

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	21	
A. Einleitung	21	
B. Gang der Untersuchung	23	
<i>I. Teil</i>		
Allgemeine Grundlagen		24
I. Abschnitt		
Grundzüge unmittelbarer und mittelbarer Organschaft		24
§ 2 Das organschaftliche Handeln	24	
A. Der Organbegriff	24	
I. Generell-funktionelle Komponente	24	
II. Institutionelle Komponente	25	
III. Spezifisch-funktionelle Komponente	25	
IV. Institutionell-funktioneller Organbegriff	27	
B. Grundverständnis organschaftlichen Handelns	27	
I. Der Streit zwischen Vertretertheorie und Organtheorie	27	
1. Uneinheitlichkeit der gesetzlichen Regelungen	28	
2. Keine Stellungnahme des Gesetzgebers	29	
3. Ergebnis	30	
II. Die juristische Person	31	
1. Die Fiktionstheorie	31	
2. Die Theorie der realen Verbandspersönlichkeit	32	
3. Stellungnahme	33	
a) Vorrechtliche Existenz der Verbände	33	
b) Verleihung von Rechtssubjektivität durch die Rechtsgemeinschaft	34	
c) Die Konnexität von Rechts- und Handlungsfähigkeit	35	
d) Ergebnis: Organhandeln ist Eigenhandeln	37	

III. Die Personengesellschaften	38
1. Traditionelle Auffassung	38
2. Das moderne Dogma der rechtsfähigen Personengesellschaft	39
3. Das personengesellschaftsrechtliche Gesamthandsprinzip	40
a) Individualistische und kollektivistische Gesamthandstheorie	40
b) Eine Kritik der modernen „Gesamthandslehre“	41
c) Aufgabe des gesellschaftsrechtlichen Gesamthandsprinzips	46
4. Zur Frage der „Teilrechtsfähigkeit“	50
5. Organstellung der handelnden Personengesellschafter	53
6. Insbesondere bei der BGB-Gesellschaft	54
C. Organ und Organwalter	55
I. Zweistufiger Organaufbau bei der juristischen Person	55
II. Einstufiger Organaufbau bei den Personengesellschaften	56
D. Resümee	57
§ 3 Mittelbare Organschaft	58
A. Der Tatbestand der mittelbaren Organschaft	58
B. Die BGB-Gesellschaft als Organwalter	59
C. Spezialgesetzliche Verbote	60
I. Ausdrückliche gesetzliche Zulassung der mittelbaren Organschaft im Recht der Personenhandelsgesellschaften	60
II. Das Wesen der Geschäftsleitung	61
1. Die Auffassung des Gesetzgebers	61
2. Keine Allgemeingültigkeit des Wesensarguments	61
III. Generelle Probleme der mittelbaren Organschaft	63
D. Ergebnis	65
 2. Abschnitt 	
Rechtliche Rahmenbedingungen der organschaftlich handelnden BGB-Gesellschaft	66
§ 4 Rechts- und Handlungsfähigkeit der BGB-Gesellschaft	66
A. Organstellung und Rechtsfähigkeit	66
B. Voraussetzungen der rechtsfähigen BGB-Gesellschaft	67
I. Innen- und Außengesellschaft	68

Inhaltsverzeichnis	9
1. Außenhandeln ist keine Voraussetzung der Rechtsfähigkeit	69
2. Abgrenzungsprobleme	70
3. Innen- und Außengesellschaft mit und ohne Gesellschaftsvermögen	71
4. Keine Gleichsetzung der Außengesellschaft mit der rechtsfähigen Gesellschaft	72
II. Die rechtsfähige, weil unternehmenstragende GbR	73
III. Subjektiver Wille der Gesellschafter	74
IV. Strukturmerkmale der rechtsfähigen BGB-Gesellschaft	75
1. Identitätsausstattung	76
2. Handlungsorganisation	78
V. Ergebnis	80
C. Folgerungen für die organschaftlich handelnde GbR	80
§ 5 Die Handlungsorganisation der rechtsfähigen BGB-Gesellschaft im Lichte der mittelbaren Organschaft	81
A. Die Handlungsverfassung der BGB-Gesellschaft	81
I. Verbandsinterne Willensbildung	81
II. Die Geschäftsführung	83
III. Organschaftliche Vertretung	84
B. Würdigung der Handlungsverfassung der BGB-Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Organschaft	86
 3. Abschnitt 	
Selbst- und Fremdorganschaft	89
§ 6 Meinungsstand und gesetzliche Vorgaben des Grundsatzes der Selbst- organschaft	89
A. Inhalt des Grundsatzes der Selbstorganschaft nach herrschender Meinung	89
B. Entwertung des Grundsatzes der Selbstorganschaft bei mittelbarer Organ- schaft	91
C. Gesetzliche Vorgaben	92
I. Das Gesamthandsprinzip (§§ 718, 719 BGB)	93
II. Das Abspaltungsverbot des § 717 S. 1 BGB	94
III. Drittorghanschaft in der Liquidation und während des Ausschließungs- prozesses	96
IV. Ausschluss des Kommanditisten von der Vertretung der KG	98
V. Resümee	100

§ 7 Die fehlende materielle Rechtfertigung des Grundsatzes der Selbstorganshaft	100
A. Das Wesen der Personengesellschaften	100
B. Der Grundsatz der Selbstorganshaft als Ausprägung einer Typengesetzlichkeit	102
C. Der Grundsatz des Gleichlaufs von Haftung und Herrschaft	103
I. Keine Herrschaft ohne Haftung	104
1. Haftung und Verantwortungsbewusstsein	104
a) Persönliche Haftung als Mechanismus der Selbstregulierung .	104
b) Selbststeuerung durch persönliche Haftung als unbewiesene Prämisse	105
2. Herrschaft ohne Haftung in der Kommanditgesellschaft	108
a) Der geschäftsführende Kommanditist	108
b) Der angeblich zwingende Charakter des § 170 HGB	110
c) Die GmbH & Co. KG	112
II. Keine Haftung ohne Herrschaft	113
III. Ergebnis	115
D. Schutz der Personengesellschafter	115
I. Selbstschutz durch Interessenparallelität	115
1. Interessenbündelung durch gemeinsame Zweckverfolgung	116
2. Überbewertung des Aspekts durch die herrschende Meinung	117
II. Selbstbestimmungsschutz im Falle der Drittorganshaft	118
1. Errichtung der Drittorganshaft	118
2. Weisungsrechte	119
3. Bestellungsverzicht	119
E. Fremdorganshaft und Gläubigerschutz	120
I. Gläubigerschutz und persönliche Haftung	121
II. Publizität der Drittorganshaft	122
F. Aushöhlung des Grundsatzes der Selbstorganshaft	123
I. Die Holiday Inn-Entscheidung des BGH	123
II. Sonstige Umgehungstatbestände	124
G. Bedürfnis nach Drittorganshaft	124
H. Ergebnis	125

2. Teil

**Die rechtsfähige BGB-Gesellschaft als Organ
der Personenhandelsgesellschaften** 126

1. Abschnitt

Organstellung kraft Mitgliedschaft 126

§ 8	Beteiligungsfähigkeit der BGB-Gesellschaft an den Personenhandelsgesellschaften	126
	A. Keine gesetzliche Zulassung der Beteiligung	127
	I. Beteiligungsfähigkeit nach § 162 Abs. 1 S. 2 HGB	127
	II. Beteiligungsfähigkeit aufgrund Europarechts	128
	B. Die Argumente der ablehnenden Auffassung	129
	I. Fehlende Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft und personenbezogenes Wesen der Personenhandelsgesellschaften	129
	II. Haftung der BGB-Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Personenhandelsgesellschaft	130
	1. Möglichkeit der Haftungsbeschränkung	130
	2. Das Problem der indirekten Gesellschafteridentität	131
	a) Entzug von Haftkapital durch Doppelbeteiligung	131
	b) Bestehen bleibende Bedenken	131
	c) Kein Durchgreifen der Bedenken	132
	III. Kein Rechtsformwechsel der beteiligten BGB-Gesellschaft	133
	1. Die Lehre vom Gesellschafter-Kaufmann	133
	2. Die ablehnende Auffassung	134
	3. Stellungnahme	135
	a) Ablehnung der Kaufmannseigenschaft als Konsequenz der Rechtsfähigkeit	135
	b) Keine Kaufmannseigenschaft aufgrund persönlicher Haftung .	136
	c) Verbleibende Einwände	136
	d) Kaufmannseigenschaft der geschäftsführenden Gesellschafter?	137
	4. Normanwendungs- und Analogieproblem	138
	5. Unangemessenheit der Umwandlung	139
	C. Fazit zur Beteiligungsfähigkeit	140
§ 9	Die fehlende Registerpublizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts . . .	140
	A. Problemaufriss	140

I. Identität der persönlich haftenden Gesellschafter	141
II. Publizität der Vertretungsverhältnisse	142
B. Lösungsansätze	143
I. Eintragungsfähigkeit der BGB-Gesellschaft	144
1. Eintragungsfähigkeit und Identitätsausstattung	145
2. Klarheit und Bestimmtheit der Eintragung	146
3. Keine Eintragung durch Eintragung der Gesellschafter	146
4. Kein Zwang zur Namensführung	148
5. Ergebnis	148
II. Eintragung des Mitgliederbestandes	149
1. Eintragung der Gesellschafter und Gläubigerschutz	150
2. Entsprechende Anwendung des § 162 Abs. 1 S. 2 HGB	152
3. Einwände	153
a) Kollision mit dem Dogma der Rechtsfähigkeit	153
b) Praktikabilitätsabwägungen	154
c) Geringe Bedeutung des Handelsregisters	155
4. Ergebnis	156
III. Publizität der Vertretungsverhältnisse	156
1. Keine Eintragung der Vertretungsverhältnisse	157
2. Eintragung einer von der Gesamtvertretung abweichenden Vertretungsregelung	157
3. Annahme von Einzelvertretung bei Schweigen des Handelsregisters	159
4. Eintragung der konkreten Vertretungsverhältnisse	160
5. Entsprechende Anwendung von § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB	161
6. Ergebnis	162
IV. Publizitätssicherung durch Eintragungspflicht	162
1. Eintragungsfähige und eintragungspflichtige Tatsachen	162
2. Angaben zum Mitgliederbestand und den Vertretungsverhältnissen als eintragungspflichtige Tatsachen	163
3. Eintragungspflichtigkeit von Änderungen	163
a) Wechsel im Mitgliederbestand	164
b) Keine Auswirkung des Mitgliederwechsels auf die Identitätsausstattung der GbR	166
c) Änderung der Vertretungsverhältnisse	167
4. Eintragungspflicht und Vertrauensschutz	167
a) Die Bedeutung des § 15 HGB für den Gläubigerschutz	167
b) Anwendung von § 15 HGB auf die Verbandsinterna der beteiligten BGB-Gesellschaft	168

c) Unzulänglicher Verkehrsschutz aufgrund allgemeiner Rechts- scheinhaftung	169
aa) Publizitätssicherung durch Rechtscheinhaftung	169
bb) Entgegenstehende Registerfähigkeit der BGB-Gesellschaft	169
cc) Fehlender Kausalzusammenhang	170
V. Eintragung trotz Fehlens einer gesetzlichen Grundlage	171
VI. Bewirkung der Eintragung	172
C. Alternativvorschlag Gesellschafterliste	173
I. Die Vorteile einer Gesellschafterliste	174
II. Die Bedenken	174
D. Besonderheiten bei der drittorganschäftlich handelnden BGB-Gesellschaft	175
I. Eintragung der BGB-Gesellschaft als Drittorgan	175
II. Keine Eintragung des Mitgliederbestandes	176
III. Eintragung der Vertretungsverhältnisse	176
IV. Bewirkung der Eintragung	177
E. Resümee	178

2. Abschnitt

Integration der BGB-Gesellschaft in die Handlungsverfassung der Personenhandelsgesellschaft	179
--	-----

§ 10 Beteiligung der Gesellschafter bei der Begründung der Organstellung kraft Gesetzes	179
A. Mitwirkung der BGB-Gesellschafter	180
I. Im Falle der Selbstorganschäft	180
II. Im Falle der Drittorganschäft	181
III. Missachtung des Zustimmungserfordernisses	182
B. Mitwirkung der Gesellschafter der Personenhandelsgesellschaft	183
I. Im Falle der Selbstorganschäft	183
II. Im Falle der Fremdorganschäft	183
C. Mitwirkung der Personenhandelsgesellschaft bei der Auswahl der hand- lungsbefugten Organwalter der GbR	185
I. Organisationsrechtliche Ausgangslage	186
II. Tatsächliche Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter	187

1. Einflussmöglichkeiten bei der Begründung der Organstellung . . .	187
2. Späterer Wechsel der Geschäftsleitung	187
III. Pflicht zur Berücksichtigung der Belange der Personenhandelsgesellschaft unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht	188
1. Meinungsstand im Recht der GmbH & Co. KG(aA)	188
2. Problemfelder der herrschenden Meinung	189
3. Treuepflichtbindung der leitenden BGB-Gesellschaft	190
a) Mitgliedschaftliche Treuepflicht	190
b) Organschaftliche Treuepflicht	191
c) Treuepflichtbindung im Falle der Selbstorganschaft	192
d) Treuepflichtbindung der drittorganschaftlich handelnden BGB-Gesellschaft	192
4. Pflicht zur Berücksichtigung der Belange der Personenhandelsgesellschaft als Problem der Erstreckung der Treuepflicht auf Nichtgesellschaftler	193
a) Keine Treuepflichtbindung der BGB-Gesellschafter gegenüber der Personenhandelsgesellschaft prima facie	193
b) Keine abgeleitete Treuepflichtbindung	194
5. Meinungsstand zur Geltung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht für Nichtgesellschaftler	195
6. Der Geltungsgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht	197
a) Mitgliedschaftliches Gemeinschafts- und Vertrauensverhältnis	197
b) Mitgliedschaftliche Förderungspflicht	199
c) Mitgliedschaftliche Einwirkungsmacht	199
7. Voraussetzungen der Treuepflichtgeltung für Dritte	202
a) Erfordernis einer Sonderverbindung	202
b) Spezifisch gesellschaftsrechtlich vermittelte qualifizierte Einwirkungsmacht	203
8. Qualifizierte Einwirkungsmacht der BGB-Gesellschafter	204
9. Kollision von Treuepflichtbindung und Personalhoheit der BGB-Gesellschafter	204
a) Eingriff in das Selbstorganisationsrecht der BGB-Gesellschaft	204
b) Interessenabwägung	205
aa) Kein Anspruch auf Auswahl bestimmter Organperson	205
bb) Unterlassungsanspruch bei Unzumutbarkeit	206
cc) Verfolgung eines weiteren Gesellschaftszwecks	207
D. Resümee	208

§ 11 Einflussmöglichkeiten auf die Auswahl der Geschäftsleitung der BGB-Gesellschaft kraft Vereinbarung	210
A. Übertragung der Einsetzungskompetenz	210
I. Verbandssouveränitätsrechtliche Bedenken	211
II. Zulässigkeit der Übertragung	211
B. Schuldrechtliche Vereinbarung	213
I. Benennungsrecht	214
II. Zustimmungsrecht	215
C. Ergebnis	215

3. Abschnitt

Das Handeln der BGB-Gesellschaft als Organ der Personenhandelsgesellschaften 217

§ 12 Die Führung der Geschäfte durch die BGB-Gesellschaft	217
A. Implementierung der Gesamtgeschäftsführung in die Handlungsorganisation der Personenhandelsgesellschaft	217
I. Das Prinzip der Einzelgeschäftsführung	217
II. Ersetzung durch das Prinzip der Gesamtgeschäftsführung	218
B. Rechtsstellung der geschäftsführenden BGB-Gesellschaft	219
I. Gesetzliche Rahmenbedingungen	220
II. Umfang der Geschäftsführungsbefugnis – Betreiben eines Handelsgewerbes	221
III. Pflicht zur persönlichen Amtsausübung	222
IV. Weisungsrechte	223
1. Weisungsrecht gegenüber der BGB-Gesellschaft	223
a) Im Falle der Selbstorganschaft	223
b) Im Falle der Fremdorganschaft	224
aa) Grundsätzliches Bestehen eines Weisungsrechtes	224
bb) Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Verbandssouveränität	224
2. Weisungsrecht gegenüber den Organwaltern der BGB-Gesellschaft	226
a) Im Falle der Selbstorganschaft	226
b) Im Falle der Drittorganschaft	227
c) Vereinbarung eines unmittelbaren Weisungsrechtes	228
V. Die organschaftliche Haftung der BGB-Gesellschaft	229
1. Rechtsgrundlage der Organhaftung	229

a) Im Falle der Selbstorganschaft	229
b) Im Falle der Fremdorganschaft	230
2. Pflichten der geschäftsführenden BGB-Gesellschaft	231
3. Zurechnung von Fehlverhalten	232
4. Sorgfaltsmaßstab – Anwendung von § 708 BGB?	233
a) Die Ratio legis des § 708 BGB	234
b) Keine Anwendung des § 708 BGB auf die BGB-Gesellschaft .	236
c) Auswirkung auf das Innenverhältnis der BGB-Gesellschaft? ..	238
VI. Insbesondere: Die Haftung der Organwalter der BGB-Gesellschaft ge- genüber der Personenhandelsgesellschaft	240
1. Die Organwalter der BGB-Gesellschaft als Organe der Personen- handelsgesellschaft	242
2. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	244
a) Anknüpfungspunkt der Drittschutzwirkung	244
b) Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach herrschender Meinung	245
aa) Leistungsnähe	246
bb) Gläubignähe	247
(1) Keine Wohl-und-Wehe-Beziehung	248
(2) Fehlender Wille zur Verschaffung eines Direktan- spruchs	248
(3) Gefahr von Pflichtenkollisionen	249
(4) Keine Verbesserung der haftungsrechtlichen Situation	250
cc) Erkennbarkeit	251
dd) Schutzbedürftigkeit	252
(1) Bejahung der Voraussetzung im Recht der GmbH & Co. KG	252
(2) Keine Übertragung auf die vorliegende Untersuchung	253
c) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter Berücksich- tigung abweichender Auffassungen	254
aa) Verzicht auf die Voraussetzung der Gläubignähe?	254
bb) Kein Verzicht auf die Voraussetzung der Schutzbedürftig- keit	256
3. Echter Vertrag zugunsten Dritter	257
4. Haftung für sorgfaltswidrige Leitung – Korrelation von Leitungsmacht und Organverantwortlichkeit	259
a) Faktische Organschaft	260
b) Gesamtanalogie zu den §§ 309 Abs. 1 und 2, 317 Abs. 3, 323 Abs. 1 S. 2 AktG	262
c) Fehlende tatbestandliche Eingrenzung	264

5. Organschaftliche Sonderverbindung	265
a) Begründung der Sonderverbindung	265
b) Vergleich mit anderen Sonderrechtsverhältnissen	267
c) Haftung trotz fehlender Schutzbedürftigkeit der Personenhandels-gesellschaft	269
d) Inhalt der Haftung	269
e) Der Sorgfaltsmaßstab	270
f) Keine Haftung bei Ausführung rechtmäßiger Weisungen	271
C. Resümee	272
§ 13 Vertretung von oHG und KG durch die BGB-Gesellschaft	272
A. Inkorporation der Gesamtvertretung in die Personenhandelsgesellschaft .	273
B. Fehlen einer zwingenden Fixierung der Vertretungsmacht	274
I. Gefahr des Leerlaufens von § 126 HGB	274
II. Problemlösung	276
1. Wahrung von § 126 Abs. 1 HGB durch die Koppelung der Vertre-tungsmacht an den Verbandszweck	276
2. Analoge Anwendung von § 126 Abs. 2 HGB	276
C. Ergebnis	278

4. Abschnitt

Beendigung der Organstellung durch Entziehung der Handlungsbefugnisse 279

§ 14 Besonderheiten bei der Abberufung der BGB-Gesellschaft	279
A. Zurechnung von Fehlverhalten	279
B. Unwilligkeit zur Abberufung der Organwalter	280
§ 15 Abberufungsdurchgriff auf die Organwalter der BGB-Gesellschaft	281
A. Direkter und indirekter Abberufungsdurchgriff	282
B. Eingriff in die Organisationshoheit der BGB-Gesellschaft	282
I. Im Falle des direkten Abberufungsdurchgriffs	282
II. Im Falle des indirekten Abberufungsdurchgriffs	283
C. Beschränkung der Vertretungsmacht auf der Ebene der GbR	284
I. Ausgleich der gegenseitigen Interessen	284

II. Möglichkeit zur Beschränkung der Vertretungsmacht	285
III. Anspruchslösung oder analoge Anwendung von § 127 HGB?	286
IV. Die Rechtsgrundlage	286
D. Einflussmöglichkeit auf die Abberufung der Organwalter kraft Vereinbarung	287
I. Übertragung der Abberufungskompetenz	287
II. Keine schuldrechtliche Übertragung	288
E. Ergebnis	288

5. Abschnitt

Ausgewählte konzernrechtliche Fragen 290

§ 16 Die von der geschäftsführenden BGB-Gesellschaft abhängige Personenhandels-gesellschaft	290
A. Der konzernrechtliche Unternehmensbegriff als Ausgangspunkt der Untersuchung	290
B. Die geschäftsführende GbR als herrschendes Unternehmen	292
I. Begründung der Abhängigkeitslage	293
1. Mitwirkung der Gesellschafter	293
a) Ursprüngliche Abhängigkeit	293
b) Nachträgliche Abhängigkeit	294
2. Schutz durch das Wettbewerbsverbot	296
a) Eignung des Wettbewerbsverbots als konzernrechtliches Schutzinstrument	296
b) Geltung des Wettbewerbsverbots für die herrschende BGB-Gesellschaft	297
c) Geltung des Wettbewerbsverbots für die vertretungsberechtigten Organwalter der BGB-Gesellschaft	298
aa) Zum Zurechnungsdurchgriff	299
bb) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	300
cc) Wettbewerbsverbot aufgrund Sonderverbindung	301
II. Pflichten der herrschenden BGB-Gesellschaft	303
1. Schädigungsverbot	303
2. Keine Verlustausgleichspflicht der herrschenden BGB-Gesellschaft analog §§ 311, 317 AktG	304
3. Gesteigerte Informations- und Kontrollrechte	305
C. Resümee	306

§ 17 Die von dem herrschenden Gesellschafter der GbR mittelbar abhängige Personenhandelsgesellschaft	306
A. Der herrschende BGB-Gesellschafter als mittelbar herrschendes Unternehmen	306
B. Die Haftung des mittelbar herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Personengesellschaft	308
I. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	308
II. Haftung als faktischer Geschäftsführer	310
III. Entsprechende Anwendung der §§ 311, 317 AktG	310
IV. Haftung wegen Treupflichtverletzung	311
C. Geltung des Wettbewerbsverbots	313
D. Ergebnis	313
§ 18 Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	315
A. Die Ergebnisse des ersten Teils	315
B. Die Ergebnisse des zweiten Teils	318
Literaturverzeichnis	323
Sachwortverzeichnis	349