

**Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen
Analyse des Rechts**

Band 7

Zum Stand der Diskussion um die Selbstorganschaft

**Die Einflußnahme von Nichtgesellchaftern
und Kommanditisten auf die Geschäftsführung und
Vertretung von Personengesellschaften**

Von

Dr. Matthias Werra



Duncker & Humblot · Berlin

MATTHIAS WERRA

Zum Stand der Diskussion um die Selbstorganschaft

Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts

herausgegeben von

**Heinz Grosseckler, Münster · Bernhard Großfeld, Münster
Klaus J. Hopt, Bern · Christian Kirchner, Hannover
Dieter Rückle, Wien · Reinhard H. Schmidt, Trier**

Band 7

Zum Stand der Diskussion um die Selbstorganschaft

**Die Einflußnahme von Nichtgesellschaftern
und Kommanditisten auf die Geschäftsführung und
Vertretung von Personengesellschaften**

Von

Dr. Matthias Werra



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Werra, Matthias:

Zum Stand der Diskussion um die Selbstorganshaft: die Einflußnahme von Nichtgesellschaftern und Kommanditisten auf die Geschäftsführung und Vertretung von Personengesellschaften / von Matthias Werra. – Berlin:

Duncker und Humblot, 1991

(Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts; Bd. 7)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1990

ISBN 3-428-07030-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1991 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fremddatenübernahme: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Druck: Druckerei Gerike GmbH, Berlin 36

Printed in Germany

ISSN 0935-5065

ISBN 3-428-07030-5

Für Monika

Vorwort

Die Arbeit hat als Dissertation der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster im Wintersemester 1989/90 vorgelegen.

Sie befaßt sich mit der Bedeutung der Selbstorganschaft als einem grundlegenden, dogmatischen Prinzip im Personengesellschaftsrecht angesichts eines zunehmenden wirtschaftlichen Interesses am Fremdeinfluß auf Personengesellschaften. Dabei zeigt sich, daß trotz weitgehender Wandlung der Auffassungen im Personengesellschaftsrecht seit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs 1861 auch heute noch Grenzen der Gestaltungsfreiheit zu beachten sind.

Bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Bernhard Großfeld, bedanke ich mich für die Anregung des Themas und zahlreiche weiterführende Gespräche. Mein Dank gilt darüber hinaus besonders Herrn Prof. Wolfgang Ritter und Herrn Alfred Weber für ihre verständnisvolle Förderung der Arbeit.

Matthias Werra

Inhaltsverzeichnis

<i>1. Abschnitt</i>	
Einleitung	15
<i>2. Abschnitt</i>	
Grundlagen der Diskussion um die Selbstorganschaft	
<i>Die Entwicklung der Geschäftsführung und Vertretung von Personengesellschaften in Gesetz, Rechtsprechung und Literatur von 1861 bis 1945</i>	
	18
A. Überblick	18
B. Entwicklung unter der Geltung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetz- buchs von 1861	19
I. Das ADHGB von 1861	19
1. Bedeutung für die Auslegung des HGB	19
2. Die Regelungen des ADHGB	20
a) Offene Handelsgesellschaft	20
aa) Vertretung	20
bb) Geschäftsführung	21
cc) Liquidation	23
b) Kommanditgesellschaft	23
II. Rechtsprechung und Literatur von 1861 - 1900	26
1. Organschaftliche Vertretung	26
a) Unzulässigkeit des Ausschlusses aller Gesellschafter — Beschluß des Handelsgerichts Köln 1862	26
b) Zulässigkeit des Ausschlusses aller Gesellschafter — Die herr- schende Meinung in Rechtsprechung und Literatur	27
c) Unzulässigkeit der Übertragung auf einen Nichtgesellschafter oder Kommanditisten	29
2. Geschäftsführung	30
a) Ausschluß aller Gesellschafter	30
b) Geschäftsführungsbefugnisse von Nichtgesellschaftern	31
c) Geschäftsführungsbefugnisse von Kommanditisten	32
3. Nichtgesellschafter als gerichtlich bestellter Notgeschäftsführer	33
a) Auflösungsprozeß	33
b) Entziehungsprozeß	33
C. Entwicklung unter der Geltung des Handelsgesetzbuchs und des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1900	34

I. Änderungen der Rechtslage durch das BGB und das HGB	34
1. BGB-Gesellschaft	34
2. Personenhandelsgesellschaften	35
a) Gesamtvertretung durch Gesellschafter und Prokuristen	35
b) Geschäftsführung und Vertretung durch Kommanditisten	36
c) Entziehungsklage	36
d) Liquidation	37
3. Rechtsgeschäftliche Vollmacht	37
a) Widerruflichkeit einer zivilrechtlichen Vollmacht	37
b) Widerruflichkeit von Handlungsvollmacht und Prokura	37
II. Rechtsprechung und Literatur von 1900 bis 1945	39
1. Organschaftliche Vertretung bei Personenhandelsgesellschaften	39
a) Ausschluß aller persönlich haftenden Gesellschafter	39
b) Übertragung auf Nichtgesellschafter oder Kommanditisten	41
aa) Gesamtvertretung durch Gesellschafter und Prokuristen	41
bb) Organschaftliche Vertretung durch Kommanditisten	42
cc) Organschaftliche Vertretung durch Nichtgesellschafter (Selbst- organschaft — Drittorganschaft)	43
2. Geschäftsführung bei den Personengesellschaften	46
a) Geschäftsführungsbefugnisse von Nichtgesellschaftern	46
aa) Unübertragbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Geschäftsfüh- rung (Selbstorganschaft — Drittorganschaft)	46
bb) Übertragbare Geschäftsführungsrechte	48
b) Geschäftsführungsbefugnisse von Kommanditisten	51
3. GmbH & Co. KG	54
4. Der Zusammenhang zwischen Herrschaft und Haftung	55

3. Abschnitt

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	57
A. Personenhandelsgesellschaften	57
I. Vertretung	57
1. Gesamtvertretung durch Gesellschafter und Prokuristen	57
2. Organschaftliche Vertretung durch Kommanditisten	58
3. Nichtgesellschafter mit Generalvollmacht	59
4. Nichtgesellschafter als gerichtlich bestellter Notgeschäftsführer	60
II. Geschäftsführung	61
1. Nichtgesellschafter	61
a) Übertragung der organschaftlichen Geschäftsführungsbefugnis ..	61
b) Weisungsfreie, nicht jederzeit widerrufliche Fremdgeschäftsfüh- rung (Betriebsführungsvertrag „Holiday Inn“)	63
c) Geschäftsführungsbefugnisse von mittelbar Beteiligten (Stille Gesellschafter und Treugeber)	66
d) Widerspruchsrecht und Stimmrecht für Nichtgesellschafter	67

2. Geschäftsführungsbefugnis von Kommanditisten	69
a) Organschaftliche Geschäftsführungsbefugnis	69
b) Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis des einzigen Komplementärs	69
c) Die Haftung des herrschenden Kommanditisten (Rektorfall)	70
B. BGB-Gesellschaft	72
I. Übertragung der Geschäftsführung auf einen Nichtgesellschafter in einer Publikumsgesellschaft	72
II. Kündigung des Geschäftsführers einer Publikumsgesellschaft aus wichtigem Grund	74

4. Abschnitt

Das Prinzip der Selbstorganschaft in der Literatur nach 1945 76

A. Überblick	76
B. Selbstorganschaft als abdingbares Typmerkmal	78
I. Gestaltungsfreiheit bei der organschaftlichen Vertretung	78
II. Bedürfnis für eine Abbedingung der Selbstorganschaft	79
III. Gesetzeslage	81
IV. Organschaftliche Vertretung durch Kommanditisten	82
1. Gesellschafterschutz	82
2. Verkehrsschutz	83
V. Organschaftliche Geschäftsführung und Vertretung durch Nichtgesellschafter	84
1. Abspaltungsverbot	84
2. Anerkannte Fälle einer Drittorganschaft	85
a) Juristische Personen als Geschäftsführungsorgan	85
b) Drittorganschaft für die Dauer eines Prozesses	85
3. Gesellschafterschutz	86
a) Grundsatz der Privatautonomie	86
b) Pflichten eines Drittorgans	87
c) Kompetenzen eines Drittorgans	87
d) Weisungsgebundenheit und Widerruflichkeit	88
aa) Abhängiges Drittorgan	88
bb) Unabhängiges Drittorgan	89
4. Verkehrsschutz	91
C. Selbstorganschaft als zwingendes Prinzip	92
I. Organschaftliche Geschäftsführung und Vertretung durch Nichtgesellschafter	92
1. Unzulässigkeit der Übertragung organschaftlicher Vertretung	92
a) Verkehrsschutz	92
b) Gesellschafterschutz	93
2. Unzulässigkeit der Übertragung organschaftlicher Geschäftsführung ..	95
a) Bedeutung des Prinzips der Selbstorganschaft für die Geschäftsführung	95

b) Auswirkung bei einzelnen Fallgestaltungen	97
aa) Betriebsführungsvertrag „Holiday Inn“	97
bb) Stiller Gesellschafter als Geschäftsführer	98
cc) Nichtgesellschafter in einem Beirat mit Geschäftsführungsaufgaben	99
3. Anerkannte Ausnahmen vom Prinzip der Selbstorganschaft	101
a) Liquidation	101
b) Drittorghanschaft für die Dauer eines Prozesses	102
c) Juristische Person als Geschäftsführer	103
II. Organschaftliche Geschäftsführung und Vertretung durch Kommanditisten	103
1. Unzulässigkeit der Übertragung organschaftlicher Vertretung	103
a) Verkehrsschutz	104
b) Gesellschafterschutz	104
2. Grenzen für die organschaftliche Geschäftsführung	104
3. Ausnahmefälle	106
III. Rechtsfolgen	106
1. Nichtigkeit	106
2. Haftung	107
D. Die Diskussion um die Selbstorganschaft bei der BGB-Gesellschaft	109

5. Abschnitt

Folgerungen aus der Diskussion um die Selbstorganschaft	111
A. Grundaussage des Prinzips der Selbstorganschaft	111
B. Bedeutung des Prinzips der Selbstorganschaft für die Ausgestaltung der organschaftlichen Vertretung bei den Personenhandelsgesellschaften	111
C. Sonstige Bedeutung des Prinzips der Selbstorganschaft für die Organisation der Geschäftsführung von Personengesellschaften	116
I. Allgemeines zum Stand der Diskussion	116
II. Einzelne Fallgestaltungen	117
1. Geschäftsführungsrechte von unbeteiligten Nichtgesellschaftern	117
a) Betriebsführungsvertrag „Holiday Inn“	117
b) Fremdverwalter in der Publikums-BGB-Gesellschaft	121
2. Geschäftsführungsrechte von Kommanditisten und stillen Gesellschaftern	123
a) Kommanditisten	123
b) Stille Gesellschafter	126
3. Beirat mit Geschäftsführungsaufgaben	128
D. Geschäftsführungsregelung der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung	130

6. Abschnitt

Schluß	132
Literaturverzeichnis	133
Gesetzesmaterialien	141

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Auffassung
a.a.O.	= am angegebenen Ort
AcP	= Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	= Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AktG	= Aktiengesetz
Anm.	= Anmerkung
Arch.Bürg.R	= Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
bearb.	= bearbeitet
begr.	= begründet
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
Busch's Archiv	= Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts herausgegeben von Busch
DB	= Der Betrieb
Diss.	= Dissertation
DJZ	= Deutsche Juristen Zeitung
DR	= Das Recht
DStR	= Deutsches Steuerrecht
ff.	= folgende
Fn.	= Fußnote
FS	= Festschrift
GenG	= Genossenschaftsgesetz
GK	= Großkommentar
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	= Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	= GmbH-Rundschau
HGB	= Handelsgesetzbuch
HoldheimsZ	= Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen begründet von Holdheim
HRR	= Höchstrichterliche Rechtprechung
JFG	= Jahrbuch der Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtbarkeit und des Grundbuchrechts
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kommanditgesellschaft oder Kammergericht
KGaA	= Kommanditgesellschaft auf Aktien

KGJ	= Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
LeipZ	= Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht
LM	= Lindenmaier-Möhring
MK	= Münchener Kommentar
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
OHG	= Offene Handelsgesellschaft
OLG R	= Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
Rd.-Zf.	= Randziffer
RGRK	= Reichsgerichtsräte Kommentar
RGZ	= Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen
RJA	= Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt
ROHG	= Reichsoberhandelsgericht
S.	= Seite
Seuff.Arch.	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
s.o.	= siehe oben
s.u.	= siehe unten
vgl.	= vergleiche
WarnRspr	= Warneyers Rechtsprechung
WM	= Wertpapier-Mitteilungen
Wpg	= Die Wirtschaftsprüfung
ZAKDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZGR	= Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	= Ziffer
ZIP	= Zeitschrift für Wirtschaftsrecht bis 1982: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zugl.	= zugleich

1. Abschnitt

Einleitung

Das Prinzip der Selbstorganschaft gehört zu den „Wesenselementen“ der Personengesellschaft¹. Die Geschäftsführung und Vertretung steht nach der gesetzlichen Regelung den Gesellschaftern zu (§§ 709, 714 BGB; §§ 109, 125 HGB). Bei der Kommanditgesellschaft sind diese Befugnisse dem Komplementär vorbehalten (§§ 164, 170 HGB).

Für die GmbH ordnet das Gesetz dagegen ausdrücklich an, daß zu den Geschäftsführern „Gesellschafter oder andere Personen“ bestellt werden können (§ 6 Abs. 3 Satz 1 GmbHG). Auch das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft braucht nicht Aktionär zu sein (§ 76 AktG). Es gilt das Prinzip der Drittorganschaft.

Das Prinzip der Selbstorganschaft ist nach fast allgemeiner Ansicht für die Personengesellschaften zwingend. Nur dem Kommanditisten können in Abweichung von der gesetzlichen Regelung organschaftliche Geschäftsführungsbefugnisse übertragen werden.

Dabei ist die Geschäftsführung durch einen Kommanditisten allerdings im eigentlichen Sinne keine Drittorganschaft, da der Kommanditist Gesellschafter und kein Dritter ist². Selbstorganschaft bedeutet, daß die Organpersonen Mitglied des von ihnen repräsentierten Verbandes sind³. Dennoch ist die Diskussion um die Selbstorganschaft von der um die Grenzen der Geschäftsführung und Vertretung durch Kommanditisten nicht zu trennen. Nach allgemeiner Meinung müssen beide Fragenkomplexe zusammen gesehen werden⁴. Sie sind dadurch miteinander verbunden, daß Nichtgesellschafter wie Kommanditisten nach herrschender Auffassung von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossen sind⁵.

Allerdings sind besonders in der Gesellschaftsrechtsliteratur der siebziger Jahre zahlreiche monographische Untersuchungen erschienen, die zum Ergebnis kommen, daß es für die zwingende Geltung des Prinzips der Selbstorganschaft keine Rechtfertigung gibt⁶. In verschiedenen Situationen soll ein dringendes Bedürfnis

¹ Reuter, GmbHR 1981, 129.

² Brox, FS für H. Westermann, S. 33.

³ Dazu Nitschke, Personengesellschaft, S. 214 ff.

⁴ Oldenburg, Fremdgegeschäftsführung, S. 4; John, Rechtsperson, S. 295.

⁵ Nitschke, Personengesellschaft, S. 215, Fn. 6.

⁶ Nachweise s. u. 4. Abschn. A, Fn. 3.

für die Zulassung der Drittornganschaft bestehen. Häufig genannt wird der Fall, daß die Erben des einzigen geschäftsführenden Gesellschafters nicht willens oder in der Lage sind, die Geschäftsführung selbst zu übernehmen⁷. In größeren Unternehmen soll aus Gründen der Arbeitsteilung eine Fremdgeschäftsführung unerläßlich sein⁸.

In neueren Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof eine umfassende Fremdverwaltung in Publikumsgesellschaften bürgerlichen Rechts⁹ und den Abschluß eines Betriebsführungsvertrages durch eine Kommanditgesellschaft für zulässig erklärt¹⁰. Bedeutung und Reichweite dieser Entscheidungen sind umstritten. Es fragt sich, ob hierin Auflockerungen des Prinzips der Selbstorganschaft¹¹ oder sogar Tendenzen zu seiner Aufgabe zu erblicken sind. Die Gestaltungspraxis beklagt die Rechtsunsicherheit im Bereich der Selbstorganschaft¹². Es ist nicht abschließend geklärt, welche Grenzen der Vertragsfreiheit insoweit gesetzt sind. Die vorliegende Arbeit will hier zur Klärung beitragen und den Stand der Diskussion um die Selbstorganschaft darstellen.

Da es sich um ein Grundproblem bei den Personengesellschaften handelt, erscheint es lohnend, die geschichtliche Entwicklung dieser schon sehr alten Fragestellung nachzuvollziehen. Anschließend soll die für die Gestaltungspraxis maßgebende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vorgestellt werden. Die Darstellung der Literatur, die wegen ihrer Vielfalt kaum noch zu überblicken ist, soll die Grundrichtungen der Argumentation mit dem Prinzip der Selbstorganschaft aufzeigen. Ein weiterer Abschnitt faßt den Stand der Diskussion um die Selbstorganschaft zusammen und enthält eine Auseinandersetzung mit einigen aktuellen Problemen.

Die Arbeit befaßt sich nur mit den Personengesellschaften. Selbstorganschaft gibt es auch bei anderen Gesellschaftsformen. Nach § 9 Abs. 2 GenG müssen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates einer Genossenschaft Genossen sein. Da diese Regelung ausdrücklich zwingend ist (§ 18 GenG) bereitet sie keine besonderen Probleme. Dagegen findet sich die Problematik der Gestaltungsfreiheit bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien in ähnlicher Form wie bei den Personengesellschaften. § 278 Abs. 2 AktG verweist für die Geschäftsführung und Vertretung in der Kommanditgesellschaft auf Aktien auf das Recht der Kommanditgesellschaft, worin sich gemeinsame historische Wurzeln niederschlagen. Eine einfache Übertragung der Überlegungen zur Kommanditgesellschaft auf die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist dennoch nicht möglich, da

⁷ Bürck, Selbstorganschaft, S. 4 ff.

⁸ Oldenburg, Fremdgeschäftsführung, S. 11.

⁹ BGH NJW 1982, 877.

¹⁰ BGH NJW 1982, 1817.

¹¹ Ulmer in: GK zum HGB, 4. Aufl., § 109, Rd.-Zf. 35.

¹² Geck, DStR 1988, 90, 93.

sich in der KGaA das Recht der Personengesellschaften mit dem Aktienrecht vermischt. Die besonderen Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, zeigen sich in dem aktuellen Streit um die Zulässigkeit der GmbH & Co. KGaA¹³.

¹³ Vgl. Binz / Sorg, BB 1988, 2041 und Hennerkes / May, BB 1988, 2393.