

deshalb in ihren Wirkungen ausschließlich auf das spanische Zwangsvollstreckungsverfahren beschränkende Frist handelt oder ob dem Art. 518 LEC auch materiell-rechtliche Wirkungen zugesprochen werden. Im letzteren Fall könnte sich der Schuldner u. U. auch in einem im Ausland – z. B. in Deutschland – auf Grundlage eines spanischen Vollstreckungstitels eingeleiteten Zwangsvollstreckungsverfahren auf den Ablauf der Ausschlussfrist berufen. Die Verortung der Ausschlussfrist in der spanischen Zivilprozessordnung spricht zwar zunächst für eine ausschließlich prozessuale Relevanz der Vorschrift. In der spanischen Rechtsprechung sind indes Tendenzen zu verzeichnen, die auf eine materiell-rechtliche Implikation hindeuten, soweit ausgeführt wird, dass der ausgerichtete Betrag nach Ablauf der Ausschlussfrist „nicht mehr geschuldet“ ist³⁶. Die Ausschlussfrist soll nicht eine Formfrage betreffen, sondern einen Parameter regeln, der die „Aktualität des Rechts und seine Einforderbarkeit, also eine inhaltliche Frage“ betrifft³⁷. Auch ist zu lesen, dass das spanische Urteil „seine Wirkung verliert und verfällt“³⁸, was darauf hindeutet, dass das Urteil selbst seine rechtliche Existenz einbüßt und demgemäß aus ihm auch im Ausland nicht vollstreckt werden könnte.

VI. Schlussbetrachtung

Befindet sich in Spanien Schuldnervermögen, ist der Gläubiger gut beraten, wenn er zügig handelt. Anderenfalls setzt er sich der Gefahr aus, dass sein Vollstreckungstitel wegen Ablaufs der fünfjährigen Ausschlussfrist jedenfalls in Spa-

nien wertlos wird. Der Schuldner könnte diese Rechtslage nutzen, um sich und sein Vermögen in Spanien vor dem Gläubigerzugriff in Sicherheit zu bringen. Obschon eine entsprechende „gläubigerfreundliche“ Tendenz in der spanischen Rechtsprechung zu verzeichnen ist, sollten sich Gläubiger ausländischer Vollstreckungstitel nicht darauf verlassen, dass spanische Gerichte dem Vollstreckungstitel mit juristischen Kunstgriffen über die Hürde des Art. 518 LEC hinweghelfen.



Dr. Alexander Steinmetz

Mag. iur., Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. Er ist gemeinsam mit Rechtsanwalt und Abogado Dr. Burckhardt Löber namensgebender Partner der Kanzlei Löber & Steinmetz, Partnerschaft von Rechtsanwälten. Die Kanzlei ist auf dem Gebiet des deutsch-spanischen Rechts- und Wirtschaftsverkehrs spezialisiert. Hierbei stehen zurzeit wirtschafts-, immobilien- und erbrechtliche Fragestellungen im Vordergrund. 2008 ist die von den Autoren Löber/Lozano/Steinmetz verfasste Monographie „Ausländer in Spanien – Hinweise, Rechte, Möglichkeiten“ in 6. Auflage erschienen. Auch das im gleichen Jahr in 2. Auflage erschienene Gemeinschaftswerk „Handels- und Wirtschaftsrecht in Spanien“ enthält Beiträge beider Partner (Webadresse: www.loeber-steinmetz.de).

- 36 AP Santa Cruz de Tenerife, Ur. v. 22. 6. 2007, Az. 240/2007.
 37 AP Barcelona, Beschl. v. 4. 7. 2007, Az. 199/2007.
 38 AP La Coruña, Beschl. v. 27. 3. 2007, Az. 39/2007.

Dr. iur. Dott. Valerio Sangiovanni, LL.M., Avvocato/Rechtsanwalt, Mailand

Die Geschäftsführung italienischer Gesellschaften und das Schlichtungsverfahren nach der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003

Der italienische Gesetzgeber regelt ausdrücklich ein Schlichtungsverfahren, mit dem mögliche Konflikte in der Geschäftsführung einiger Gesellschaftstypen gelöst werden können. Dieses Verfahren unterscheidet sich eindeutig sowohl von dem normalen Zivilprozess als auch von der Schiedsgerichtsbarkeit. Es geht nämlich nicht darum, Rechtskonflikte zu lösen, sondern darum, Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Geschäftsführung von Gesellschaften zu beseitigen. Die Besonderheiten dieses Schlichtungsverfahrens werden im folgenden Artikel dargestellt und analysiert.

I. Einführung

Im Jahre 2003 wurde in Italien die wichtigste Reform des Gesellschaftsrechts seit der Einführung des Zivilgesetzbuches (im Jahre 1942) durchgeführt¹. Dieser Rechtsbereich

ist durch zwei Gesetzesverordnungen grundlegend reformiert worden:

- die Gesetzesverordnung Nr. 6/2003 hat das materielle Gesellschaftsrecht reformiert und insbesondere die Regelung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung² und die der Aktiengesellschaft³ umfassend novelliert;

- 1 Über das italienische Gesellschaftsrecht nach der Novelle von 2003 vgl. in deutscher Sprache Hilpold/Perathoner/Steinmair (Hrsg.), Die Reform des italienischen Gesellschaftsrechts, 2006; Hilpold/Brunner, ZVglRWiss 105 (2006), 519; Rossmann/Wurzer, Der Schweizer Treuhänder 2007, 263; Steinhauer, EuZW 2004, 364; Strnad, RIW 2004, 255.
- 2 Zur Regelung der italienischen GmbH auf Deutsch s. Sangiovanni, GmbHR 2008, 978 (Kontrollrecht der Gesellschafter); ders., ZInsO 2008, 298 (Darlehen der Gesellschafter); Lorenzetti/Strnad, GmbHR 2004, 731 (Reform von 2003). Auf Italienisch vgl. etwa Loffredo/Racugno, Società a responsabilità limitata, Giurisprudenza commerciale 2008, II, 241; Salafia, Il nuovo modello di società a responsabilità limitata, Le Società 2003, 5; Zanarone, Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata, Rivista delle società 2003, 58.

– die Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 hat zum ersten Mal einen speziellen Prozess für die Gesellschaften (*processo societario*) eingeführt.

Die Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 sieht drei verschiedene Wege zur Lösung von Streitigkeiten in Gesellschaften vor:

- Die erste Möglichkeit ist die klassische Einschaltung eines staatlichen Richters, der nach einem spezifisch für Gesellschaften vorgesehenen Verfahren entscheidet;
- der zweite Weg ist die gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit, die durch die Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 zum ersten Mal in Italien ausdrücklich geregelt worden ist⁴;
- schließlich können die Parteien ein besonderes Schlichtungsverfahren einleiten, das in Art. 37 der erwähnten Gesetzesverordnung geregelt ist.

Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 regelt die Lösung von Konflikten, die bei der Geschäftsführung einiger Gesellschaftstypen entstehen können. Die Bestimmung sagt, dass die Gründungsurkunden der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Personengesellschaften Klauseln enthalten können, durch die ein Dritter oder mehrere Dritte mit der Aufgabe betraut werden, mögliche Konflikte zu lösen, die zwischen den Personen, welche die Gesellschaft führen, entstehen können (Art. 37 Abs. 1 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003). Darüber hinaus enthält die Norm einige Verfahrensregeln. Nachfolgend wird Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003, d.h. das Institut der Schlichtung von Konflikten bei der Geschäftsführung von Gesellschaften, analysiert.

II. Die Natur des Schlichtungsverfahrens

Das Schlichtungsverfahren im Rahmen der Geschäftsführung von Gesellschaften ist ein dem deutschen Rechtssystem fremdes Institut. Das Institut kann aber mit ähnlichen Instituten des italienischen Rechts verglichen werden.

Es ist zuerst zu fragen, ob die Lösung von Konflikten in der Geschäftsführung eine Form der Schiedsgerichtsbarkeit (*arbitrato*) ist. Man könnte behaupten, dass die Schiedsgerichtsbarkeit zu bejahen ist, wenn die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

- Es entsteht eine Streitigkeit über Rechte;
- es ist eine Streitigkeit, die mit einem Schiedsspruch (d.h. mit einer gerichtsförmigen Entscheidung⁵), endet;
- der Schiedsspruch ist anfechtbar.

Diese Voraussetzungen liegen jedoch im Fall des Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 nicht vor. Erstens fehlt eine Streitigkeit über Rechte. Bei dem hier untersuchten Institut diskutiert man nicht, ob *in rechtlicher Hinsicht* der Geschäftsführer A oder der Geschäftsführer B Recht hat. Man diskutiert über etwas anderes, nämlich, ob eine gewisse Geschäftsführungsentscheidung der Gesellschaft vernünftigerweise getroffen werden soll oder nicht. Es geht nicht um eine Streitigkeit über Rechte, sondern um eine Meinungsverschiedenheit bezüglich der Geschäftsführung⁶. Ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen der Schiedsgerichtsbarkeit und dem hier untersuchten Institut ist die gerichtsförmige Natur der Entscheidung. Nach Art. 824-bis der italienischen Zivilprozessordnung hat der Schiedsspruch ab dem Datum seiner letzten Unterschrift die Wirkungen eines von einer gerichtlichen Instanz erlassenen Urteils. Dies gilt nicht für die Entscheidung eines Schlichters nach Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003. Ein dritter Unterschied betrifft

die Anfechtungsgründe. Der Schiedsspruch unterliegt bestimmten Anfechtungsgründen gemäß Art. 827 Abs. 1 der Zivilprozessordnung: wegen Nichtigkeit (*nullità*), Widerruf (*revocazione*) und Widerspruch des Dritten (*opposizione di terzo*). Die Entscheidung über den Geschäftsführungskonflikt kann hingegen nur bei Vorliegen einer expliziten Satzungsbestimmung eingefordert (Art. 37 Abs. 2 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003) und nur unter engen Voraussetzungen angefochten (Art. 37 Abs. 4 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003) werden. Wegen all dieser Unterschiede kann das hier untersuchte Institut nicht als „Schiedsgerichtsbarkeit“ qualifiziert werden.

Das Institut der „Lösung von Konflikten in der Geschäftsführung der Gesellschaft“ ähnelt mehr dem Schiedsgutachten (*arbitraggio*) als der Schiedsgerichtsbarkeit. Die wichtigste italienische Bestimmung zum Schiedsgutachten ist Art. 1349 des Zivilgesetzbuches, auf die Art. 37 der Geset-

3 Über die italienische Aktiengesellschaft vgl. in deutscher Sprache *Sangiovanni*, ZfRV 2005, 148; *ders.*, NZG 2001, 784.

4 Zur italienischen Regelung der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit s. etwa *Carpi*, Profili dell'arbitrato in materia societaria, *Rivista dell'arbitrato* 2003, 411; *Cerrato*, Arbitrato societario: legittimità costituzionale dell'introduzione a maggioranza della clausola compromissoria ed „estraneità“ del designatore, *Giurisprudenza commerciale* 2007, II, 173; *ders.*, Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune: una convivenza ancora difficile, *Giurisprudenza commerciale* 2006, II, 513; *Corriero*, La nullità sopravvenuta della clausola compromissoria tra interpretazione letterale e sistematica, *Rassegna di diritto civile* 2008, 338; *Corsini*, Società di persone, clausola compromissoria statutaria ed arbitrabilità delle controversie in materia di scioglimento del rapporto sociale, *Giurisprudenza commerciale*, 2008, II, 869; *ders.*, La nullità della clausola compromissoria statutaria e l'esclusività del nuovo arbitrato societario, *Giurisprudenza commerciale* 2005, I, 809; *della Pietra*, La clausola compromissoria, in: *Abbadessa/Portale* (Hrsg.), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Bd. 1, 2007, S. 207; *De Nova*, Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?, *I Contratti* 2004, 847; *Fazzalari*, L'arbitrato nella riforma del diritto societario, *Rivista dell'arbitrato* 2002, 443; *Galletto*, Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in ambito societario: la teoria c.d. „del doppio binario“ trova autorevole sostegno. *Foro padano* 2006, II, 233; *Morellini*, Diritto transitorio e validità della clausola compromissoria, *Le Società* 2005, 899; *Motto*, Esperienze del nuovo arbitrato societario, *Rivista dell'arbitrato* 2006, 563; *Riccio*, La sorte delle vecchie clausole compromissorie societarie dopo l'entrata in vigore dell'art. 34, comma 2°, d. lgs. n. 5 del 2003, *Contratto e impresa* 2006, 35; *Salafia*, Il nuovo arbitrato societario e altre questioni, *Le Società* 2005, 93; *Sali*, L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta, *Giurisprudenza italiana* 2005, 442; *Sangiovanni*, Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori, *Rivista dell'arbitrato* 2007, 313; *ders.*, Some critical observations on the Italian regulation of company arbitration, *The American Review of International Arbitration* 2006, 281; *ders.*, L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano, *Le Società* 2006, 771; *ders.*, Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano, *Revista brasileira de arbitragem* 2006, 181; *ders.*, ZZZInt 2005, 53; *ders.*, Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano, *Foro padano* 2005, II, 1; *ders.*, Numero e modo di nomina degli arbitri tra arbitrato ordinario e arbitrato societario, *Corriere giuridico* 2005, 1133; *Soldati*, Adeguamento della clausola compromissoria statutaria e diritto di recesso del socio, *Giurisprudenza commerciale* 2007, II, 637; *Zucconi Galli Fonseca*, L'arbitrato societario nell'applicazione della giurisprudenza, *Giurisprudenza commerciale* 2007, II, 935; *ders.*, Modelli arbitrali e controversie societarie, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2006, 513; *ders.*, La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2005, 453.

5 Eine Ausnahme bildet die sog. „nicht-verfahrensmäßige Schiedsgerichtsbarkeit“ (*arbitrato irrituale*), die nach der italienischen Novelle der Schiedsgerichtsbarkeit von 2006 in Art. 808-ter der Zivilprozessordnung geregelt ist. In diesem Fall endet das Schiedsverfahren lediglich mit einer „vertraglichen Bestimmung“ (*determinazione contrattuale*). Zu dieser Form der Schiedsgerichtsbarkeit s. *Sangiovanni*, Arbitrato irrituale e regole procedurali nel nuovo diritto italiano, *ASA Bulletin* 2008, 688; *ders.*, Natura contrattuale o processuale dell'arbitrato irrituale?, *I Contratti* 2008, 869.

6 *Mancinelli*, „Arbitrato economico“: paralisi gestionale e sua soluzione, *Le Società* 2005, 1048.

zesverordnung Nr. 5/2003 verweist. Art. 1349 des Zivilgesetzbuches ist eine Norm über den Gegenstand des Vertrages. Sie erlaubt einem Dritten, die im Vertrag vorgesehene Leistung zu bestimmen (vergleichbar dem Leistungsbestimmungsrecht durch einen Dritten im deutschen Recht). Bei näherer Betrachtung kann aber das Institut der Lösung von Konflikten in der Geschäftsführung mit dem Schiedsgutachten nicht verwechselt werden. In Wahrheit handelt es sich um einen besonderen Mechanismus bei der Verwaltung von Gesellschaften⁷. Es ist ein zusätzliches System für die Bestellung eines Geschäftsführers oder mehrerer Geschäftsführer, das nur bei einer Entscheidungsblockade in Gang gesetzt wird. Die Schlichter sind temporäre Geschäftsführer, die einen einzigen Akt begehen: die Lösung des Konflikts. Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 regelt im Wesentlichen eine Modalität der vorläufigen Geschäftsführung von Gesellschaften.

Der italienische Gesetzgeber von 2003 hat das Institut eingeführt, weil es ihm bewusst war, welche Risiken für das gute Funktionieren eines Unternehmens entstehen, wenn sich die Gesellschaft in einer Situation der Entscheidungsblockade befindet.

Man kann beispielsweise an eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung denken⁸. Um die Entscheidungsblockade zu überwinden, könnten die Geschäftsführer zuerst von der Möglichkeit des Art. 2479 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches Gebrauch machen: Nach dieser Bestimmung entscheiden die Gesellschafter über die Argumente, die ein oder mehrere Geschäftsführer ihnen zur Entscheidung vorlegen. Bei diesem Gesellschaftstyp ist ausdrücklich vorgesehen, dass die streitige Frage von den Gesellschaftern gelöst werden kann. In einigen Fällen werden die Gesellschafter in der Lage sein, den Konflikt zwischen den Geschäftsführern zu lösen. Die Bestimmung bietet aber keine Garantie, dass der Konflikt unmittelbar gelöst wird, weil die Konflikte zwischen den Geschäftsführern oft zu Auseinandersetzungen zwischen den Gesellschaftern führen: Die GmbH-Gesellschafter bestellen die Geschäftsführer (Art. 2479 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches), und jeder Geschäftsführer wird in aller Regel die gleiche Meinung wie „sein“ Gesellschafter vertreten (und umgekehrt). Anders als die Geschäftsführer entscheiden jedoch die Gesellschafter mehrheitlich nach ihrer Beteiligung am Kapital (Art. 2479 Abs. 6 des Zivilgesetzbuches). Der Konflikt zwischen Geschäftsführern kann daher einfach gelöst werden, wenn ein Geschäftsführer von einem Gesellschafter bestellt worden ist, der eine höhere Beteiligung als der andere Gesellschafter hält. Existieren z.B. zwei Gesellschafter, von denen einer 60% und der andere nur 40% des Gesellschaftskapitals hält, so wird sehr wahrscheinlich die Meinung des Geschäftsführers überwiegen, der vom Mehrheitsgesellschafter bestellt wurde. Der Konflikt könnte allerdings in der Tat ungelöst bleiben, wenn die Gesellschafter den gleichen Anteil am Kapital halten.

Der Gesetzgeber befürchtet Probleme bei der Entscheidungsfindung, da diese Situationen die unternehmerische Tätigkeit behindern. In Anbetracht einer schwerwiegenden Entscheidungsblockade könnten die Gesellschafter daran denken, die Geschäftsführer abzurufen⁹. Eine solche Maßnahme ist allerdings selten dazu geeignet, den Konflikt zu beseitigen, weil die neu bestellten Geschäftsführer sehr wahrscheinlich die gleichen Standpunkte wie die alten Geschäftsführer vertreten werden. In Extremfällen kann man zur Auflösung der Gesellschaft gelangen. Sowohl die

Abberufung der Geschäftsführer als auch die Auflösung der Gesellschaft sind aber radikale Maßnahmen. Mit Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 bietet der Gesetzgeber einen Mechanismus zur Lösung von Konflikten in der Geschäftsführung der Gesellschaften an, der – zumindest theoretisch – relativ schnell und nicht besonders aufwendig ist.

III. Die betroffenen Gesellschaftstypen

Die Gründungsurkunden der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Personengesellschaften können Klauseln enthalten, durch die ein Dritter oder mehrere Dritte damit betraut werden, Konflikte bezüglich der Verwaltung der Gesellschaft zwischen den Personen zu lösen, welche die Geschäftsführungsbefugnis für die betroffene Gesellschaft haben (Art. 37 Abs. 1 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003).

Diese Bestimmung bezieht sich ausdrücklich auf vier Gesellschaftstypen: die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die drei Personengesellschaften, nämlich die BGB-Gesellschaft, die offene Handelsgesellschaft sowie die Kommanditgesellschaft.

Von dem Anwendungsbereich der Bestimmung wird insbesondere die Aktiengesellschaft (sowie die Kommanditgesellschaft auf Aktien) ausgeschlossen. Es ist nicht einfach zu verstehen, warum der Gesetzgeber die Aktiengesellschaft ausgeschlossen hat. Auch bei diesem Gesellschaftstyp können durchaus Konflikte zwischen den Geschäftsführern entstehen, und es kann daher die Notwendigkeit zu bejahen sein, die entsprechenden Konflikte zu lösen. Die italienische Aktiengesellschaft kann einen oder mehrere Geschäftsführer haben. Wenn die Geschäftsführung mehreren Personen übertragen ist, bilden diese Personen den Ver-

7 *Chiarloni*, Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2004, 123; *Ricci*, Il nuovo arbitrato societario, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2003, 517; *Zucconi Galli Fonseca*, La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2003, 970.

8 Zur Geschäftsführung der italienischen GmbH in deutscher Sprache s. *Buenger*, *RIW* 2004, 249 (Geschäftsführung und Kontrolle); *Sangiovanni*, *GmbHR* 2007, 1264 (Abberufung der Geschäftsführer); *ders.*, *GmbHR* 2007, 584 (Haftung der Geschäftsführer); *ders.*, *GmbHR* 2006, 1316 (Struktur der Geschäftsführung). Auf Italienisch s. *Cagnasso*, Note minime in tema di assemblea e azione di responsabilità nella società a responsabilità limitata; *Giurisprudenza italiana* 2005, 524; *De Angelis*, Amministrazione e controllo nella società a responsabilità limitata, *Rivista delle società* 2003, 469; *Patriarca*, La responsabilità del socio „gestore“ di s.r.l., *Le Società* 2007, 1191; *Rivolta*, I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata, in: *Abbadessa/Portale* (Hrsg.), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Bd. 3, 2007, S. 519; *Rordorf*, I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l., *Le Società* 2003, 664; *Sangiovanni*, Responsabilità degli amministratori e corresponsabilità dei soci nella s.r.l., *Danno e responsabilità* 2008, 13; *ders.*, La responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso la società, *Contratto e impresa/Europa* 2007, 693; *ders.*, Doveri e responsabilità degli amministratori di s.r.l. in comparazione con la GmbH tedesca, *Le Società* 2006, 1563. Rechtsvergleichend bezüglich der Stellung des GmbH-Geschäftsführers in Italien, Deutschland und Frankreich vgl. *Deckert/Sangiovanni*, *ZVGRWiss* 107 (2008), 164.

9 Zur Abberufung der GmbH-Geschäftsführer vgl. etwa *Cagnasso*, *Revoca cautelare dell'amministratore di società a responsabilità limitata ed azione di responsabilità: una convivenza problematica*, *Giurisprudenza commerciale* 2007, II, 917; *Comastri/Valerini*, *Natura conservativa e funzione inibitoria della revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l.*, *Rivista di diritto civile* 2007, II, 456; *Fico*, *La revoca degli amministratori di s.r.l.*, *Le Società* 2007, 1101; *Sangiovanni*, *La revoca degli amministratori nella s.r.l. italiana e nella GmbH tedesca*, *Le Società* 2008, 372; *ders.*, *La revoca degli amministratori di s.r.l.*, *Le Società* 2007, 1328; *ders.*, *La revoca dell'amministratore di s.r.l.*, *Giurisprudenza di merito* 2007, 1381.

waltungsrat (consiglio di amministrazione, Art. 2380-bis Abs. 3 des Zivilgesetzbuches). Der Verwaltungsrat entscheidet mit der absoluten Mehrheit der Anwesenden (Art. 2380-bis Abs. 2 des Zivilgesetzbuches). Konflikte entstehen, wenn diese Mehrheit nicht erreicht wird. Dies kann in verschiedenen Fallkonstellationen passieren. Wenn die Zahl der Geschäftsführer gerade (z. B. zwei) ist und die Geschäftsführer im Hinblick auf eine gewisse Geschäftsoperation nicht einig sind, kann eine Mehrheit nicht erreicht werden. Eine Entscheidungsblockade kann aber auch bei einer ungeraden Zahl von Geschäftsführern vorkommen, nämlich im Fall der Abwesenheit oder Enthaltung von Mitgliedern des Verwaltungsrates. Existieren z. B. drei Geschäftsführer, aber einer enthält sich und die anderen zwei sind nicht einig, so gelangt man zu keiner Entscheidung. Da folglich Entscheidungsblockaden auch in der Geschäftsführung der Aktiengesellschaft möglich sind, ist es nicht klar, warum der Gesetzgeber Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 auf die GmbH und auf die Personengesellschaften beschränkt hat.

Als mögliche Erklärung für den Ausschluss der Aktiengesellschaft kann folgendes Argument angeführt werden: Nach Art. 2380-bis Abs. 1 des Zivilgesetzbuches steht bei der AG die Geschäftsführung des Unternehmens ausschließlich den Geschäftsführern zu. Die strikte Einhaltung dieses Prinzips steht im Kontrast zu einem Institut wie dem der Konfliktlösung gemäß Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003. Nach dieser Bestimmung werden Entscheidungen über die Geschäftsführung der Gesellschaft ausnahmsweise von Personen getroffen, die keine Geschäftsführer sind. Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 stellt eine Modalität der vorläufigen Geschäftsführung der AG dar, die – strikt betrachtet – mit Art. 2380-bis Abs. 1 des Zivilgesetzbuches inkompatibel ist.

Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 bezieht sich auf „Gründungsurkunden“ (atti costitutivi). Mit diesem Ausdruck wird eine allgemeine Formulierung verwendet, die geeignet ist, verschiedene Gesellschaftstypen zu umfassen.

Bei der BGB-Gesellschaft bezieht sich der Ausdruck „Gründungsurkunde“ auf den Gesellschaftsvertrag. Für diesen Gesellschaftstyp unterliegt allerdings der Gesellschaftsvertrag keiner besonderen Form, es sei denn, eine Form ist in Anbetracht der Natur der eingebrachten Güter erforderlich (Art. 2251 des Zivilgesetzbuches). Besteht z. B. eine Einlage aus einer Immobilie, so ist in diesem Fall die Schriftform einzuhalten (Art. 1350 Nr. 9 des Zivilgesetzbuches). Wird die Schriftform nicht respektiert, so ist der Vertrag nichtig. Auch wenn keine Pflicht zum Abschluss eines schriftlichen Vertrags besteht, können sich die Parteien trotzdem für einen solchen entscheiden. Liegt ein schriftlicher Vertrag vor, so kann in diesen Vertrag eine Klausel über die Konfliktlösung in der Geschäftsführung der Gesellschaft aufgenommen werden.

Bei der offenen Handelsgesellschaft ist Art. 2296 des Zivilgesetzbuches die maßgebliche Bestimmung. Nach dieser Norm ist die Gründungsurkunde der Gesellschaft von den Geschäftsführern beim Handelsregister zur Eintragung zu hinterlegen.

Bei der Kommanditgesellschaft finden, soweit kompatibel, die Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft Anwendung (Art. 2315 des Zivilgesetzbuches). Die Grün-

dungsurkunde ist daher, wie bei der OHG, beim Handelsregister zur Eintragung zu hinterlegen.

Bei der GmbH ist die Gründungsurkunde sogar notariell zu beurkunden (Art. 2463 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches).

IV. Die Geschäftsführungsmacht in den verschiedenen Gesellschaftstypen

Gemäß Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 sind, wie schon gesagt, Klauseln zulässig, mit denen eine oder mehrere Personen damit betraut werden, die Konflikte in Bezug auf die Verwaltung der Gesellschaft zu lösen, die zwischen denjenigen Personen entstehen, welche die Geschäftsführungsmacht haben. Man muss nun zunächst prüfen, wem in den einzelnen Gesellschaftstypen die Geschäftsführungsmacht zusteht.

Bei der italienischen BGB-Gesellschaft kommen zwei Bestimmungen in Betracht: Art. 2257 und Art. 2258 des Zivilgesetzbuches. Die erste Norm regelt die getrennte Geschäftsführung (amministrazione disgiuntiva), die zweite die gemeinsame Geschäftsführung (amministrazione congiuntiva). Das Gesetz sieht vor, dass – wenn nichts anderes vereinbart ist – die Geschäftsführung der Gesellschaft jedem Gesellschafter allein zusteht (Art. 2257 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches). In der Regel kann daher in der BGB-Gesellschaft kein Konflikt zwischen den Geschäftsführern entstehen, da jeder Gesellschafter-Geschäftsführer die Befugnis hat, allein für die Gesellschaft zu entscheiden. Allerdings sieht das Gesetz ferner vor, dass, wenn die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern getrennt zusteht, jeder Gesellschafter das Recht hat, sich einem von einem anderen Geschäftsführer geplanten Geschäft zu widersetzen (Art. 2257 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches). Im Falle der Intervention eines anderen Geschäftsführers entscheidet die Mehrheit der Gesellschafter über den Widerspruch. Die Mehrheit bestimmt sich nach dem Anteil jedes Gesellschafter an den Gewinnen (Art. 2257 Abs. 3 des Zivilgesetzbuches). Diese Bestimmungen beinhalten daher bereits ein System zur Lösung von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Geschäftsführern im Hinblick auf die Durchführung von Geschäftsmaßnahmen.

Art. 2258 des Zivilgesetzbuches regelt die gemeinsame Geschäftsführung bei der BGB-Gesellschaft. Steht die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern zusammen zu, so ist die Zustimmung aller Gesellschafter, die Geschäftsführer sind, für die Durchführung von Geschäften erforderlich (Art. 2258 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches). Diese Bestimmung verlangt Einstimmigkeit. Es besteht daher ein impliziter Mechanismus zur Lösung von Konflikten in dem Sinne, dass die Geschäftsoperation – wenn Meinungsverschiedenheiten unter den Geschäftsführern bestehen – nicht durchgeführt werden darf. Bei der BGB-Gesellschaft ist allerdings die Regel der Einstimmigkeit nicht die einzige Möglichkeit. Wenn vereinbart ist, dass für die Geschäftsführung die Zustimmung der Mehrheit erforderlich ist, so misst sich diese Mehrheit nach Art. 2257 Abs. 3 (Art. 2258 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches). Die Mehrheit berechnet sich nach dem Anteil jedes Gesellschafter an den Gewinnen.

Da für die BGB-Gesellschaft Mechanismen vorgesehen sind, mit denen eine Geschäftsführungsentscheidung auch bei Meinungsverschiedenheiten erreicht werden kann, stellt sich die Frage, ob eine Bestimmung wie Art. 37 der Geset-

zesverordnung Nr. 5/2003 noch eine Rolle spielen kann. Diese Norm kann in der Tat Anwendung finden, wenn sich Gesellschafter blockieren, welche genau die gleiche Beteiligung an Gewinnen halten.

Bei der italienischen offenen Handelsgesellschaft wird die Geschäftsführung nicht speziell geregelt. Es findet daher das Prinzip Anwendung, nach dem die OHG von den gleichen Bestimmungen wie die BGB-Gesellschaft geregelt wird, soweit nichts anderes vorgesehen ist (Art. 2293 des Zivilgesetzbuches). Die obigen Anmerkungen zur Geschäftsführung in der BGB-Gesellschaft gelten daher auch für die offene Handelsgesellschaft.

Bei der Kommanditgesellschaft sind zwei Kategorien von Gesellschaftern vorhanden. Die Geschäftsführung der Gesellschaft darf nur den persönlich haftenden Gesellschaftern übertragen werden (Art. 2318 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches), und die Kommanditisten dürfen keine Geschäfts-führungsentscheidung treffen (Art. 2320 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches). Das Gesetz sieht darüber hinaus vor, dass die persönlich haftenden Gesellschafter die Rechte und die Pflichten der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft besitzen (Art. 2318 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches). Ferner gilt die Bestimmung, nach der auf die Kommanditgesellschaft die Normen in Bezug auf die offene Handelsgesellschaft Anwendung finden, soweit sie mit den speziellen Regeln zur KG kompatibel sind (Art. 2315 des Zivilgesetzbuches). Da die Modalitäten der Ausübung der Geschäftsführung bei der Kommanditgesellschaft nicht spezifisch geregelt sind, gelten die Regeln der BGB-Gesellschaft.

In der Gesellschaft mit beschränkter Haftung steht, wenn die Gründungsurkunde keine anderweitige Bestimmung enthält, die Geschäftsführung der Gesellschaft einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern zu, die durch Entscheidung der Gesellschafter bestellt werden (Art. 2475 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches). Konflikte unter den Geschäftsführern können selbstverständlich nur bei einer Mehrheit von Geschäftsführern entstehen. Das Gesetz regelt das Funktionieren des Verwaltungsorgans der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Falle einer Mehrzahl von Mitgliedern (Art. 2475 Abs. 3 des Zivilgesetzbuches). Steht die Geschäftsführung mehreren Personen zu, so bilden diese den Verwaltungsrat. Die Gründungsurkunde kann vorsehen, dass die Geschäftsführungsmacht diesen Personen getrennt oder gemeinsam übertragen wird. In diesen Fällen finden jeweils die Art. 2257 und 2258 des Zivilgesetzbuches Anwendung. Im Rahmen der Regelung zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird nicht festgelegt, wie der Verwaltungsrat entscheidet. Es soll aber entsprechend die für die Aktiengesellschaft geltende Bestimmung (Art. 2388 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches) anwendbar sein: Die Beschlüsse des Verwaltungsrates werden mit der absoluten Mehrheit der Anwesenden getroffen.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass bei der italienischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung drei Modelle der Geschäftsführung möglich sind: die getrennte Geschäftsführung (Art. 2257 des Zivilgesetzbuches), die gemeinsame Geschäftsführung (Art. 2258 des Zivilgesetzbuches) sowie die Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat (Art. 2475 des Zivilgesetzbuches). Bei allen diesen drei Geschäftsführungssystemen sind Konflikte zwischen den Geschäftsführern denkbar. Diese Konflikte können wie folgt gelöst werden:

Bei der getrennten Geschäftsführung entscheidet im Falle eines Widerspruchs gemäß dem für die Personengesellschaften geltenden Prinzip (Art. 2257 des Zivilgesetzbuches) die Mehrheit der Gesellschafter nach der Gewinnbeteiligung. Es besteht daher ein „implizites“ System zur Lösung von möglichen Konflikten. Der Konflikt ist aber auch nach dieser Regel unlösbar, wenn die uneinigen Gesellschafter genau die gleiche Gewinnbeteiligung halten. In diesem Fall kann eine Klausel nach Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 nützlich sein.

Bei der gemeinsamen Geschäftsführung stellt sich kein Problem im Falle der Notwendigkeit einer einstimmigen Entscheidung (Art. 2258 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches): Entweder wird die Einstimmigkeit erreicht (und die Geschäftsoperation wird durchgeführt) oder sie wird nicht erreicht (dann keine Durchführung des Geschäfts). Bei der gemeinsamen Geschäftsführung auf Grund Mehrheit (Art. 2258 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches) verweist das Gesetz auf Art. 2257 Abs. 3 des Zivilgesetzbuches (Entscheidung nach der Mehrheit an der Gewinnbeteiligung). Folglich finden die Konflikte immer eine Lösung – mit der Ausnahme des Extremfalles, dass die uneinigen Gesellschafter genau die gleiche Gewinnbeteiligung halten. In diesem Fall kann eine Klausel in der Gründungsurkunde über die Konfliktlösung nach Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 nützlich sein.

Ist ein Verwaltungsrat vorhanden, entscheidet dieser mit der Mehrheit der Geschäftsführer. Es handelt sich dann aber nicht um eine Mehrheit nach Gewinnbeteiligung, sondern nach Köpfen. Ist die Anzahl der Geschäftsführer ungerade, so wird eine Mehrheit immer erreicht (mit Ausnahme der Sonderfälle der Abwesenheit oder der Enthaltung). Die Lage kann problematisch werden, wenn die Zahl der Geschäftsführer gerade ist. Bei z.B. zwei Geschäftsführern kann es vorkommen, dass der eine für und der andere gegen ein geplantes Geschäft ist. In diesem Fall kann eine satzungsmäßige Klausel zur Konfliktlösung nach Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 nützlich sein.

V. Das Verfahren

Die Lösung des Konfliktes zwischen den Geschäftsführern ist das Ergebnis eines Verfahrens, bei dem verschiedene Phasen erkennbar sind:

- die Initiative, die in der Gründungsurkunde vorgesehene Klausel zu aktivieren;
- die Bestellung des Schlichters;
- die Entscheidung des Schlichters über den Konflikt.

Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 befasst sich nur spärlich mit den Verfahrensaspekten; es wird somit der Privatautonomie ein großer Spielraum gelassen.

Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 bestimmt nicht, wer innerhalb der Gesellschaft das Recht hat, dem Dritten den Konflikt zur Entscheidung vorzulegen. Da dieser Aspekt sehr wichtig ist, empfiehlt es sich, entsprechende Vereinbarungen in die Gründungsurkunden aufzunehmen. Hier kann z.B. vorgesehen werden, dass die Geschäftsführer und/oder die Gesellschafter und/oder die Mitglieder des Kontrollrates (collegio sindacale) das Recht haben, das Verfahren einzuleiten.

Fehlt eine entsprechende Klausel in der Gründungsurkunde, so ist davon auszugehen, dass die Initiative jedem Ge-

schäftsführer zusteht¹⁰: Erstens verwalten und vertreten die Geschäftsführer im Allgemeinen die Gesellschaft; zweitens ist der Konflikt gerade zwischen ihnen entstanden; und drittens ist niemand besser als die Geschäftsführer über die Reichweite des Konflikts informiert. Sie können daher am besten dem Schlichter alle Einzelheiten der problematischen Lage darlegen.

Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 schweigt auch bezüglich weiterer bedeutender Verfahrensaspekte. Wer hat z. B. das Recht, Kontakt mit dem Schlichter aufzunehmen und ihn mit Informationen und Dokumenten, die für seine Entscheidung relevant sind, zu versorgen? Fehlt eine satzungsmäßige Klausel zu dieser Thematik, so ist davon auszugehen, dass zumindest die Geschäftsführer dieses Recht haben. Ebenfalls nicht vom Gesetz geregelt ist die Frage, inwieweit ein kontradiktorisches Verfahren erforderlich ist, bevor die Entscheidung des Schlichters getroffen wird¹¹. Solche Aspekte können in den Gründungsurkunden, u. U. auch im Detail, geregelt werden. In Ermangelung einer satzungsmäßigen Regelung sollen aber zumindest die Geschäftsführer die Möglichkeit haben, dem Schlichter Schriftsätze und Dokumente vorzulegen. Das Verfahren wird zwar dadurch sicherlich verlangsamt. Andererseits verlangen allgemeine Rechtsprinzipien, dass die betroffenen Personen (die Geschäftsführer) an der Entscheidungsfindung mit eigenen Argumenten, Informationen und Dokumenten teilnehmen können.

Zwischen dem Zeitpunkt der Entstehung des Konflikts und dem Zeitpunkt der Lösung desselben soll so wenig Zeit wie möglich vergehen, wenn man das gute Funktionieren des betroffenen Unternehmens garantieren will. Die Klauseln der Gründungsurkunden müssen so strukturiert werden, dass sie in der Praxis effizient wirken und eine schnelle Entscheidung getroffen werden kann. Es ist daher empfehlenswert, eine kurze Frist (z. B. 30 Tage) für die Entscheidung des Schlichters vorzusehen. Andererseits darf die Frist nicht zu kurz sein, da der Dritte eine Reihe von Aufgaben erledigen muss (Unterlagen prüfen, Informationen sammeln, Beteiligte anhören), bevor eine angemessene Entscheidung getroffen werden kann.

VI. Der Schlichter

Bei der Regelung der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 34 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003) wird in Italien zwischen zwei Kategorien von Personen differenziert: zum einen die Person, welche die Schiedsrichter bestellt, zum anderen der Schiedsrichter selbst. Die Schiedsrichter dürfen nicht direkt von den Parteien bestellt werden; sie werden vielmehr von einem neutralen Dritten bestellt.

Diese Differenzierung wird beim Institut der Schlichtung von Konflikten nach Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 nicht wiederholt. In diesem Zusammenhang ist es daher nicht erforderlich, dass der Schlichter von einem neutralen Dritten bestellt wird; die Gründungsurkunde einer Gesellschaft könnte wohl die direkte Bestellung des Schlichters vorsehen. Die Klausel könnte z. B. lauten: „Der Vorsitzende der Handelskammer des Ortes, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat, ist für die Lösung der Konflikte bezüglich der Geschäftsführung der Gesellschaft zuständig, die zwischen den Geschäftsführern entstehen.“ Alternativ könnte die Gründungsurkunde einen

ähnlichen Mechanismus vorsehen wie das System, das bei der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit zwingend ist. Die Klausel könnte lauten: „Der Vorsitzende der Handelskammer des Ortes, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat, ist für die Bestellung der Person zuständig, welche die Konflikte bezüglich der Geschäftsführung der Gesellschaft löst, die zwischen den Geschäftsführern entstehen.“ Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 sieht demnach keine doppelte Garantie wie bei der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit (zuerst Bestellung des Bestellers, dann Bestellung der Schiedsrichter) vor. Die hier untersuchte Bestimmung ist einfacher in ihrer Struktur. Der Schlichter kann somit direkt von den Parteien (z. B. in der Gründungsurkunde) bestellt werden. Bei dem Institut des Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 sind beide Arten von Klauseln zulässig: diejenigen, die eine direkte Bestellung des Dritten vorsehen, und diejenigen, die ein indirektes (zweistufiges) Bestellungsverfahren regeln.

Der Schiedsrichter erledigt, mindestens zum Teil, auch eine juristische Arbeit. Dies gilt für den Schlichter nicht, denn diese Person trifft keine Entscheidung über eine Rechtsstreitigkeit, sondern eine Entscheidung über eine Geschäftsführungsmaßnahme. Diese Besonderheit sollte bei der Bestimmung des Schlichters berücksichtigt werden. Es eignet sich grundsätzlich besser eine Person, die primär eine wirtschaftliche Tätigkeit (wie ein Steuerberater oder ein Wirtschaftsprüfer) ausübt als eine Person, die primär juristisch tätig ist (wie ein Anwalt)¹².

Wer kann zum Schlichter bestellt werden und welche Eignungsvoraussetzungen muss diese Person aufweisen? Die Befugnis, den Konflikt zwischen den Geschäftsführern zu lösen, kann, wie schon gesagt, einer Person oder mehreren Personen übertragen werden. Es steht den Gesellschaftern in der Gründungsurkunde zu, im Einzelfall das für die betroffene Gesellschaft geeignete Lösungssystem festzulegen. In Anbetracht der Tatsache, dass der Dritte Anspruch auf eine Vergütung hat, kann es besser sein, eine einzelne Person zu beauftragen, um die Kosten zu reduzieren. Andererseits bietet ein Kollegium die bessere Garantie für eine tiefer gehende Analyse der streitigen Frage.

Werden mehrere Personen als Schlichter vorgesehen, so schweigt die Bestimmung über die Zusammensetzung des Kollegiums. Im Falle der ordentlichen Schiedsgerichtsbarkeit ist hingegen ausdrücklich vorgesehen, dass die Zahl der Schiedsrichter ungerade sein muss (Art. 809 Abs. 1 der Zivilprozessordnung)¹³. Diese Regel wird im Zusammenhang mit dem Institut nach Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 nicht wiederholt, und man könnte daher die These vertreten, dass die Bestellung eines Kollegiums bestehend aus einer geraden Zahl von Mitgliedern zulässig ist. Es ist aber auf jeden Fall empfehlenswert, dass die Gründungsurkunden

10 Colantuoni, Commento all'art. 37, in: Lo Cascio (Hrsg.), I procedimenti, 2. Aufl. 2006, S. 700; Fabris, Arbitraggio endosocietario e temporary director, Giurisprudenza italiana 2006, 1095; Usticino, Il notaio e le clause compromissorie, Vita notarile 2003, 1704.

11 Vgl. Mancinelli, Le Società 2005, 1048.

12 Vgl. Girello, Risoluzione dello stallo gestionale mediante ricorso all'art. 37 D.Lgs. n. 5/2003, Le Società 2005, 1290.

13 Über die Bestellung der Schiedsrichter bei der italienischen ordentlichen Schiedsgerichtsbarkeit s. Sangiovanni, Anzahl der Schiedsrichter und Modalitäten ihrer Bestellung nach italienischem Recht, in: Jayme/Mansel/Pfeiffer (Hrsg.), Jahrbuch für italienisches Recht, Bd. 19, 2007, S. 199.

eine ungerade Zahl vorsehen¹⁴. Ansonsten besteht die Gefahr, dass sich die Meinungsverschiedenheit, die zwischen den Geschäftsführern besteht, im Kollegium wiederholt.

Der Schlichter ist im Normalfall eine natürliche Person. Fraglich ist, ob auch eine juristische Person diese Funktion übernehmen kann¹⁵. Im Prinzip soll dies zulässig sein, und die Aufgabe wird im konkreten Fall von einer natürlichen Person, z. B. von dem gesetzlichen Vertreter der juristischen Person, erledigt. Man könnte demnach z. B. eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zum Schlichter bestellen.

Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 verlangt nicht, dass der Schlichter unabhängig ist. Bei der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit wird hingegen der Unabhängigkeit eine große Bedeutung beigemessen. In diesem Zusammenhang muss nämlich nicht nur der Schiedsrichter selbst, sondern auch der Besteller des Schiedsrichters unabhängig sein: Der Besteller muss eine gegenüber der Gesellschaft externe Person sein (Art. 34 Abs. 2 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003). Zu dieser Problematik schweigt Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003.

Bei der satzungsmäßigen Gestaltung des Institutes des Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 kann man tatsächlich an Fälle denken, in denen die Klauseln der Gründungsurkunden gegen das Prinzip der Unabhängigkeit verstoßen. Eine Satzungsklausel könnte z. B. vorsehen, dass die Geschäftsführer selbst für die Lösung des Konfliktes zuständig sind. Eine solche Klausel ist aber unzulässig, weil die Geschäftsführer dieselben Personen sind, die miteinander streiten¹⁶.

Eine Klausel der Gründungsurkunde könnte die Gesellschafter damit betrauen, eine Entscheidung über den Konflikt zwischen den Geschäftsführern zu treffen. Die Gesellschafter haben in die Gesellschaft investiert (während die Geschäftsführer das entsprechende Vermögen nur verwalten), und aus diesem Grund scheint es durchaus angebracht, dass auch die Gesellschafter angerufen werden können, um mögliche Konflikte zu lösen. Eine Klausel könnte außerdem ein Gesellschaftsorgan mit der Entscheidung über den Konflikt betrauen. Als solche Organe kommen die Gesellschafterversammlung (und dieser Fall ähnelt einer direkten Betrauung der Gesellschafter) und der Kontrollrat in Betracht. Diese Organe unterscheiden sich aber erheblich von Gesellschaftstyp zu Gesellschaftstyp. Eine echte Gesellschafterversammlung existiert nur bei der GmbH (Art. 2479-bis des Zivilgesetzbuches), nicht bei den Personengesellschaften. Der Kontrollrat ist selbst bei der GmbH nicht immer zwingend (vgl. Art. 2477 des Zivilgesetzbuches).

Art. 37 der Gesetzesverordnung Nr. 5/2003 schweigt auch zu anderen möglichen Eignungsvoraussetzungen der Schlichter. In diesem Kontext können in die Gründungsurkunden entsprechende Vereinbarungen eingefügt werden. Es ist empfehlenswert, dass die Satzung Prädispositionen trifft zu Merkmalen wie Kompetenz und Erfahrung¹⁷. Man könnte einen akademischen Titel (z. B. einen Universitätsabschluss in Wirtschaft) oder einen Berufsgrad (z. B. Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer) verlangen. Setzt die Grün-

dungsurkunde keine Grenze, so kann der Schlichter grundsätzlich frei gewählt werden. Dabei ist es allerdings angebracht, auf die Besonderheiten des Einzelfalles zu achten, damit die entsprechende Wahl für die betroffene Gesellschaft so vorteilhaft wie möglich ist. Es sollten insbesondere Faktoren wie die Größe der Gesellschaft und die Struktur des Unternehmens sowie die Natur des Konfliktes berücksichtigt werden.

VII. Resümee

Es ist zu bedauern, dass – soweit ersichtlich – keine Statistiken über die Verbreitung des neuen Schlichtungsverfahrens existieren. Statistiken würden eine Beurteilung ermöglichen, ob das Institut in der Praxis erfolgreich ist. Die Hauptvorteile des Schlichtungsverfahrens sind seine Freiwilligkeit und seine Flexibilität. Dies sind aber auch zugleich seine Hauptschwächen. Die gesetzliche Regelung ist derart knapp gehalten, dass es faktisch erforderlich ist, dass in den Gründungsurkunden eine Mindestregelung des Verfahrens vorsehen wird. Es ist davon auszugehen, dass dieses Ziel gerade bei Kleingesellschaften in den meisten Fällen nicht erreicht wird. Personengesellschaften werden regelmäßig für eher kleine Unternehmenstätigkeiten als Gesellschaftstyp gewählt; dies gilt jedoch oft auch in Bezug auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Selten verfügen die Gründungsgesellschafter über eine spezielle Beratung im Hinblick auf die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten der Gründungsurkunden. Deshalb ist zu befürchten, dass das Institut des Schlichtungsverfahrens keine all zu große Resonanz in der Praxis finden wird. Wenn diese Vermutung stimmt, ist dies um so bedauerlicher vor dem Hintergrund, dass es steigende Tendenz in Zivil- und Handelsachen gibt, Mechanismen zur Lösung von Konflikten außerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit vorzusehen.



Dr. iur. Dott. Valerio Sangiovanni, LL.M.

Rechtsanwalt und Avvocato in Milano, spezialisiert im deutsch-italienischen Wirtschaftsrecht. Lehrbeauftragter für Gesellschaftsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Trento. 1992 Dottore in giurisprudenza an der Universität Pavia (summa cum laude). 1995

Master of Laws in Commercial and Corporate Law, University of London. 1997 Zulassung als Avvocato in Italien. 1999 Zulassung als Rechtsanwalt in Deutschland. 2002 Promotion an der Universität Heidelberg. Autor von über 150 wissenschaftlichen Veröffentlichungen, insbesondere im Gesellschafts-, Bank-, Kapitalmarkt- und Schiedsverfahrensrecht in deutscher, englischer und italienischer Sprache. Kontaktaufnahme: valerio.sangiovanni@libero.it

- 14 Colantuoni (Fn. 10), S. 699; Guidotti, La risoluzione dei contrasti sulla gestione delle società, *Giurisprudenza italiana* 2005, 893.
- 15 Zur Frage, ob juristische Personen Schiedsrichter werden dürfen, vgl. Cusa, La società di arbitrato amministrato, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2007, 780.
- 16 Guidotti, *Giurisprudenza italiana* 2005, 893.
- 17 Vgl. Fabris, *Giurisprudenza italiana* 2006, 1095, 1097; Mancinelli, *Le Società* 2005, 1048.