn die Gesellschafter 10 % des Stammkapitals halten.

Die geschilderte Literaturansicht geht von der sicher richtigen Überlegung aus, daß der Minderheitenschutz durch eine Abschwächung der in § 61 Abs. 2 GmbHG genannten Voraussetzungen für die Erhebung der Gestaltungsklage effektiviert wird. Freilich ist dies nicht der einzige und wohl nicht einmal der zweckmäßigste Weg, auf dem dieses Ziel erreicht werden könnte. Sinnvoller ist es zumindest im Regelfall, dem Gesellschafter, der an der Fortsetzung der Gesellschaft kein Interesse hat, ein Austrittsrecht einzuräumen, da auf diese Weise den übrigen Gesellschaftern die GmbH erhalten bleibt.

Doch mag dies letzten Endes hier dahinstehen. Das Gesetz fordert jedenfalls die Überschreitung einer gewissen Relevanzschwelle, bevor es die Bemühungen der Gerichte für erforderlich hält. Hieran sind die Gesellschafter gebunden. Daß diese Grundhaltung des Gesetzes durchaus sinnvoll ist, zeigt die in der Literatur deutlich feststellbare Tendenz⁴⁰, die Auflösungsklage für subsidiär gegenüber jedem anderen Rechtsbehelf (wie etwa dem Ausschuß oder Austritt) zu halten. Warum diese restriktive Haltung dann aufgegeben werden soll, wenn es um die vertragliche Vereinbarung abgeschwächter Klagevoraussetzungen geht, bleibt unklar.

V. Zusammenfassung

Der Grundsatz des Numerus clausus der Gestaltungsklagen wird verbal nahezu durchgängig eingehalten. In der praktischen Durchführung bekennnt man sich dann allerdings, sieht man einmal von der Lösung von Schulbeispielen ab, nicht mehr gleichermaßen zu ihm. Vielmehr weicht man allgemein die gesetzlich für eine solche Klage genannten Voraussetzungen auf und läßt der Vertragsfreiheit einen nicht zu unterschätzenden Spielraum. Das hat der Blick auf §§ 315 ff. BGB wie auch auf die handelsrechtlichen Gestaltungsklagen deutlich gemacht. Diese Unstimmigkeiten wären hinnehmbar, wenn für den genannten Grundsatz keine vernünftigen Gründe sprächen. Daß dem nicht so ist, sollte gerade in einer Zeit, in der die öffentlichen Mittel weniger reichlich fließen, einleuchten. Auch Rechtsprechung ist ein knappes Gut, das mit Bedacht verteilt sein will. Eine Gestaltung durch Richterspruch ist den Betroffenen verschlossen, wenn

nicht die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen für eine solche Klage erfüllt sind. In den anderen Bereichen wird die Privatautonomie zur Pflicht: die Parteien als die Hauptbetroffenen müssen sich primär selber helfen.

Daher trifft ein Wort *Flumes* zur Rechtsfigur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auch für die vorliegenden Fallgestaltungen zu. *Flume* sagt⁴¹: »Steht man so die richterliche Aufgabe, dann ist evident, daß diese Rechtsgestaltung nicht die Angelegenheit eines jeden Tages sein kann, wenn auch jeder Tag die Anregung geben mag.«

⁴¹ Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., S. 528.

Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Zwangsvollstreckung im griechischen Recht

Von Prof. Dr. Kostas Bey's, Athen

1. Problemstellung

Den Gegenstand meines Beitrags¹ bilden folgende Fragen: Ist die Zwangsvollstreckung verfassungsrechtlich neutral? Hat danach der Gesetzgeber im Bereich des Zwangsvollstreckungsrechts einen verfassungsrechtlich freien Beurteilungsspielraum, um die einschlägige Materie so zu regeln, wie er es zur Befriedigung praktischer Bedürfnisse für zweckmäßig hält? Oder haben dagegen die in der Verfassung verankerten Grundrechte auch für die Zwangsvollstreckung Bedeutung, die der Gesetzgeber bei der Normierung des Zwangsvollstreckungsrechts zu beachten hat?

Die Frage der Verfassungswidrigkeit von Bestimmungen des Zwangsvollstreckungsrechts hat die griechische Rechtsprechung und Literatur in der letzten Zeit in zunehmender Weise beschäftigt. Die konkreten Probleme der griechischen Gerichtspraxis sind nicht dieselben wie die der deutschen Gerichtspraxis. So könnte die Darlegung anderer Aspekte aus dem Fragenkomplex auch für die deutsche Prozeßrechtswissenschaft von Interesse sein.

2. Aufhebung der Vollstreckungsfähigkeit rechtskräftiger Urteile

Hinsichtlich der Abgrenzung des Zwangsvollstreckungsrechts von der Verfassung hat folgende Frage die griechische Rechtsprechung und Theorie zunächst

¹ Vortrag an der Juristischen Fakultät der Universität Erlangen-Nürnberg.

³⁹ GmbHG, 5. Aufl., § 61 Rdnr. 1.

⁴⁰ *Fischer/Luttermann/Hommelhoff*, GmbHG, 12. Aufl., § 61 Rdnr. 1; *Roswedder/Rasner* (s. Fn. 31), § 61 Rdnr. 2; *Scholz/Karsten Schmidt* (s. Fn. 31), § 61 Rdnr. 3; *Baumhach/Hueck/Schulze/Osterloh*, GmbHG, 14. Aufl., § 61 Rdnr. 5; *Haaberyng/Ulmer* (s. Fn. 31), § 61 Rdnr. 4.