

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 262

# Geschäftsführung in der Personengesellschaft

Eine organschaftliche Tätigkeit im Interesse  
der Gesellschaft

Von

Daniel A. Spitze



Duncker & Humblot · Berlin

DANIEL A. SPITZE

## Geschäftsführung in der Personengesellschaft

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 262

# Geschäftsführung in der Personengesellschaft

Eine organschaftliche Tätigkeit im Interesse  
der Gesellschaft

Von

Daniel A. Spitze



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg  
hat diese Arbeit im Jahre 2013 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-026X  
ISBN 978-3-428-14336-8 (Print)  
ISBN 978-3-428-54336-6 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-84336-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2013/2014 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg als Dissertation angenommen. Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Johannes Wertenbruch, der die Anregung für das Thema der Arbeit gegeben und diese durch wertvollen Rat gefördert hat. Danken möchte ich außerdem Herrn Professor Dr. Markus Roth für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Herrn Dr. Thomas Lang, Herrn Andreas Storck und Herrn Guido Storck danke ich für die Durchsicht der Arbeit und ihre konstruktiven Ratschläge.

Mein Vater, Dr. Peter A. Spitze, hat mich für die Juristerei begeistert und stand mir bei der Anfertigung dieser Arbeit von Beginn an interessiert und diskussionsbereit zur Seite. Ihm und meiner ganzen Familie, der diese Arbeit gewidmet ist, danke ich von Herzen für ihre stets bedingungslose Unterstützung.

Alle weiteren Personen zu benennen, denen ich zu Dank verpflichtet bin, ist an dieser Stelle nicht möglich. Ihre Beiträge sind aber keinesfalls vergessen, und ich kann mich glücklich schätzen, sie um mich zu wissen.

Frankfurt am Main, im August 2014

*Daniel A. Spitze*





# Inhaltsverzeichnis

## *1. Kapitel*

<b>Einleitung</b>	19
<b>A. Grundlagen der Personengesellschaften</b>	19
I. Personengesellschaften in Deutschland	19
II. Das klassische Leitbild der Personenaußengesellschaft	21
III. Die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft	23
<b>B. Ausgangspunkt und Problemstellung</b>	24

## *2. Kapitel*

<b>Die organschaftliche Geschäftsführung</b>	26
<b>A. Begriff der Geschäftsführung</b>	26
I. Wortsinn	26
II. Definition und Abgrenzung von Grundlagengeschäften	26
III. Das Verhältnis von Geschäftsführung und Vertretung	28
IV. Zwischenergebnis	30
<b>B. Organschaftliche Geschäftsführung bei Personengesellschaften</b>	31
I. Theorien des Organhandelns	31
II. Organe bei Personengesellschaften	33
III. Zwischenergebnis	36
<b>C. Der Grundsatz der Selbstorganschaft</b>	36
I. Grundlagen und Folgen des Grundsatzes der Selbstorganschaft	36
1. Gleichlauf von Herrschaft und Haftung	37
a) Keine Herrschaft ohne Haftung (Schutz des Rechtsverkehrs)	38
b) Keine Haftung ohne Herrschaft (Schutz der Gesellschafter)	40
2. Keine Selbstentmachtung der Gesellschaft	41
3. Zwischenergebnis	43
II. Ausnahmen vom Prinzip der Selbstorganschaft	43
1. Liquidation der Gesellschaft	44
2. Besonderer Vertreter in liquidationsähnlichen Sonderlagen	44
3. Zwischenergebnis	45
III. Beteiligung von gesellschaftsfremden Dritten an der Geschäftsführung	46
1. Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben auf Dritte	46

2. Entziehung der Geschäftsführungsbefugnisse des Dritten . . . . .	48
3. Sonderfall: Der Beirat in der Personengesellschaft . . . . .	51
4. Sonderfall: Publikumpersonengesellschaften . . . . .	52
5. Zwischenergebnis . . . . .	53
IV. Kritische Auseinandersetzung mit dem Prinzip der Selbstorganschaft. .	53
<b>D. Zusammenfassung . . . . .</b>	<b>54</b>

### *3. Kapitel*

<b>Die Geschäftsführung bei der Offenen Handelsgesellschaft</b>	<b>56</b>
<b>A. Einführung . . . . .</b>	<b>56</b>
<b>B. Grundlagen der Geschäftsführung . . . . .</b>	<b>58</b>
I. Vorbemerkung . . . . .	58
II. Pflicht zur und Recht auf Geschäftsführung, § 114 HGB . . . . .	58
III. Grenzen der Verpflichtung zur Geschäftsführung . . . . .	61
IV. Sorgfaltsmaßstab bei der Geschäftsführung . . . . .	62
1. Gesetzliche Regelung des Sorgfaltsmaßstabes in § 708 BGB . . . . .	62
2. Sorgfaltsmaßstab bei organschaftlichen Tätigkeiten . . . . .	63
a) Problemstellung . . . . .	63
b) Unanwendbarkeit des § 708 BGB bei organschaftlichen Aufgaben nach Wiedemann . . . . .	63
c) Kritische Auseinandersetzung mit Wiedemanns Auffassung . . . . .	64
d) Zwischenergebnis . . . . .	66
3. Ausnahmen von § 708 BGB bei der Geschäftsführung . . . . .	66
a) Publikumpersonengesellschaften . . . . .	66
b) Handeln im Straßenverkehr . . . . .	67
aa) Problemstellung und Meinungsstand . . . . .	67
bb) Unanwendbarkeit im Bereich des Straßenverkehrs . . . . .	68
4. Zwischenergebnis . . . . .	69
V. Weitere Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter . .	70
VI. Zwischenergebnis . . . . .	70
<b>C. Das Interesse der Gesellschaft als Richtlinie für die Geschäftsführung</b>	<b>71</b>
I. Bindung an das Gesellschaftsinteresse . . . . .	71
II. Inhalt des Gesellschaftsinteresses . . . . .	73
1. Der Gesellschaftszweck als Grundlage für das Gesellschaftsinteresse . . . . .	73
a) Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand . . . . .	75
b) Die Bestimmung des Gesellschaftszwecks . . . . .	77
2. Zwischenergebnis . . . . .	79
III. Die Festlegung des Gesellschaftsinteresses . . . . .	79
1. Vorbemerkung . . . . .	79

2. Das Gesellschaftsinteresse als Interesse der Mehrheit der Gesellschafter .....	80
3. Die Gesellschaft als Träger eines von den Gesellschaftern unabhängigen Interesses .....	81
4. Festlegung des Gesellschaftsinteresses durch die Gesamtheit der Gesellschafter .....	81
5. Gesellschaftsinteresse und Interesse der Gesellschaftergesamtheit ...	82
a) Vorbemerkung .....	82
b) Bestandsinteresse als eigenständiges Gesellschaftsinteresse .....	83
c) Trennung zwischen Gesellschaftsinteresse und Interesse der Gesellschaftergesamtheit .....	85
6. Gesellschaftsinteresse bei unternehmenstragenden Personengesellschaften .....	86
a) Verpflichtender Charakter des (Gesellschafts-)Unternehmens .....	86
b) Karsten Schmidts Konzept des Unternehmensbezuges .....	89
c) Zwischenergebnis .....	90
7. Zusammenfassung .....	91
IV. Bestimmung des Gesellschaftsinteresses bei der Geschäftsführung durch den einzelnen Gesellschafter .....	92
V. Sonderfall: Festlegung des Gesellschaftsinteresses durch die Mehrheit der Gesellschafter .....	94
1. Problemstellung .....	94
2. Meinungsstand .....	96
3. Stellungnahme .....	99
4. Zulässige Wege der Zweckänderungen .....	102
a) Direkte Zustimmung aller Gesellschafter .....	102
b) Zustimmungspflicht zur Änderung des Gesellschaftszwecks .....	103
c) Antizipierte Zustimmung .....	104
aa) Wirksamkeitsvoraussetzungen einer antizipierten Zustimmung .....	105
(1) Erste Stufe: Formelle Legitimation (Ermächtigungsgrundlage) .....	105
(2) Zweite Stufe: Inhaltliche Wirksamkeitsprüfung .....	107
bb) Informationspflicht .....	107
5. Zwischenergebnis .....	108
VI. Sonderfall: Konkludente Zweckänderung und Schriftformklauseln ...	108
VII. Zwischenergebnis und Rückschlüsse für die weitere Untersuchung ...	111
<b>D. Inhalt und Umfang der Geschäftsführungsbefugnis nach § 116 HGB ..</b>	<b>112</b>
I. Vorbemerkung .....	112
II. Gewöhnliche und außergewöhnliche Geschäfte .....	112
III. Auswirkungen des § 707 BGB auf die Abgrenzung zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften .....	117
IV. Erteilung von Prokura nach § 116 Abs. 3 HGB .....	120

1. Regelungsinhalt des § 116 Abs. 3 HGB	120
2. Kein Recht auf Neuerteilung nach Widerruf der Prokura	121
a) Problemstellung und Gegenansicht	121
b) Stellungnahme	121
3. Ermächtigung zur Beschränkung der Prokura	122
4. Widerrufsmöglichkeit bei einer über § 49 HGB hinausgehenden Vertretungsmacht	123
V. Sonderfall: Einordnung von zweckfremden Maßnahmen	124
1. Problemstellung	124
2. Meinungsstand	124
3. Abhängigkeit der Qualifikation als Geschäftsführungsmaßnahme von der subjektiven Einschätzung des Gesellschafters	125
VI. Zwischenergebnis	126
<b>E. Einzelgeschäftsführung und Widerspruchsrecht</b>	127
I. Vorbemerkung	127
II. Die Einzelgeschäftsführung	128
III. Der Widerspruch	130
1. Zweck und Grundlagen des Widerspruchsrechts	130
2. Formelle Voraussetzungen eines wirksamen Widerspruchs	132
a) Zeitpunkt und Form der Widerspruchserhebung	132
b) Pflicht zur nachträglichen Begründung des Widerspruchs	133
aa) Problemstellung und Meinungsstand	133
bb) Begründungspflicht des Widersprechenden	134
c) Folgen des Unterlassens einer ausreichenden Begründung	136
aa) Fehlen einer gesetzlichen Regelung bei Begründungsverweigerung	136
bb) Meinungsstand	136
cc) Stellungnahme	137
d) Sonderfall: Widerspruch nach Vornahme	138
aa) Problematik der Möglichkeit eines nachträglichen Widerspruchs	138
bb) Meinungsstand	139
cc) Andauernde Bindung an das Gesellschaftsinteresse	139
e) Zwischenergebnis	141
3. Gegenstand des Widerspruchs	141
4. Folgen eines wirksamen Widerspruchs	145
a) Grundsätzlich keine Außenwirkung eines Widerspruchs	147
b) Ausnahmsweise Außenwirkung eines Widerspruchs	149
c) Zwischenergebnis	151
5. Pflichtwidriger Widerspruch	151
6. Sonderfall: Widerspruch trotz vorheriger Zustimmung	155
a) Keine Bindung an einen erhobenen Widerspruch	155

b) Meinungsstand zur Bindung an eine erteilte Zustimmung . . . . .	156
c) Möglichkeit eines im Gesellschaftsinteresse liegenden Widerspruchs trotz vorheriger Zustimmung . . . . .	156
7. Informationspflicht . . . . .	159
IV. Kollision von widersprechenden Geschäftsführungshandlungen . . . . .	162
<b>F. Abweichende Vereinbarungen zur Geschäftsführung . . . . .</b>	<b>162</b>
I. Vorbemerkung . . . . .	162
II. Gesamtgeschäftsführung durch alle Gesellschafter . . . . .	163
III. Geschäftsführung durch einen Teil der Gesellschafter . . . . .	165
<b>G. Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis gemäß § 117 HGB . . . . .</b>	<b>165</b>
I. Grundlagen der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis . . . . .	165
II. Voraussetzungen für die Entziehung nach § 117 HGB . . . . .	168
1. Wichtiger Grund . . . . .	168
a) Grobe Pflichtverletzung als wichtiger Grund . . . . .	170
b) Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung als wichtiger Grund . . . . .	171
2. Kein milderes Mittel . . . . .	172
III. Wirkung des Entziehungsurteil . . . . .	173
1. Entziehung der organschaftlichen Geschäftsführungsbefugnis . . . . .	173
2. Keine automatische Neugestaltung der Geschäftsführungs- regelungen . . . . .	174
3. Reichweite der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis . . . . .	174
<b>H. Kündigung der Geschäftsführung . . . . .</b>	<b>176</b>
<b>I. Zusammenfassung . . . . .</b>	<b>176</b>

*4. Kapitel*

**Die Geschäftsführung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts** 179

<b>A. Einführung . . . . .</b>	<b>179</b>
<b>B. Grundlagen der Geschäftsführungsbefugnis bei der GbR . . . . .</b>	<b>181</b>
I. Vorbemerkung . . . . .	181
II. Der Grundsatz der Selbstorganschaft . . . . .	181
III. Sonderfall: Bestimmung des Gesellschaftsinteresses durch die Mehrheit der Gesellschafter . . . . .	181
IV. Inhalt und Umfang der Geschäftsführungsbefugnis . . . . .	182
V. Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter gemäß § 713 BGB . . . . .	183
<b>C. Art der Geschäftsführung bei der GbR . . . . .</b>	<b>184</b>
I. Vorbemerkung . . . . .	184
II. Gesamtgeschäftsführung nach dem Einstimmigkeitsprinzip gemäß § 709 Abs. 1 BGB . . . . .	184

1. Vorbemerkung	184
2. Die Zustimmung zu Geschäftsführungsmaßnahmen	184
3. General- und Gattungszustimmungen	185
a) Problematik der Reichweite antizipierter Zustimmungen	185
b) Meinungsstand	186
c) Stellungnahme	186
4. Sonderfall: Bindung an eine erteilte Zustimmung	187
5. Verweigerung der Zustimmung	188
6. Begründungspflicht bei Verweigerung der Zustimmung	189
7. Pflichtwidrige Zustimmungsverweigerung	190
a) Problematik der pflichtwidrigen Zustimmungsverweigerung	190
b) Meinungsstand	191
c) Regelmäßiges Bestehen eines Klageerfordernisses	192
8. Ausnahmen vom Einstimmigkeitsprinzip	194
a) Vorbemerkung	194
b) Notgeschäftsführung analog § 744 Abs. 2 BGB	194
c) Gefahr im Verzug	196
aa) Analogie zu § 115 Abs. 2 a. E. HGB bei Gesamtgeschäftsführung?	196
bb) Fehlen einer vergleichbaren Interessenlage	197
d) Verweigerung der Begründung für das Versagen der Zustimmung	199
aa) Problemstellung und Meinungsstand	199
bb) Kein Klageerfordernis bei Begründungsverweigerung	199
e) Übertragung von Einzelgeschäftsführungsbefugnis auf einzelne Gesellschafter	201
f) Alltägliche Geschäfte	201
g) Interessenkonflikt	202
aa) Selbstbetroffenheit	202
bb) Betroffenheit nahestehender Personen	203
(1) Vergleichbare Konfliktsituation	203
(2) Meinungsstand	203
(3) Einbeziehung nahestehender Personen	204
h) Zwischenergebnis	205
III. Gesamtgeschäftsführung nach dem Mehrheitsprinzip, § 709 Abs. 2 BGB	206
IV. Geschäftsführung durch einen Teil der Gesellschafter nach § 710 BGB	207
V. Einzelgeschäftsführung und Widerspruchsrecht bei der GbR nach § 711 BGB	207
1. Vorbemerkung	207
2. Außenwirkung eines Widerspruchs bei der GbR	208
a) Einfluss des § 714 BGB auf die Wirkung des Widerspruchs	208

b) Meinungsstand .....	208
c) Identische Wirkung des Widerspruchs bei GbR und OHG .....	209
3. Analoge Anwendung von § 116 Abs. 2 HGB .....	211
a) Problemstellung und Meinungsstand .....	211
b) Vorliegen der Analogievoraussetzungen .....	211
<b>D. Sonderfall: Auswirkungen des Formwechsels einer OHG oder KG in eine GbR auf die Geschäftsführungsregelungen .....</b>	<b>215</b>
I. Problem der Fortwirkung der ursprünglichen Geschäftsführungsregelungen .....	215
II. Meinungsstand .....	215
III. Ergänzende Vertragsauslegung nach unterschiedlicher Interessenlage ...	215
<b>E. Analoge Geltung der OHG-Geschäftsführungsregelungen bei unternehmenstragenden BGB-Gesellschaften .....</b>	<b>217</b>
I. Ungeeignetheit der Gesamtgeschäftsführung für unternehmenstragende BGB-Gesellschaften .....	217
II. Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke .....	218
III. Zwischenergebnis .....	221
<b>F. Entziehung und Kündigung der Geschäftsführung gemäß § 712 BGB .....</b>	<b>222</b>
I. Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis nach § 712 Abs. 1 BGB .....	222
1. Voraussetzungen der Entziehung .....	222
2. Regelungsgegenstand des § 712 Abs. 1 BGB .....	222
a) Beschränkung des Wortlauts auf die übertragene Geschäftsführungsbefugnis .....	222
b) Meinungsstand .....	223
c) Keine Anwendung des § 712 Abs. 1 BGB auf die gesetzliche Geschäftsführungsbefugnis .....	223
3. Wirkung der Entziehung .....	225
II. Kündigung der Geschäftsführung nach § 712 Abs. 2 BGB .....	227
1. Voraussetzungen der Kündigung .....	227
2. Regelungsgegenstand des § 712 Abs. 2 BGB .....	228
a) Problemstellung und Meinungsstand .....	228
b) Keine Beschränkung auf die vertragliche Geschäftsführungsbefugnis .....	229
3. Wirkung der Kündigung .....	230
<b>G. Zusammenfassung .....</b>	<b>232</b>



*5. Kapitel*

<b>Die Geschäftsführung der Kommanditgesellschaft</b>	235
<b>A. Einführung</b> .....	235
<b>B. Grundfall der Geschäftsführungsbefugnis bei der KG</b> .....	236
I. Vorbemerkung .....	236
II. Geschäftsführungsrechte der Kommanditisten nach § 164 Satz 1 HGB .....	237
1. Zustimmungserfordernis bei außergewöhnlichen Maßnahmen .....	237
2. Pflichtwidrige Zustimmungsverweigerung durch einen Kommanditisten .....	239
a) Klageerfordernis versus Handlungsfähigkeit .....	239
b) Kein Klageerfordernis bei der KG .....	239
3. Weitere Rechte und Pflichten der Kommanditisten .....	240
III. Bedeutung des § 164 Satz 2 HGB .....	241
IV. Zwischenergebnis .....	242
<b>C. Übertragung weiterer Geschäftsführungsbefugnisse auf die Kommanditisten</b> .....	243
I. Beteiligung der Kommanditisten an der Geschäftsführung .....	243
II. Möglichkeit der alleinigen Geschäftsführung durch die Kommanditisten .....	244
1. Vereinbarkeit mit dem Prinzip der Selbstorganschaft .....	244
2. Meinungsstand .....	245
3. Unabdingbares Widerspruchsrecht der Gesamtheit der Komplementäre .....	247
III. Zwischenergebnis .....	250
<b>D. Entziehung und Kündigung der Geschäftsführungsbefugnis bei der KG</b> .....	250
<b>E. Zusammenfassung</b> .....	251

*6. Kapitel*

<b>Die Geschäftsführung der Partnerschaftsgesellschaft</b>	252
<b>A. Einführung</b> .....	252
<b>B. Besonderheiten der Geschäftsführung der Partnerschaftsgesellschaft</b> ..	253
I. Vorbemerkung .....	253
II. Bindung an das Berufsrecht nach § 6 Abs. 1 PartGG .....	254
1. Auswirkungen des Berufsrechts auf die Ausgestaltung der Geschäftsführung .....	254
2. Meinungsstand .....	254

3. Weitgehende Gestaltungsfreiheit bei der Ausgestaltung der Geschäftsführung .....	256
III. Grenzen von abweichenden vertraglichen Vereinbarungen nach § 6 Abs. 2 PartGG .....	258
IV. Pflicht zur aktiven Teilnahme an der Geschäftsführung .....	259
1. Problematik der zwingenden Teilnahme an der Geschäftsführung ..	259
2. Meinungsstand in der Literatur .....	260
3. Keine zwingende Pflicht zur Teilnahme an der Geschäftsführung ..	261
4. Zwischenergebnis .....	265
<b>C. Entziehung und Kündigung der Geschäftsführungsbefugnis .....</b>	<b>266</b>
<b>D. Zusammenfassung .....</b>	<b>267</b>

*7. Kapitel*

**Gesamtergebnis** 269

<b>A. Allgemeine Grundlagen der Geschäftsführung von Personen- gesellschaften .....</b>	<b>269</b>
<b>B. Ergebnisse zu den wesentlichen Einzelproblemen der verschiedenen Gesellschaftsformen in Thesenform .....</b>	<b>271</b>
I. Die Offene Handelsgesellschaft .....	271
II. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts .....	271
III. Die Kommanditgesellschaft .....	273
IV. Die Partnerschaftsgesellschaft .....	274
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>275</b>
<b>Sachverzeichnis .....</b>	<b>296</b>



## 1. Kapitel

# Einleitung

## A. Grundlagen der Personengesellschaften

### I. Personengesellschaften in Deutschland

Im deutschen Recht wird grundlegend zwischen zwei Gesellschaftsarten unterschieden, den Personengesellschaften und den juristischen Personen (insbesondere Kapitalgesellschaften).<sup>1</sup> Bei den Personengesellschaften steht die Personenbezogenheit im Vordergrund, während für die juristischen Personen die Verselbständigung der Gesellschaft (bei den Kapitalgesellschaften auch die Kapitalbezogenheit) prägend ist.<sup>2</sup> Die Gesellschafter einer Personengesellschaft sind Träger von Rechten und Pflichten und haften (abgesehen von den Kommanditisten) unbegrenzt akzessorisch<sup>3</sup> für die Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft. Das Entstehen mit dem gesamten Privatvermögen fördert das Vertrauen in die Personengesellschaften und macht eine Kapitalbindung überflüssig.

Grundsätzlich besteht freie Rechtsformwahl, so dass die Gesellschaftsform nach den Anforderungen der Gründer ausgewählt werden kann. Eine Einschränkung ergibt sich jedoch aus der beschränkten Anzahl der zur Verfügung stehenden Rechtsformen (so genannter „*numerus clausus*“). Gleichwohl existiert eine gewisse Gestaltungsfreiheit, die individuelle Anpassungen und Annäherungen zwischen den Gesellschaftsformen ermöglicht. Darüber hinaus sind Kombinationen (z. B. GmbH & Co. KG) zulässig und in der Praxis üblich. Liegen allerdings die Voraussetzungen einer bestimmten Gesellschaftsform nicht mehr vor, ist ein Formwechsel (oder die Auflösung) die zwingende Folge.

Einfacher zu gründen und flexibler handzuhaben sind Personengesellschaften. Eine GbR kann formfrei gegründet werden. Infolgedessen existie-

---

<sup>1</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 3 I 2 a, S. 46; vgl. auch Hüffer, Gesellschaftsrecht, § 2 Rn. 12 („*Personengesellschaften und Vereine*“); Trautrim, Kollisionsrecht, S. 9; Milas, MLR 2013, 15, 15.

<sup>2</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 3 I 2 a, S. 46.

<sup>3</sup> BGH Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 358; siehe auch K. Schmidt, NJW 2001, 993, 998 f.; Berghoff, Organschaftliche Vertretung, S. 41.

ren viele so genannte „Gelegenheitsgesellschaften“ (etwa Fahrgemeinschaften), deren Mitglieder sich ihrer Gesellschafterstellung nicht bewusst sein müssen. In der Regel handelt es sich dabei um reine Innengesellschaften, die nicht am Rechtsverkehr teilnehmen und als bloße Schuldverhältnisse zu qualifizieren sind.<sup>4</sup> Die genaue Anzahl der Personengesellschaften kann aus diesem Grund nicht erfasst werden.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> MünchKomm-BGB/*Ulmer/Schäfer*, Vor § 705 Rn. 34; *Flume*, Personengesellschaft, S. 5; *Schücking*, in: Gummert/Riegger/Weipert, I § 4 Rn. 15 f.; *Trautrimms*, Kollisionsrecht, S. 9.

<sup>5</sup> Um dennoch eine grobe Vorstellung über die Verteilung der Gesellschaftsformen zu erhalten, können die Zahlen der umsatzsteuerpflichtigen Gesellschaften verglichen werden. Im Jahr 2007 waren in Deutschland 395.815 Personengesellschaften und 465.849 Kapitalgesellschaften mit Lieferungen und Leistungen von über 17.500 Euro umsatzsteuerpflichtig. Insbesondere die GmbH macht mit einer Anzahl von 458.218 ihrem Ruf als „beliebteste“ Gesellschaftsform Deutschlands alle Ehre. Die nächsten Plätze belegen die GbR (188.486), die KG (etwa 133.000, davon fast 112.000 GmbH & Co. KG) und die OHG (ca. 18.000). Die 7.631 Aktiengesellschaften stellen zwar nur einen Bruchteil der Kapitalgesellschaften, als typische Organisationsform von Großunternehmen haben sie allerdings eine erhebliche gesamtwirtschaftliche Bedeutung. Daneben etabliert sich langsam die SE als Gesellschaftsform für Großunternehmen, allerdings lag die Zahl im Jahr 2007 lediglich bei 27, sie dürfte aber seitdem gestiegen sein. Bekannte Vertreter dieser Gesellschaftsform sind etwa die Allianz SE, die BASF SE und die Porsche Automobil Holding SE. Die 26 Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigungen haben hingegen kaum eine Bedeutung – Angaben des Statistischen Bundesamtes über steuerpflichtige Gesellschaften mit Lieferungen und Leistungen über 17.500 Euro im Jahr 2007. Auf Anfrage beim Statistischen Bundesamt zu erhalten (siehe auch <http://www.destatis.de>).

An der Spitzenstellung der GmbH ändert sich interessanterweise auch dann nichts, wenn man die Gesamtübersicht der eingetragenen Rechtsformen in Deutschland der Industrie- und Handelskammer Berlin zu allen eingetragenen Rechtsformen betrachtet. Mit Stand Februar 2009 waren in Deutschland 27.703 Offene Handelsgesellschaften (ca. 50% Steigerung gegenüber der Anzahl der umsatzsteuerpflichtigen Offenen Handelsgesellschaften), 228.397 Kommanditgesellschaften (ca. 70% Steigerung) und 222 Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigungen (eine Steigerung von etwa 750%, die aber aufgrund der sehr geringen Anzahl von umsatzsteuerpflichtigen Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigungen nicht überbewertet werden darf) im Handelsregister eingetragen. Bei den Kapitalgesellschaften ist die Steigerung deutlich höher. Es gab 16.406 Aktiengesellschaften (ca. 115% Steigerung) und 984.316 Gesellschaften mit beschränkter Haftung (also trotz der ohnehin hohen Anzahl noch eine Steigerung von ebenfalls fast 115%). Eine Erklärung mag darin zu finden sein, dass es bei den Kapitalgesellschaften eine hohe Anzahl von – nicht umsatzsteuerpflichtigen – Vorrats- bzw. Mantelgesellschaften gibt. Seitdem die Aktivierung einer Mantelgesellschaft wie eine (wirtschaftliche) Neugründung behandelt wird, sind diese jedoch weniger interessant geworden. Mit der Einführung der UG dürfte die Zahl der GmbH-Gründungen allerdings stark angestiegen sein. Einen großen Anteil stellen auch die knapp 155.000 Komplementär-Gesellschaften mit beschränkter Haftung einer GmbH & Co. KG. Naturgemäß liegen der IHK keine

Der Bereich der Geschäftsführung spielt für die Gesellschafter konkludent gegründeter Gelegenheitsgesellschaften regelmäßig keine Rolle, denn die Gesellschaft existiert ebenso unbemerkt, wie sie entstanden ist. In der Praxis relevanter und in der Wissenschaft intensiver diskutiert sind wirtschaftlich tätige Außengesellschaften. Für diese ist die Geschäftsführung von entscheidender Bedeutung. Dies gilt nicht nur für Aktiengesellschaften, deren Vorstände im Rahmen von großen, medial begleiteten Hauptversammlungen entlastet werden wollen und den Anteilseignern Rede und Antwort stehen müssen, sondern ebenso für wirtschaftlich tätige Personengesellschaften.

Die Wissenschaft hat sich bei den Personengesellschaften vor allem mit dem Außenverhältnis beschäftigt, während das Innenverhältnis im Vergleich eher vernachlässigt wurde. Das hängt wohl mit der Zurückhaltung des Gesetzgebers in diesem Bereich und der weitgehenden Gestaltungsfreiheit durch die Gesellschafter zusammen.<sup>6</sup>

## II. Das klassische Leitbild der Personenaußengesellschaft

Ob es heute noch ein einheitliches Leitbild der Personenaußengesellschaft gibt, ist vor dem Hintergrund von Publikumpersonengesellschaften und der Etablierung von Mischformen, wie der GmbH & Co. KG, fraglich. Jedenfalls trägt die enorme Gestaltungsfreiheit im Recht der Personengesellschaften dazu bei, dass sich die Praxis von der ursprünglichen Grundform der Personengesellschaft entfernt. Der Gesetzgeber ging von einem kleinen zu einer Arbeits- und Haftungsgemeinschaft zusammengeschlossenen Personenkreis aus,<sup>7</sup> welcher einen gemeinsamen Zweck verfolgt.<sup>8</sup> Personengesellschaften sind vertragliche Zweckgemeinschaften.<sup>9</sup> In den Motiven zum

---

Zahlen für die GbR vor. Gleichwohl kann davon ausgegangen werden, dass aufgrund der zahlreichen unbewusst gegründeten Gelegenheitsgesellschaften die GbR die mit Abstand häufigste Gesellschaftsform Deutschlands ist.

<sup>6</sup> Ebenso *K. Schmidt*, ZGR 2008, 1, 2.

<sup>7</sup> MünchKomm-HGB/*Rawert*, § 114 Rn. 1; *Wertenbruch*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 105 HGB Rn. 4; *Goette*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 119 HGB Rn. 4; *Priester*, DStR 2007, 28, 29; *Kübler/Assmann*, § 3 I, S. 23.

<sup>8</sup> Mugdan II, S. 330, 336 f.; *Flume*, Personengesellschaft, S. 38 f.; MünchKomm-BGB/*Ulmer/Schäfer*, Vor § 705 Rn. 5 ff.; *M. Roth*, in: Baumbach/Hopt, Einl. v. § 105 HGB Rn. 1; MünchKomm-HGB/*Rawert*, § 114 Rn. 1; *Wertenbruch*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 105 HGB Rn. 12; *Soergel/Hadding/Kießling*, vor § 705 BGB Rn. 1, 7; RGRK/*von Gamm*, vor § 705 BGB Rn. 1; *Erman/H. P. Westermann*, vor § 705 BGB Rn. 1; *Palandt/Sprau*, § 705 BGB Rn. 1.

<sup>9</sup> *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, § 1 I 1, S. 4; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 4 I 2 b, S. 60; *Ballerstedt*, JuS 1963, 253, 258; RGRK/*von Gamm*, vor § 705 BGB Rn. 1; *Erman/H. P. Westermann*, vor § 705 BGB Rn. 1.