

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 273

**Die fremdorganschaftlich verfasste
offene Handelsgesellschaft,
Kommanditgesellschaft und
BGB-Gesellschaft als Problem
des allgemeinen Verbandsrechts**

**Ein Beitrag zur Überwindung
des Dualismus von Personengesellschaften
und Körperschaften**

Von

Andreas Bergmann



Duncker & Humblot · Berlin

ANDREAS BERGMANN

**Die fremdorganschaftlich verfasste
offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft
und BGB-Gesellschaft als Problem des
allgemeinen Verbandsrechts**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 273

Die fremdorganschaftlich verfasste offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und BGB-Gesellschaft als Problem des allgemeinen Verbandsrechts

Ein Beitrag zur Überwindung
des Dualismus von Personengesellschaften
und Körperschaften

Von

Andreas Bergmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Universität des Saarlandes hat diese Arbeit im Jahre 2001/2002
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 3-428-10889-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

*Meinem Großvater,
dem Kaufmann Paul Thamm*

* 12. Dezember 1912 in Bischofsburg , Kreis Rößel (Ostpreußen)

† 11. Mai 2001 in Uelzen (Niedersachsen)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2001/2002 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes als Dissertation angenommen.

Mein außerordentlicher Dank gilt meinen beiden akademischen Lehrern Prof. Dr. Dr. *Michael Martinek*, M.C.J. (New York) und Prof. Dr. *Helmut Rüßmann*, die mir stets mit Rat und Tat zur Seite standen und mit denen ich mich nicht nur in juristischer Hinsicht tief verbunden fühle. Prof. Dr. Dr. *Martinek* betreute diese Arbeit als Doktorvater. Bei der Bearbeitung des Themas ließ er mir jede nur erdenkliche Freiheit. Er hatte für Fragen stets ein offenes Ohr. Prof. Dr. *Rüßmann*, der mich als seinen wissenschaftlichen Mitarbeiter stets förderte, war Zweitgutachter.

Herzlichen Dank schulde ich Herrn Dipl. Handelslehrer *Reginald Riebeling* für die mehrfache mühselige Korrektur des Manuskripts und Frau *Caroline Jung* für ihre unentbehrliche Hilfe bei der Fertigstellung der Arbeit. Besonderen Dank schulde ich meinen Eltern, Herrn PräsVG Dr. *Karl Walter Bergmann* und Frau *Helga Bergmann*, die mir jeden nur erdenklichen Rückhalt und Unterstützung gaben.

Die Arbeit wurde mit dem Dr.-Friedrich-Feldbausch-Preis für die besten wirtschaftsrechtlichen Dissertationen des Jahres 2001/2002 der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes ausgezeichnet. Zusätzlich wurde die Arbeit von verschiedener Seite finanziell gefördert. Aus dem erlauchten Kreise möchte ich stellvertretend nur die Vereinigung der Freunde der Universität des Saarlandes nennen.

Für die Lektüre der Arbeit sei Folgendes angemerkt: die Arbeit verwendet eine eigene Begrifflichkeit, die im Gange der Arbeit entwickelt wird und auf die im weiteren Verlauf Bezug genommen wird. Dadurch kann ein schneller Lektürezugriff, insbesondere ein Querlesen der Arbeit, erschwert werden. Als Beispiele seien genannt die Unterscheidung zwischen der abstrakten und konkreten Handlungsverfassung der Verbände, die Trennung in einen ein- und zweigliedrigen Organbegriff und die Deutung der Begriffe Selbstorganschaft und Fremdorganschaft als Organisationsprinzipien der originären Mitgliederselbstverwaltung bzw. der abstrakten Organverwaltung. Als hilfreich können sich daher das Sachregister und die an das Ende eines jeden Paragraphen gestellten kurz zusammengefassten Ergebnisse der vorangegangenen Ausführungen erweisen.

Inhaltsübersicht

§ 1	Einleitung	25
	<i>1. Teil</i>	
	Das Handeln der Organe als Eigenhandlung des Verbandes	38
	1. Abschnitt	
	Das organschaftliche Handeln	38
§ 2	Das Eigenhandeln der Gesellschaft	38
§ 3	Die Handlungsverfassung des Verbandes	62
§ 4	Unbeschränkte Handlungsfähigkeit und Kontinuität der Handlungsverfassung ...	101
	2. Abschnitt	
	Grundsätze organschaftlichen Handelns	171
§ 5	Die organschaftliche Treue- und Sorgfaltspflicht	171
§ 6	Die begrenzte Diligenzpflicht des § 708 BGB	181
	<i>2. Teil</i>	
	Grundsätze der organisatorischen Gewaltenverschränkung	209
§ 7	Einführung	209
	1. Abschnitt	
	Systeme der abstrakten Organverwaltung (Fremdorganschaft)	210
§ 8	Die Aktiengesellschaft	210
§ 9	Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung	218
	2. Abschnitt	
	Systeme der originären Mitgliederselbstverwaltung	238
§ 10	Die offene Handelsgesellschaft	238
§ 11	Die Kommanditgesellschaft	251

3. Abschnitt

Organisationsverfassungen zwischen Selbst- und Fremdorganschaft	261
§ 12 Zwischen formeller Selbstorganschaft und materieller Fremdorganschaft: die GmbH & Co.	261
§ 13 Die Partenreederei	269

4. Abschnitt

Die allgemeinen Prinzipien der organisatorischen Gewaltenteilung	299
§ 14 Das Prinzip der Gesamtvertretung	299
§ 15 Fremd- und Eigenverwaltung	332
§ 16 Keine Überbewertung der Unterschiede	338

3. Teil

**Das Verhältnis fremdorganschaftlicher
und selbstorganschaftlicher Organisationssysteme** 343

§ 17 Der nicht eingetragene Verein und die (einfache) Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Extremformen des Grundtyps des Verbandsrechts	343
§ 18 Die Handelndenhaftung	413
§ 19 Die atypische Handlungsverfassung und die Erfüllung gesetzlicher Pflichten	458

4. Teil

**Der Wechsel der Handlungsverfassung –
Die fremdorganschaftlich verfasste offene Handelsgesellschaft,
Kommanditgesellschaft und BGB-Gesellschaft** 485

§ 20 Verbandsouveränität und Handlungsfähigkeit	485
§ 21 Zum zwingenden Zusammenhang von Herrschaft und Haftung	505
§ 22 Das Abspaltungsverbot	543
§ 23 Anerkannte Ausnahmen vom Prinzip der Selbstorganschaft	549
§ 24 Die fremdorganschaftlich verfasste offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und BGB-Gesellschaft	568
Literaturverzeichnis	582
Sachregister	597

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung	25
	A. Das Prinzip der Selbstorganschaft	25
	B. Ein allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts	30
	C. Die fremdorganschaftlich verfasste Personengesellschaft als Problem des allgemeinen Verbandsrechts	35
	D. Der Gang der Darstellung	37

1. Teil

Das Handeln der Organe als Eigenhandlung des Verbandes	38
---	----

1. Abschnitt

Das organschaftliche Handeln	38
-------------------------------------	----

§ 2	Das Eigenhandeln der Gesellschaft	38
	A. Die Unterscheidung zwischen organschaftlichem Handeln und Dritthandeln ..	38
	B. Die juristische Person	44
	I. Die Lehre Friedrich Karls von Savignys (sog. Fiktionstheorie)	45
	II. Theorie der realen Verbandspersönlichkeit (v. Gierke)	48
	III. Aufgabe des gesellschaftsrechtlichen Dualismus	51
	IV. Eine allgemeine Verbandslehre	56
	V. Die Handlungsverfassung der juristischen Person als rechtskonstruktive Fremdbeschreibung der sozialen Handlungsfähigkeit	58
	VI. Ergebnis	61

§ 3	Die Handlungsverfassung des Verbandes	62
	A. Die Handlungsorganisation	62
	B. Der eingliedrige Organbegriff	66
	I. Die Organschaft bei den Personengesellschaften	66
	II. Der eingliedrige Organbegriff als das Organisationsprinzip der originären Mitgliederselbstverwaltung (Selbstorganschaft)	68
	C. Der zweigliedrige Organbegriff	72
	D. Die Handlungsfähigkeit des Verbandes	74
	I. Die abstrakte und konkrete Handlungsverfassung	74
	II. Die unechte organschaftliche Gesamtvertretung	76
	1. Die offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien	77
	2. Aktiengesellschaft, Genossenschaft und GmbH	78
	3. Der gesamtvertretungsberechtigte Prokurist als Gesellschaftsorgan ..	79
	III. Der Wegfall der konkreten Handlungsverfassung	84
	1. Die Regelung der §§ 29 BGB, 85 AktG	84
	2. Die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 29 BGB, 85 AktG auf die offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und BGB-Gesellschaft	85
	3. Die Anwendung des § 29 BGB auf die GmbH & Co.	89
	4. Die Anwendbarkeit des § 29 BGB im Recht der Kommanditgesellschaft auf Aktien	96
	5. Die Partenreederei	97
	6. Der nicht rechtsfähige Verein	100
	7. Schlussbemerkung	100
	E. Ergebnis	101
§ 4	Unbeschränkte Handlungsfähigkeit und Kontinuität der Handlungsverfassung	101
	A. Begrenzung der Vertretungsmacht durch den Verbandszweck (ultra-vires-Doktrin)	101
	I. Die Begrenzung der Vertretungsmacht im Idealverein auf den Vereinszweck	102
	II. Die Begrenzung der Vertretungsmacht in der Vorgesellschaft	107

III. Die Begrenzung der Vertretungsmacht auf den Liquidationszweck	109
1. Die Entwicklung der Rechtsprechung vom Reichsoberhandelsgericht bis zum BGH	109
a) Die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts	109
b) Die weitere Gang in der Rechtsprechung von Reichsgericht und Kammergericht bis zur Aufgabe des ultra-vires-Gedankens	112
c) Das Ende der ultra-vires-Lehre im Recht der Liquidationsgesellschaft	115
d) Die Ausweitung des Verkehrsschutzes	116
e) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	118
f) Die unbeschränkte Vertretungsmacht des Liquidators	120
2. Die Auffassungen in der Literatur	120
3. Die Gesetzgebungsgeschichte	122
a) Die Nürnberger Kommission (ADHGB)	122
b) Folgende Gesetzesvorhaben des ausgehenden 19. Jahrhunderts ...	124
c) Die kommentarlose Übernahme in HGB und BGB	126
d) Das Aktiengesetz von 30. Januar 1937	128
e) Die unbegrenzte Vertretungsmacht der Liquidatoren in der neueren Gesetzgebung	129
IV. Die europarechtliche Komponente	132
V. Die unbegrenzte Geltung des ultra-vires-Gedanken	137
VI. Kein ultra-vires-Problem	138
VII. Die Ultra-vires-Lehre und Begriff der juristischen Person	139
VIII. Die dogmatische Bewältigung: Der relative Gleichlauf der Handlungsverfassung	142
IX. Keine Beschränkung der Vertretungsmacht auf den Vereinszweck im Recht des Idealvereins	146
X. Zwischenergebnis	148

B. Die Kontinuität der Handlungsverfassung und § 146 HGB	149
I. Der Grundsatz der Kontinuität der Handlungsverfassung	149
II. Die fakultative Fremdorganschaft im Recht der oHG im Abwicklungs- stadium als Rechtsmacht der Gesellschafter zur Durchbrechung der (Kontinuität) der Handlungsverfassung	152
1. Die Fremdorganschaft als Abweichung vom Grundsatz der Kontinui- tät der Handlungsverfassung	152
2. § 146 Abs. 1 S. 1 HGB als Ausfluss der Organisationshoheit der Gesellschafter	154
C. Die Kontinuität der Handlungsverfassung beim Wechsel der Rechtsform	159
I. Der gesetzliche Rechtsformwechsel	159
II. Die Kontinuität der Handlungsverfassung	162
III. Die nachträgliche Rechtsformverfehlung	167
D. Ergebnis	170

2. Abschnitt

Grundsätze organschaftlichen Handelns	171
§ 5 Die organschaftliche Treue- und Sorgfaltspflicht	171
A. Die organschaftliche Treue- und Sorgfaltspflicht als allgemeiner Grundsatz des Verbandsrechts	171
B. Die organschaftliche Treuepflicht (duty of loyalty)	172
I. Inhalt der organschaftlichen Treuepflicht	172
II. Die Rechtsnatur der organschaftlichen Treuepflicht	173
III. Organschaftliche und mitgliedschaftliche Treuepflicht	175
C. Die organschaftliche Sorgfaltspflicht (duty of care)	176
I. Die Rechtsnatur der Haftung nach §§ 93 AktG, 43 GmbHG, 34 GenG ..	176
II. Der allgemeine Haftungsmaßstab	179
D. Ergebnis	181

§ 6 Die begrenzte Diligenzpflicht des § 708 BGB	181
A. Die Ausnahme vom allgemeinen organschaftlichen Haftungsmaßstab	181
B. Die Entstehungsgeschichte des § 708 BGB	184
C. Herkunft aus dem römischen Recht	187
D. § 708 BGB in der Rechtswirklichkeit	189
I. Der nicht rechtsfähige Verein	190
II. Die Gemeinschaft, §§ 741 ff. BGB	190
III. Die Publikums-gesellschaft und die GmbH & Co.	191
1. Die Publikums-gesellschaft	191
2. Die GmbH & Co.	191
3. Reaktionen der Literatur	195
E. Erklärungsversuche	196
F. De lege ferenda	198
G. Die diligentia quam in suis zwischen Selbstorganschaft und fehlender Kapital-garantie	199
I. Die Kommanditgesellschaft auf Aktien	200
II. Die unbeschränkte Haftung als Rechtfertigung der beschränkten Dili-genzpflicht	202
H. Die Erklärung der beschränkten Diligenzpflicht aus der Handlungsverfassung	204
I. Ergebnis	208

2. Teil

Grundsätze der organisatorischen Gewaltenverschränkung 209

§ 7 Einführung	209
----------------------	-----

1. Abschnitt

Systeme der abstrakten Organverwaltung (Fremdorganschaft) 210

§ 8 Die Aktiengesellschaft	210
A. Die Position des Vorstandes im interorganisatorischen Bereich	210
I. Die Reichweite der Organkompetenz	211
1. Die Verteilung der Vertretungskompetenz	211

2. Die Verteilung der Geschäftsführungsbefugnis	211
3. Strukturentscheidungen	212
II. Überwachung des Vorstandes	212
1. Durch den Aufsichtsrat	212
2. Durch die Hauptversammlung	213
3. Individuelles Informationsrecht	213
III. Die personelle Abhängigkeit	214
B. Die intraorganisatorische Verfassung des Vorstandes	216
C. Wahrung der Verbandssouveränität	218
§ 9 Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung	218
A. Die Handlungsverfassung der GmbH zwischen Selbst- und Fremdorganschaft	220
B. Die gesetzestypische Handlungsverfassung	224
I. Die interorganisatorische Gewaltenteilung	224
1. Geschäftsführung	224
a) Weisungsbefugnis	225
b) Umfang der Geschäftsführungsbefugnis	226
aa) Ausschließliche Kompetenzen der Gesellschafterversammlung	226
bb) Außergewöhnliche Geschäfte	227
cc) Gewöhnliche Geschäfte	227
2. Vertretung	227
3. Grundlagenentscheidungen	227
4. Personelle Abhängigkeit der Geschäftsführung	228
a) Grundsatz der jederzeitigen Widerruflichkeit	228
b) Die zwingende Grenze des § 38 Abs. 2 GmbHG	231
5. Informationsrechte	232
a) Individuelle Informationsrechte (§ 51a GmbHG)	232
b) Kollektives Informationsrecht der Gesellschafterversammlung ...	232

II. Intraorganisatorische Willensbildung	233
1. Geschäftsführung	233
2. Vertretung	233
C. Die personalistische GmbH	233
D. Fazit	238

2. Abschnitt

Systeme der originären Mitgliederselbstverwaltung 238

§ 10 Die offene Handelsgesellschaft	238
A. Die Handlungsverfassung der offenen Handelsgesellschaft	239
I. Geschäftsführung	239
1. Die Kompetenzzuweisung an die Gesellschafter	239
2. Die Willensbildung innerhalb der Gruppe der geschäftsführenden Gesellschafter	240
3. Grundsatz der Gesamtverantwortung	240
4. Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis	242
5. Umfang der Geschäftsführungsbefugnis	245
a) Kompetenz für die gewöhnlichen Geschäfte	245
b) Kompetenzverschiebung bei außergewöhnlichen Maßnahmen ...	245
c) Grundlagengeschäfte	246
d) Weisungsabhängigkeit	246
II. Vertretungskompetenzen	249
1. Umfang	249
2. Willensbildung innerhalb der Gruppe der vertretungsberechtigten Gesellschafter	249
3. Entziehung der Vertretungsmacht	249
III. Informationsrechte	249
1. Kollektive Informationsrechte (gerichtet gegen den geschäftsführen- den Gesellschafter)	250
2. Das (individuelle) Informationsrecht (gerichtet gegen die Gesell- schaft)	251
B. Fazit	251

§ 11 Die Kommanditgesellschaft	251
A. Die Handlungsverfassung der Kommanditgesellschaft	252
I. Die Geschäftsführung	252
1. Gesetzestypische Organisation	252
a) Der laufende Geschäftsbetrieb	252
b) Außergewöhnliche Geschäfte	253
2. Gesellschaftsvertragliche Abweichung von der gesetzestypischen Handlungsorganisation: der geschäftsführende Kommanditist	254
II. Vertretung	257
III. Grundlagengeschäfte	259
IV. Kontroll- und Informationsrechte:	259
B. Fazit	260
3. Abschnitt	
Organisationsverfassungen zwischen Selbst- und Fremddorganschaft	
§ 12 Zwischen formeller Selbstorganschaft und materieller Fremddorganschaft: die GmbH & Co.	261
A. Die formal-rechtliche Situation	262
B. Materielle Fremddorganschaft	263
I. Haftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber der Kommanditgesell- schaft	263
1. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	264
2. Organisatorische Haftung als Korrelat organisatorischer Kompe- tenzen	265
II. Die Weisungsabhängigkeit des GmbH-Geschäftsführers	267
C. Fazit	268
§ 13 Die Partenreederei	269
A. Rechtsnatur der Partenreederei	272
B. Die Handlungsverfassung	275
I. Zwischen Selbst- und Fremddorganschaft	275
1. Selbstorganschaft	275
2. Fremddorganschaft	279
II. Geschäftsführung und Vertretung bei Selbstorganschaft	283

III. Der Korrespondentreeder als das Handlungsorgan der fremdorgan- schaftlich verfassten Partenreederei	284
1. Außenkompetenzen des Korrespondentreeders	284
2. Einschränkungen der Vertretungsmacht des Korrespondentreeders ...	288
3. Die Geschäftsführungsbefugnisse	290
4. Mehrere Korrespondentreeder (intraorganisatorische Willensbil- dung)	290
5. Sorgfalt des Korrespondentreeders	290
6. Kompetenzverteilung zwischen der Gesamtheit der Mitreeder und dem fakultativ bestellten Korrespondentreeder	291
a) Weisungsabhängigkeit des Korrespondentreeders	291
b) Grundlagenkompetenzen der Mitreeder	293
7. Kontrollrechte	293
a) Individuelles Informationsrecht (§ 498 S. 2 HGB)	294
b) Kollektive Informationspflicht	294
8. Die Personalkompetenz der Gesamtheit der Mitreeder	294
a) Die Bestellungskompetenz	294
b) Das Mehrheitserfordernis bei Bestellung des Korrespondent- reeders	296
C. Fazit	298

4. Abschnitt

Die allgemeinen Prinzipien der organisatorischen Gewaltenteilung	299
§ 14 Das Prinzip der Gesamtvertretung	299
A. Die Gesamtvertretung	299
B. Die Einzelermächtigung (§§ 78 Abs. 4 AktG, 25 Abs. 3 GenG, 125 Abs. 2 Abs. 2 S. 2 HGB)	300
I. Die dogmatische Einordnung der Einzelermächtigung	302
II. Die Rechtsnatur der Ermächtigung als historischer Entwicklungsprozess	305
III. Die Einzelermächtigung im Rahmen der unechten organschaftlichen Gesamtvertretung	311

C. Die Regelungskompetenz der Aktivvertretung und die Bestimmung der Anzahl der Organwalter in fremdorganschäftlich verfassten Systemen	314
I. Regelungskompetenz der Aktivvertretung (Gesamt- oder Einzelvertretung) bei Aktiengesellschaft und GmbH	315
II. Bestimmung der Zahl der Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer	323
1. Die GmbH	323
2. Die Aktiengesellschaft	324
III. Ein allgemeiner Rechtsgedanke	327
1. Die Regelungskompetenz hinsichtlich der Art und Weise der Vertretung	327
2. Bestimmung der Zahl der Vorstandsmitglieder	331
3. Fazit	332
D. Ergebnis	332
§ 15 Fremd- und Eigenverwaltung	332
§ 16 Keine Überbewertung der Unterschiede	338

3. Teil

Das Verhältnis fremdorganschäftlicher und selbstorganschäftlicher Organisationssysteme	343
§ 17 Der nicht eingetragene Verein und die (einfache) Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Extremformen des Grundtyps des Verbandsrechts	343
A. Die Undurchführbarkeit einer Abgrenzung von nicht eingetragenen Verein und BGB-Gesellschaft	343
B. Die Verweisung des § 54 S. 1 BGB	350
I. Vom Sinn und Unsinn der Verweisung des § 54 S. 1 BGB	350
II. Die Verweisung auf die §§ 705 ff. BGB	352
III. Die §§ 54 S. 1, 705 ff. BGB und die Lehre vom Typenzwang	355
IV. Die Haftung im nicht eingetragenen Verband	356
1. Die Haftung im nicht eingetragenen Verein	357
2. Die Haftung in der (nicht eingetragenen) einfachen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts	359

V. Die gesetzlichen Sondervorschriften für den nicht eingetragenen Verein	361
VI. Die Handlungsverfassung des nicht eingetragenen Vereins	364
C. Der nicht konzessionierte wirtschaftliche Verein und die fremdorganschaftlich verfasste offene Handelsgesellschaft	366
I. Anwendbares Normenprogramm	366
II. Grundsätzliches	367
III. Das Betreiben eines Handelsgewerbes	370
IV. Probleme der wirtschaftlichen Korporation vor Inkrafttreten des BGB	376
1. Abgrenzung <i>societas universitas</i> im Bereich des Pr. ALR	377
2. Die Lehre von der modifizierten <i>societas</i>	383
V. Fälle hingenommener Fremdorganschaft in der Rechtsprechung	387
VI. Der nicht konzessionierte wirtschaftliche Verein und die (Publikums-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts	391
D. Formen körperschaftlich organisierter Gesellschaften	394
I. Das tradierte Recht der Vorgesellschaften als Beispiel körperschaftlich verfasster Gesellschaften des bürgerlichen Rechts	394
1. Die heutige Rechtsanschauung	395
2. Die tradierte Einordnung der Gründungsgesellschaft als Gesellschaft oder Verein des bürgerlichen Rechts	396
II. Die nicht eingetragene Genossenschaft	397
1. Die Vorgenossenschaft	398
2. Die nicht eingetragene Dauergenossenschaft	398
III. Körperschaftlich verfasste oHG und BGB-Gesellschaft als Rechtsfolge des Rechtsformzwangs bei Rechtsformverfehlung	400
1. Der Rechtsformzwang bei der Rechtsformverfehlung	400
2. Die nachträgliche Rechtsformverfehlung bei der unechten Vorgesellschaft	403
a) Die unechte Vorgesellschaft als BGB-Gesellschaft oder offene Handelsgesellschaft	403
b) Die unechte Vorgesellschaft als Erweiterung des gesellschaftsrechtlichen <i>numerus clausus</i>	404
3. Die Handlungsorganisation	409
E. Ergebnis	412

§ 18 Die Handelndenhaftung	413
A. § 54 S. 2 BGB im Gesamtsystem des Verbandsrechts	413
B. Die §§ 41 Abs. 1 S. 2 AktG, 11 Abs. 2 GmbHG	413
I. Von Art. 211 Abs. 2 ADHGB zu §§ 41 Abs. 1 S. 2 AktG, 11 Abs. 2 GmbHG	413
II. Europarechtliche Vorgaben	432
III. §§ 41 Abs. 1 S. 2 AktG, 11 Abs. 2 GmbHG auf dem Prüfstand	434
C. Die Vorschrift des § 54 S. 2 BGB	438
I. Die Entstehungsgeschichte	439
II. Das Verhältnis zu § 179 BGB	443
III. Der Handelndebegriff iSd § 54 S. 2 BGB	444
1. Die Vorgaben der zweiten Kommission	444
2. Die Handhabung der Rechtspraxis	445
D. Die fehlende Vorschrift im Genossenschaftsrecht	450
I. Das preußische Genossenschaftsgesetz	450
II. Das GenG vom 1. Mai 1889	453
III. § 18 des Entwurfs eines Genossenschaftsgesetzes von 1938/1939 und § 14 Referentenentwurf 1962	453
IV. Anwendbarkeit des Gedankens der §§ 41 Abs. 1 S. 2 AktG, 54 S. 2 BGB, 11 Abs. 2 GmbHG auf die nicht eingetragene Genossenschaft	454
E. Die Bedeutung des allgemeinen verbandsrechtlichen Gedankens einer subsidiären Organhaftung für die fremdorganschaftlich verfasste offene Handelsgesellschaft	457
§ 19 Die atypische Handlungsverfassung und die Erfüllung gesetzlicher Pflichten	458
A. Die verbandsinterne Verantwortlichkeit als Annex der Geschäftsführung	458
B. Privatautonome Modifikationen der Handlungsverfassung bei offener Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft	459
I. Der Ausschluss von persönlich haftenden Gesellschaftern von der Geschäftsführung und die Buchführungspflicht	463
II. Der (ausschließlich) geschäftsführende Kommanditist	469
III. Die verbandsinterne Verantwortung für die Erfüllung steuerlicher Pflichten durch den Verband	470
IV. Insolvenzantrag	476

Inhaltsverzeichnis	23
C. Berührungspunkte mit der Lehre vom fehlerhaften Organ	477
I. Die Rechtsprechung zum fehlerhaft bestellten Organ	478
II. Die Rechtsprechung zum faktischen Organ	480
D. Ergebnis	484

4. Teil

Der Wechsel der Handlungsverfassung – Die fremdorganschaftlich verfasste offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und BGB-Gesellschaft	485
§ 20 Verbandssouveränität und Handlungsfähigkeit	485
A. Der Ausschluss aller Gesellschafter von der organschaftlichen Vertretung	485
B. Selbstorganschaft und der Gedanke der Verbandssouveränität	494
C. Die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft	496
I. Die „Vermögensverwaltungsstelle für Offiziere und Beamte KGaA“ (RGZ 74, 297; 82, 360)	498
II. Der Beschluss des Oberlandesgerichts München vom 14. Juli 1937	503
D. Ergebnis	505
§ 21 Zum zwingenden Zusammenhang von Herrschaft und Haftung	505
A. Der Gleichlauf von Herrschaft und Haftung	506
I. Der Grundsatz des Zusammenhangs von Herrschaft und Haftung	506
II. Der unternehmensleitende Kommanditist	508
III. Der zwingenden Charakter des § 170 HGB	516
IV. Herrschaft und Haftung als zwingendes Ordnungselement der gesetz- lichen Typenordnung	522
V. Der Zusammenhang von Herrschaft und Haftung als rechtspolitisches Ziel	528
VI. Der Zusammenhang von Herrschaft und Haftung als wirtschaftsverfas- sungsrechtlicher Grundsatz	530
VII. Die Umkehrung: Keine Haftung ohne Herrschaft	532
VIII. Selbstorganschaft als Ausgleich fehlender Vorschriften der Kapitalsiche- rung	533

B. Unbeschränkte Haftung als Ausgleich der Rechtsmacht, die Gesellschafter unbeschränkt verpflichten zu können	534
C. Ergebnis	543
§ 22 Das Abspaltungsverbot	543
A. Die fremdorganschafliche Verfassung als Verstoß gegen das Abspaltungsverbot (BGHZ 36, 292)	543
B. Ergebnis	549
§ 23 Anerkannte Ausnahmen vom Prinzip der Selbstorganshaft	549
A. Die organisationsrechtlichen Durchbrechungen des Prinzips der originären Mitgliederselbstverwaltung	549
I. Die Liquidationsgesellschaft	549
II. Der Ausschließungsprozess	553
B. Die faktische Durchbrechung der Selbstorganshaft	559
I. Die Holiday Inn-Entscheidung des Bundesgerichtshofs, BGH, NJW 1982, 1817	561
II. Publikumsgesellschaft und Selbstorganshaft	565
III. Die jüngste Rechtsprechung	567
C. Ergebnis	568
§ 24 Die fremdorganschaflich verfasste offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und BGB-Gesellschaft	568
A. Der Ausgangspunkt	568
B. Originäre statt abgespaltene Rechte	570
C. Kompetenzverteilung der abstrakten Handlungsverfassung	570
D. Publizität der Drittorganshaft	573
E. Haftung des Fremdgeschäftsführers nach außen	575
F. Eine mögliche Handlungsverfassung	577
I. Die Handelsgesellschaft auf Einlagen	578
II. Der Entwurf einer einfachen Gesellschaft für Bosnien-Herzegowina von <i>Rußmann</i>	579
Literaturverzeichnis	582
Sachregister	597

§ 1 Einleitung

A. Das Prinzip der Selbstorganschaft

Das Prinzip der Selbstorganschaft gilt als eines der Grundprinzipien des Personengesellschaftsrechts, das dem umfassenden Dispositionsspielraum bei Abfassung von Personengesellschaftsverträgen eine – zumindest nominale¹ – Grenze setzt². Einiges ist über sie geschrieben worden. So manche Dissertation stellt sie in ihren Mittelpunkt³; auch in den wesentlichen Beiträgen zur Diskussion rund um Typenzwang und Typenfreiheit fehlte sie nicht und so wurde ihr mal mehr, mal weniger Platz eingeräumt⁴.

Das überwiegende Verständnis der Selbstorganschaft geht heute dahin, dass sie die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung in der werbenden⁵ Gesellschaft den Gesellschaftern zwingend vorbehält⁶. Nach dieser Lesart bedeutet Selbstorganschaft Unternehmensführung durch Gesellschafter, Fremdorganschaft hingegen, wie vor allem im Bereich der Kapitalgesellschaften anzutreffen, treuhänderische Fremdverwaltung durch Dritte⁷. Der Bundesgerichtshof versteht unter Selbstorganschaft das zwingende Gebot, dass in einer Personengesellschaft stets eine Vertretung allein durch die persönlich haftenden Gesellschafter möglich sein muss⁸, oder anders gewendet, dass die organschaftliche Vertretungsbefugnis nur ei-

¹ Vgl. *Reuter*, FS-Mestmäcker, S. 271 (278).

² HGB-Großkommentar/*Ulmer*, 4. Auflage, § 109, Rdnr. 34; *Schlegelberger/Martens*, § 114, Rdnr. 50 ff.

³ ZB: *Bürck*, Selbstorganschaft oder Drittorganschaft in der OHG und KG?, 1968; *Werra*, Zum Stand der Diskussion um die Selbstorganschaft, 1991; *Zinn*, Abschied vom Grundsatz der Selbstorganschaft bei Personengesellschaften?, 1997.

⁴ *Nitschke*, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, § 13 f. = S. 213 ff.; *Reuter*, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973, § 10 II 2 = S. 178 ff.; *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, § 11 (5) b = S. 116 ff., § 17 = S. 189 ff.; *Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, § 5 III = S. 148 ff., § 10 ff. = S. 328 ff.

⁵ Für die Liquidationsgesellschaft gilt § 146 HGB, der überwiegend als Ausnahme zur Selbstorganschaft gesehen wird, vgl. *Nitschke*, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, § 13 III 4 = S. 232; aA *Schlegelberger/K. Schmidt*, § 125, Rdnr. 5, der darin nur eine Modifikation der Selbstorganschaft sieht.

⁶ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, § 6 IV 1 a = 343.

⁷ *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, § 11 5 b = S. 116 f.; *Nitschke*, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, § 13 I 1 = S. 215; *Helm/Wagner*, BB 1979, 225 (228); *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, § 6 IV 1 = 343 f.; vgl. auch *Reuter*, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973, S. 178 f.

nem Gesellschafter und nicht einem Dritten zustehen kann⁹. Daraus folgt für die Rechtsprechung, dass im Gesellschaftsvertrag nicht alle persönlich haftenden Gesellschafter wirksam von der Vertretung ausgeschlossen werden können oder dass in einer Kommanditgesellschaft nicht der einzig persönlich haftende Gesellschafter wirksam an die Mitwirkung eines Kommanditisten gebunden werden kann¹⁰. Nicht aber verbiete der Grundsatz der Selbstorganschaft, wie der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, dass ein Dritter durch Gesellschafterbeschluss oder von vorneherein im Gesellschaftsvertrag im weiten Umfange mit Geschäftsführungsaufgaben betraut und mit umfassender Vollmacht ausgestattet wird¹¹, was mithin als faktische Preisgabe des Prinzips der Selbstorganschaft gedeutet wird¹² (siehe unten § 23 B). Differenzierter geht heute nur *K. Schmidt zu Werke*: Für ihn besteht das Prinzip der Selbstorganschaft zunächst einfach nur darin, dass eine Gesamthand, anders als eine Körperschaft, ihre Leitungsorgane hat und nicht erst durch Bestellung erhält¹³. Selbstorganschaft in diesem Sinne dürfe nicht bei Personengesellschaften als zwingend und bei Körperschaften als fakultativ angesehen werden, sondern sie sei bei den einen vorhanden, bei den anderen nicht. Erst in einem zweiten Schritt erkennt auch *K. Schmidt* die Selbstorganschaft als zwingendes Organschaftsmonopol der unbeschränkt haftenden Gesellschafter an und findet ihre Rechtfertigung in der das Personengesellschaftsrecht noch beherrschenden Vorstellung, persönliche Haftung könne eine Kapitalsicherung im Unternehmen ersetzen (keine Kapitalgarantien, keine Insolvenzantragspflichten)¹⁴.

Auf eine Klärung des Begriffspaares Selbst- und Fremdorganschaft wird an dieser Stelle verzichtet. Sie wird an späterer Stelle erfolgen (§ 3 B II). Die Problematik ist mit dem Vorangestellten hinreichend umrissen.

⁸ BGHZ 26, 330 (333), Urt. v. 06. 02. 1956, Az: II ZR 210/56.

⁹ BGHZ 33, 105 (108), Urt. v. 11. 07. 1960, Az: II ZR 260/59; BGHZ 36, 292 (295), Urt. v. 22. 01. 1962, Az: II ZR 11/61; vgl. auch *Reuter*, JZ 1986, 16 (18); *Löffler*, NJW 1983, 2920 (2921).

¹⁰ BGHZ 41, 367 (369), Urt. v. 25. 05. 1964, Az: II ZR 42/62.

¹¹ BGH, NJW 1982, 1817, Urt. v. 05. 10. 1981, Az: II ZR 203/80; BGH, in: NJW 1982, 877 (878), Urt. v. 16. 11. 1981, Az: II ZR 213/80; BGH, in: NJW 1982, 2495, Urt. v. 22. 03. 1982, Az: II ZR 74/81; BGH, in: MittRhNotK 1994, 224, Urt. v. 20. 09. 1993, Az: II ZR 204/92; OLG Köln, MittRhNotK 1993, 37 (38) = DStR 1992, 1771 Lt., Urt. v. 12 U 58/91; OLG Köln, in: NZG 1999, 769 (772), Urt. 25. 11. 1998, Az: 13 U 185/97; KG, in: BauR 2000, 114, Urt. v. 22. 12. 1998, Az: 27 U 429/98.

¹² OLG Köln, in: NZG 1999, 769 (772), Urt. 25. 11. 1998, Az: 13 U 185/97; „Einschränkung des Grundsatzes der Selbstorganschaft“; KG, in: BauR 2000, 114, Urt. v. 22. 12. 1998, Az: 27 U 429/98; „faktische Einschränkung des Grundsatzes der Selbstorganschaft“; ebenso: Münchener Kommentar-*Ulmer*, 3. Auflage, § 709, Rdnr. 6; *H.P. Westermann*, FS-Lutter, 2000, S. 955 (963) spricht von einer Durchbrechung des Prinzips der Selbstorganschaft; vgl. auch *Erman-H. P. Westermann*, 10. Auflage 2000, § 709, Rdnr. 4.

¹³ *K. Schmidt*, in: Schlegelberger, § 125, Rdnr. 6.

¹⁴ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 1997, § 14 II 2 = S. 415 ff.

Das Prinzip der Selbstorganschaft – verstanden zunächst als der zwingende Ausschluss externer Personen von „organschaftlichen“ Befugnissen – ist in dieser Funktion manchen ein reglementierender Dorn im Auge, eine „ungewohnte Zwangsfürsorge“¹⁵, während es von *Reuter* als die letzte, noch nicht geschliffene Feste auf dem Weg der völligen Angleichung von Personen- und Kapitalgesellschaften verbittert verteidigt wird¹⁶. Doch es gibt zwischen diesen Extremen auch vorsichtige, reservierte Stimmen, wie zB *Barbara Grunewald*, die in ihrem Lehrbuch feststellt: „Was genau dieser Grundsatz besagt, ist aber alles andere als deutlich“¹⁷. Die Unsicherheit über den Inhalt des Prinzips der Selbstorganschaft liegt daran, dass allzu oft die „Diskussion um die Selbstorganschaft“¹⁸ auf die spektakulären Probleme verengt wird, ob alle Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen werden können, ob dem Kommanditisten entgegen § 170 HGB die organschaftliche Vertretungsbefugnis eingeräumt werden darf und letztlich, ob Dritte zu organschaftlichen Geschäftsführern und Vertretern iSd §§ 114 ff., 125 ff. HGB berufen werden können¹⁹, als dass vorgelagerte, aber trockenen Fragen nach der Stellung und Funktion der Selbst- und Fremddorganschaft in der Struktur der Organisationsverfassungen der verschiedenen Verbandsformen – nicht nur den Personengesellschaften – noch weiter interessieren könnten²⁰. Unter dieser Reduzierung hat die Diskussion gelitten. Selbst- und Fremddorganschaft müssen als Problem des allgemeinen Verbandsrechts verstanden werden²¹. Es geht darum, gemeinsame Grundsätze zu finden und diese „vor die Klammer“ des besonderen Verbandsrechts zu ziehen. Dann erst kann die Frage beantwortet werden, ob eine Personengesellschaft, die den Kredit ihrer Gesellschafter schätzt, aber deren Fehlmanagement leid ist, einen Dritten mit der organschaftlichen Führung der Gesellschaft betrauen kann.

Über die Frage, ob es ein praktisches Bedürfnis nach Fremddorganschaft gibt, ist viel geschrieben worden²². Ihr soll hier daher nicht weiter nachgegangen werden.

¹⁵ *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, § 11 (5) b = S. 116 ff. (124); *Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 443 ff.

¹⁶ *Reuter*, FS-Mestmäcker, S. 271 (278); *derselbe*, FS-Steindorf, S. 229 (232 ff.)

¹⁷ *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, 1999, Rdnr. 1. A. 41.

¹⁸ So der Titel des Buches von *Werra*, Zum Stand der Diskussion um die Selbstorganschaft, 1991.

¹⁹ Vgl. nur *Helm/Wagner*, BB 1979, 225 ff.

²⁰ So die Worte von *K. Schmidt*, GS Knobbe-Keuk, S. 307 (320): „Sobald die... Diskussion um die Formularbuchweisheiten zur Selbstorganschaft verlassen wird, macht uns das Rechtsinstitut deutlich, wie schnell wir an die Grenzen unseres Wissens um die Binnenstruktur der Verbände geraten“.

²¹ In *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 1997, § 14 II 2 = S. 415 ff. finden sich die Ausführungen zur Selbst- und Fremddorganschaft im ersten Teil des Lehrbuchs, der mit „Allgemeine Lehren“ überschrieben ist.

²² Vgl. nur *Helm/Wagner*, BB 1979, 225 ff.; *Zinn*, Abschied vom Grundsatz der Selbstorganschaft bei Personengesellschaften?, 1997, S. 11 ff.