

CASPAR BEHME

Die Gesellschaft
mit persönlicher
Gesellschafterhaftung
als Rechtsformtyp

Jus Privatum

253

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 253



Caspar Behme

Die Gesellschaft mit
persönlicher Gesellschafterhaftung
als Rechtsformtyp

Mohr Siebeck

Caspar Behme, Privatdozent (Bürgerliches Recht, Handelsrecht, deutsches, europäisches und internationales Gesellschaftsrecht, Kapitalmarktrecht) an der LMU München.

ISBN 978-3-16-161133-9 / eISBN 978-3-16-161134-6

DOI 10.1628/978-3-16-161134-6

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Juni 2021 berücksichtigt. Besonderer Dank gilt meinem akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Horst Eidenmüller, LL.M. (Cantab.). Von ihm habe ich gelernt, juristisches und ökonomisches Denken miteinander zu verknüpfen – eine Prägung, ohne die ich diese Arbeit in dieser Form nicht hätte schreiben können. Für die weitreichenden Freiheiten, die er mir bereits als Wissenschaftlichem Assistenten an seinem Münchener Lehrstuhl gewährt hat, seine vorbehaltlose Unterstützung meines Forschungsvorhabens und die fruchtbare und freundschaftliche Zusammenarbeit bin ich ihm sehr verbunden. Danken möchte ich ferner Herrn Prof. Dr. Mathias Habersack für die sehr zügige Erstattung des Zweitgutachtens und die darin enthaltenen vielfältigen Anregungen sowie Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön für die wohlwollende Begleitung des Habilitationsverfahrens.

Wissenschaftliches Arbeiten lebt vom Diskurs. Für ihre Diskussionsbereitschaft in langen Telefonaten, ihre kritische Lektüre des Manuskripts und zahlreiche wertvolle Denkanstöße danke ich vor allem meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig, sowie Herrn Wiss. Mit. Peter Zickgraf. Die sprachliche Qualität der Arbeit hat ferner erheblich davon profitiert, dass mit meinen Eltern gleich zwei pensionierte Lehrer die Mühen des Lektorats auf sich genommen haben – auch ihnen möchte ich herzlich danken.

Meiner Frau, PD Dr. Dr. Corinna Seliger-Behme, der es als Medizinerin wohl ewig ein Rätsel bleiben wird, wie ihr Mann ohne einen einzigen Impact Faktor-Punkt mit einem in deutscher Sprache und ohne Koautoren, in Gegenwart lediglich einer mehr kulinarisch als juristisch interessierten Dalmatinerdame verfassten Buch habilitiert werden konnte, möchte ich selbiges widmen.

München, 31.8.2021

Caspar Behme

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Kapitel 1: Einführung	1
A. Der Begriff der Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung („Personengesellschaft“)	3
B. Personengesellschaftsrecht als Forschungsfeld	6
C. Methodischer Ansatz	12
Kapitel 2: Persönliche Gesellschafterhaftung und Haftungsbeschränkung als typusprägende Merkmale im Gesellschaftsrecht	15
A. Innengesellschaften	15
B. Außengesellschaften	16
I. Typisierung anhand faktischer Eigenschaften	17
1. Typisierung anhand einer Gesamtschau faktischer Eigenschaften	17
2. Typisierung anhand einer Einzelbetrachtung faktischer Eigenschaften	18
a) Arbeitnehmerzahl	18
b) Unternehmensgegenstand	19
c) Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt	19
3. Funktionen der Typisierung anhand faktischer Eigenschaften	19
a) Höhere Regulierungsdichte	20
aa) Unternehmensgröße	20
bb) Unternehmensgegenstand	22
cc) Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt	23
b) Rechtsformunabhängigkeit	24
aa) Unternehmensgröße	24
bb) Unternehmensgegenstand	25
cc) Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt	27
c) Fazit	28

II. Typisierung anhand rechtlicher Eigenschaften	29
1. Typisierung anhand einer Gesamtschau rechtlicher Eigenschaften: Die Differenzierung zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften	30
a) Wesentliche Charakteristika von Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften	30
b) Personalistische Kapitalgesellschaften, inkorporierte Personengesellschaften und „hybride“ Gesellschaftsformen	31
c) Funktionen der Differenzierung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften	33
aa) Keine höhere Regulierungsdichte für Kapitalgesellschaften	35
bb) Verwendung der Typisierung durch den Gesetzgeber . . .	36
cc) Fazit	38
2. Typisierung anhand einzelner rechtlicher Eigenschaften	39
a) Prinzipielle Natur typusprägender Eigenschaften und „hybride“ Gesellschaftsformen	39
b) Deduktionseignung typusprägender Eigenschaften	40
c) Ausmaß an rechtlicher Verselbständigung der Gesellschaft als typusprägende Eigenschaft?	42
aa) Rechtsfähigkeit	42
(1) Rechtsfähige und nicht rechtsfähige Außengesellschaften	42
(2) Prinzipielle Natur der Rechtsfähigkeit	44
(3) Mangelnde Deduktionseignung der Rechtsfähigkeit	46
bb) Rechtspersönlichkeit: <i>Aliud</i> oder <i>plus</i> im Verhältnis zur Rechtsfähigkeit?	47
d) Persönliche Gesellschafterhaftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten und Haftungsbeschränkung als typusprägende Eigenschaften	51
aa) Außengesellschaften mit und ohne persönliche Gesellschafterhaftung	51
bb) Prinzipielle Natur von persönlicher Gesellschafterhaftung und Haftungsbeschränkung . . .	52
(1) Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung	52
(2) Gesellschaften ohne persönliche Gesellschafterhaftung	53
(3) Keine Existenz „hybrider“ Gesellschaftsformen . . .	55
(a) Differenzierte Haftungsregeln für unterschiedliche Kategorien von Verbindlichkeiten	56
(b) Differenzierte Haftungsregeln für unterschiedliche Kategorien von Gesellschaftern	57

cc) Deduktionseignung von persönlicher Gesellschafterhaftung und Haftungsbeschränkung . . .	60
dd) Fazit	62

Kapitel 3: Funktionale Rechtfertigung von Gesellschaften
mit persönlicher Gesellschafterhaftung 63

A. Nachfrage nach Gesellschaftsformen mit persönlicher Gesellschafterhaftung	65
I. Rechtstatsächlicher Befund	66
II. Gründe für die Nachfrage nach Gesellschaftsformen mit persönlicher Gesellschafterhaftung	67
1. Gläubigerschutz durch persönliche Gesellschafterhaftung? . .	67
2. Senkung von Transaktionskosten durch persönliche Gesellschafterhaftung	68
3. Persönliche Gesellschafterhaftung als Seriositätssignal an den Rechtsverkehr	70
4. Steuerliche Erwägungen	70
III. Keine entgegenstehenden Schutzinteressen	71
B. Gesellschaftsformen mit persönlicher Gesellschafterhaftung als Auffangrechtsformen	72
I. Keine unzulässige Privilegierung der Aktivität zu mehreren gegenüber unternehmerischer Alleintätigkeit	72
II. Notwendigkeit der Information von Gläubigern über eine etwaige Haftungsbeschränkung	73
III. Regelungsoptionen	74
1. Ausschließliche Handelndenhaftung ohne Ausgleichsmöglichkeiten im Innenverhältnis und ohne separates Gesellschaftsvermögen	74
2. Ausschließliche Handelndenhaftung mit Ausgleichsmöglichkeiten im Innenverhältnis und separatem Gesellschaftsvermögen	75
3. Unmittelbare persönliche Haftung aller Gesellschafter im Außenverhältnis	77
4. Unmittelbare Haftung der Gesellschaft im Außenverhältnis mit zusätzlicher persönlicher Haftung der Gesellschafter . . .	77

Kapitel 4: Interessenkonflikte bei Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung und mögliche Regelungsinstrumente . . .	79
A. Für Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung charakteristische Interessenkonflikte	79
I. Interessenkonflikt zwischen Gesellschaftern und Geschäftsleitern	80
II. Interessenkonflikt zwischen den Gesellschaftern untereinander (insbesondere zwischen Gesellschaftermehrheit und Minderheitsgesellschaftern)	82
III. Interessenkonflikt zwischen der Gesellschaft bzw. ihren Gesellschaftern und den Gesellschaftsgläubigern	84
B. Dispositive, ermöglichende und zwingende Regeln für Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung	84
I. Dispositive Regeln	85
II. Ermöglichende Regeln	86
III. Zwingende Regeln	87
 Kapitel 5: Konkrete rechtliche Ausgestaltung von Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung	 91
A. <i>Does one form fit all?</i> Keine Notwendigkeit einer Ausdifferenzierung von (Außen-)Gesellschaftsformen mit persönlicher Gesellschafterhaftung	93
I. Keine Differenzierung zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Außengesellschaften	94
II. Keine Differenzierung zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen Gesellschaften	97
III. Keine Differenzierung zwischen Gesellschaften mit unterschiedlichen Gesellschaftszwecken	101
1. Keine Differenzierung zwischen Zivil- und Handelsgesellschaften	101
2. Von der Rechtsordnung missbilligte Gesellschaftszwecke . . .	106
IV. Keine Differenzierung zwischen „großen“ und „kleinen“ Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung	109
1. Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung im Anwendungsbereich größenspezifischer Regulierung	109
2. Sonderregelungen für Publikumsgesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung?	110
B. Notwendige Bestandteile eines Sonderrechts der Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung	112
I. Entstehung der Gesellschaft	113

1. Gesellschaftsvertrag	113
a) Zustandekommen des Gesellschaftsvertrags, insbesondere Schutz minderjähriger Gesellschafter	114
b) Inhalte des Gesellschaftsvertrags	115
c) Zulässigkeit der Einpersonengesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung?	117
d) Die Gesellschaft als ihr eigener Gesellschafter? Eigene Anteile bei Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung	122
2. Formale Entstehungsvoraussetzungen	126
a) Grundsatz: Keine Formerfordernisse und keine Notwendigkeit einer (konstitutiven) Eintragung in ein öffentliches Register	126
b) Ausnahme bei Aufnahme beschränkt haftender Gesellschafter?	127
3. Möglichkeit und Notwendigkeit einer deklaratorischen Eintragung in ein öffentliches Register	129
4. Umgang mit Gründungsmängeln	131
II. Ausgestaltung der persönlichen Gesellschafterhaftung	134
1. Gesetzliche Anordnung der persönlichen Gesellschafterhaftung	135
2. Voraussetzungen der persönlichen Gesellschafterhaftung	136
a) Existenz einer Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung	136
b) Bestehen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft	137
aa) Insbesondere: Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Gesellschaftern	137
bb) Insbesondere: Deliktsrechtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft	138
c) Gesellschaftereigenschaft der in Anspruch genommenen Person, insbesondere Haftung minderjähriger Gesellschafter	139
3. Struktur der Haftung	141
a) Akzessorietät der Haftung	141
aa) Einwände gegen eine abstrakte Garantiehaftung	142
bb) Einwendungen und Einreden der Gesellschaft	142
b) Unbeschränktheit der Haftung	144
c) Subsidiarität der Haftung	145
4. Inhalt der Haftung	149
5. Haftung ausscheidender und neu eintretender Gesellschafter	151
a) Haftung des ausscheidenden Gesellschafters	152
b) Haftung des neu eintretenden Gesellschafters	154
aa) Beitritt eines zusätzlichen Gesellschafters	154

bb) Erwerb eines Gesellschaftsanteils durch Rechtsgeschäft von einem Altgesellschafter	155
cc) Erwerb eines Gesellschaftsanteils durch Erbschaft	157
6. Regressansprüche des in Anspruch genommenen Gesellschafters	158
a) Regressanspruch gegen die Gesellschaft	158
b) Regressanspruch gegen die übrigen Gesellschafter	159
III. Möglichkeiten der (partiellen) Haftungsbeschränkung	160
1. Institutionelle Modifikationen und Beschränkungen der persönlichen Gesellschafterhaftung	161
a) Subtypen der Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung	162
aa) Generelle Beschränkung der Haftung einer bestimmten Kategorie von Gesellschaftern (Kommanditisten)	162
(1) Rechtsökonomische Funktion beschränkter Kommanditistenhaftung	163
(2) Voraussetzungen der beschränkten Kommanditistenhaftung und Rechtsstellung des Kommanditisten	165
bb) Generelle Beschränkung der Haftung für eine bestimmte Kategorie von Verbindlichkeiten (insb. Haftungskonzentration bei beruflichen Fehlern)	171
(1) Unabhängigkeit der Haftungskonzentration vom Gesellschaftszweck	171
(2) Rechtsökonomische Funktion der Haftungskonzentration	172
(3) Voraussetzungen der Haftungskonzentration	174
b) Haftungsmäßige Privilegierung bestimmter Arten von Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung (insb. aufgrund Verfolgung eines ideellen oder gemeinnützigen Zweckes)	175
2. Zulässigkeit vertraglicher Modifikationen und Beschränkungen der persönlichen Gesellschafterhaftung im Einzelfall	176
a) Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern	176
b) Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und einzelnen Gläubigern	179
c) Vereinbarung zwischen einzelnen Gesellschaftern und einzelnen Gläubigern	180

C. Mögliche Bestandteile eines Sonderrechts der Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung	181
I. Mitwirkung der persönlich haftenden Gesellschafter an der Willensbildung der Gesellschaftergesamtheit	182
1. Erforderlichkeit einer Willensbildung der Gesellschaftergesamtheit	182
a) Einbeziehung der Gesellschaftergesamtheit bei Änderungen des Gesellschaftsvertrags	182
b) Einbeziehung der Gesellschaftergesamtheit bei „Grundlagengeschäften“	183
c) Einbeziehung der Gesellschaftergesamtheit bei einem Gesellschafterwechsel	184
aa) Beitritt eines zusätzlichen Gesellschafters	185
bb) Erwerb eines Gesellschaftsanteils durch Rechtsgeschäft von einem Altgesellschafter	185
cc) Austritt eines Gesellschafters	187
d) Keine Einbeziehung der Gesellschaftergesamtheit bei Geschäftsführungsmaßnahmen	189
2. Anforderungen an die Willensbildung der Gesellschaftergesamtheit	192
a) Beschlussfassung nach dem Mehrheitsprinzip	193
aa) Mehrheitsprinzip vs. Einstimmigkeitsprinzip	193
bb) Bestimmung der Mehrheit	196
b) Erforderlichkeit der förmlichen Beschlussfassung im Rahmen einer Gesellschafterversammlung	198
c) Gerichtliche Überprüfung der Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen	199
II. Mitwirkung der persönlich haftenden Gesellschafter an der Geschäftsleitung und deren Kontrolle	202
1. Regelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis durch das dispositive Recht	203
a) Notwendigkeit der Selbstorganschaft als <i>dispositive</i> Regel	203
b) Wechselseitige Verknüpfung und inhaltliche Unbeschränktheit von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht	204
c) Einzelgeschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis jedes Gesellschafter	207
d) Ausschluss beschränkt haftender Gesellschafter von der Geschäftsführung	209
2. Keine zwingende Ausgestaltung von Geschäftsführungs- und Vertretungsregeln	210

a) Registereintragung als Voraussetzung für Abweichungen von den dispositiven Vertretungsregeln	210
b) Grenzen der Gestaltungsautonomie der Gesellschafter	211
aa) Kein Verbot der Fremdorganschaft	211
bb) Zulässigkeit inhaltlicher Beschränkungen von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht	219
3. Geschäftsleiterpflichten	222
a) Geschäftsleiterspezifische Sorgfalts- und Treuepflicht	223
b) Besonderheiten der Geschäftsleiterhaftung aufgrund der persönlichen Gesellschafterhaftung	223
aa) Auswirkungen der persönlichen Gesellschafterhaftung auf das Geschäftsleiterermessen und die Anwendung der Business Judgement Rule	223
bb) Auswirkungen der persönlichen Gesellschafterhaftung auf den anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab	226
c) Haftung des Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Pflichtverletzungen im Wege der <i>actio pro socio</i>	228
4. Kontrolle der Geschäftsleitung	230
a) Aufsichts- und Beiräte	230
b) Unternehmerische Mitbestimmung von Arbeitnehmern	232
III. Konsequenzen des Todes eines Gesellschafters	235
1. Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters	235
2. Tod eines beschränkt haftenden Gesellschafters	238
IV. Keine Publizität der Rechnungslegung	238
Literaturverzeichnis	241
Register	259

Kapitel 1

Einführung

„Die Insel Utopia erstreckt sich in der Mitte – wo sie am breitesten ist, – zweihunderttausend Schritte weit, eine Breite, die durch die ganze Insel nur wenig schmaler wird, und nimmt gegen die beiden Enden zu allmählich ab. Das ergibt einen Umfang von fünfhundert Meilen, bei der Gestalt des aufnehmenden Mondes, den die ganze Insel hat.“¹

Mit diesen Worten beginnt der englische Staatsmann, Märtyrer und Heilige Thomas Morus seine berühmte Schilderung der Insel Utopia. Dass eine privatrechtliche Habilitationsschrift ihre Leser auf eine Insel entführt, eine fiktive noch dazu, von der es heißt, dass Privatrechtsstreitigkeiten dort „sehr selten“ seien,² mag für den Leser überraschend sein. Utopia hat keine Rechtsordnung, die ein deutscher Jurist durch die Brille der juristischen Dogmatik oder der empirischen Rechtsvergleichung³ betrachten könnte. Ebendieser Umstand macht die Insel als gedanklichen Ausgangspunkt für die in dieser Arbeit anzustellenden Überlegungen interessant: Man stelle sich vor, es gäbe keine Privatrechtsordnung, und die Aufgabe der Privatrechtswissenschaft bestünde darin, die Gesetzgebung bei der (erstmaligen) Konzeption privatrechtlicher Regelungen zu unterstützen. Es bleibe dahingestellt, ob derartige Bemühungen im Sinne der Utopier oder ihres geistigen Schöpfers Thomas Morus wären. Jedenfalls verspricht eine solche Herangehensweise einen Erkenntnisgewinn dadurch, dass sie einen durch bestehende Regelungen real existierender Rechtsordnungen unverstellten Blick auf juristische Fragestellungen ermöglicht. Sie fragt nicht danach, wie bestehende Regelungen auszulegen und anzuwenden oder möglicherweise (punktuell) zu verbessern sind, sondern danach, wie sie aussehen könnten und sollten, wenn man sie „auf der grünen Wiese“⁴ konzipierte. Auf diese Weise können Lösungsansätze für juristische Problemstellungen aufgezeigt und bewertet werden, ohne dabei in der Tradition und der Dogmatik realer Rechts-

¹ Morus, Utopia, Berliner Ausgabe, 2. Auflage 2013, S. 34 f.

² Morus, Utopia, Berliner Ausgabe, 2. Auflage 2013, S. 39.

³ Zum Begriff *Lieder*, ZVglRWiss 109 (2010), 216 (227 ff.); *Rehbinder*, in: Drobnič/ders. (Hrsg.), Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, 1977, S. 56 (61 f.).

⁴ Vgl. *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, S. 3 (für einen vergleichbaren Ansatz bei der Untersuchung geschlossener Kapitalgesellschaften).

ordnungen verhaftet und durch diese Tradition und Dogmatik limitiert zu sein. So können Impulse für die Reformüberlegungen in realen Rechtsordnungen gesetzt werden, die vor allem dann hilfreich sind, wenn der Gesetzgeber keine bloße „Modellpflege“ (Facelift) anstrebt, sondern einen „Modellwechsel“ in Erwägung zieht.

Dem vorstehend skizzierten Gedankenspiel soll sich die vorliegende Arbeit mit Blick auf Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung widmen. Als Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung werden dabei solche Gesellschaften verstanden, bei denen zumindest ein Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit seinem (Privat-)Vermögen⁵ haftet. Es ist zu zeigen, dass die Frage der Gesellschafterhaftung oder ihrer Beschränkung die entscheidende Trennlinie zwischen den verschiedenen Gesellschaftstypen markiert (dazu Kapitel 2).

Sodann ist zu untersuchen, ob es überhaupt einer Gesellschaftsform bedarf, bei der die Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich haften. Diese Frage stellt sich insbesondere vor dem Hintergrund, dass der „Preis“, den Gesellschafter für die Haftungsbeschränkung zahlen müssen – das gesetzliche Mindestkapital⁶ –, heutzutage so niedrig ist, dass er keine ernsthafte Hürde mehr für die Gründung einer Gesellschaft ohne persönliche Gesellschafterhaftung darstellt (dazu Kapitel 3).

Entschließt sich der Gesetzgeber, den Rechtsanwendern eine Gesellschaftsform mit persönlicher Haftung der Gesellschafter zur Verfügung zu stellen, gilt es zunächst, sich der für diese Gesellschaften charakteristischen Agenturkonflikte und möglicher Regelungsinstrumente des Gesetzgebers zu vergewissern (dazu Kapitel 4).

Sodann ist die nähere rechtliche Ausgestaltung von Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung zu untersuchen. Insofern gibt es einige wenige Fragen, die mit der Anordnung der persönlichen Gesellschafterhaftung eng zusammenhängen und die der Gesetzgeber daher notwendigerweise beantworten muss. Hierzu gehört vor allem die Frage der Ausgestaltung der Gesellschafterhaftung als solcher. Allerdings bestehen Zusammenhänge zwischen der Frage der Gesellschafterhaftung und zahlreichen weiteren gesellschaftsrechtlichen Regelungsproblemen. Diese Zusammenhänge sind teils stark ausgeprägt in dem

⁵ Der Begriff des „Privatvermögens“ passt nur für das Vermögen natürlicher Personen. Als Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung können aber auch solche Gesellschaften verstanden werden, bei deren Gesellschaftern es sich zumindest teilweise um Gesellschaften handelt, die für die Verbindlichkeiten ihrer (Tochter-)Gesellschaft mit ihrem Vermögen haften. Letztgenannte Gesellschaften unterscheiden sich von erstgenannten Gesellschaften jedoch in rechtstatsächlicher Hinsicht erheblich; siehe dazu unten Kapitel 2 B. II. 2. d) bb) (3) (b).

⁶ Vgl. BGH, Urteil v. 27.9.1999, II ZR 371/98, NJW 1999, 3483 (3485): „Für das Privileg der fehlenden persönlichen Gesellschafterhaftung ist bei Wahl der Rechtsform der GmbH aber der im Gesetz vorgesehene „Preis“ in Form der Pflichten zur Aufbringung und Erhaltung eines Mindestkapitals und der Registerpublizität zu zahlen.“

Sinne, dass die persönliche Haftung eines Gesellschafters, vor allem die mögliche persönliche Haftung einer natürlichen Person, eine bestimmte Regelung nahelegt. Teilweise sind diese Zusammenhänge weniger offensichtlich, aber immerhin noch erkennbar. Nur wenige gesellschaftsrechtliche Regelungsprobleme stehen zu der Frage der Gesellschafterhaftung in gar keinem Zusammenhang und sind von ihr gänzlich unabhängig; sie bilden gewissermaßen den „Allgemeinen Teil“ des Gesellschaftsrechts. Es ist ein wesentliches Anliegen der vorliegenden Arbeit, diese jeweiligen Themenkomplexe zu identifizieren und auf diese Weise das eigentliche „Sonderrecht“ der Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung herauszuarbeiten, das sie von Gesellschaften ohne persönliche Gesellschafterhaftung unterscheidet. Zudem sollen für die jeweiligen Regelungskomplexe konkrete Lösungsoptionen vorgestellt und bewertet werden (Kapitel 5).

A. Der Begriff der Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung („Personengesellschaft“)

Der im Titel dieser Arbeit verwendete Begriff der Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung ist nahezu selbsterklärend. Er beschreibt keine bestimmte Rechtsform, sondern wird hier als typologische Bezeichnung für Gesellschaften verwendet, bei denen zumindest ein Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft mit seinem Vermögen haftet.⁷ Entscheidend ist dabei, dass diese Haftung der Regelfall ist: Persönliche Gesellschafterhaftung bedeutet, dass jede Verbindlichkeit der Gesellschaft grundsätzlich auch eine Verbindlichkeit der Gesellschafter ist oder eine Verbindlichkeit der Gesellschafter zumindest auslösen kann. Demgegenüber soll der Begriff nicht auf solche Gesellschaftstypen verengt werden, bei denen notwendigerweise *alle* Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich haften: Auch eine Gesellschaft, bei der die Haftung einzelner Gesellschafter oder einer bestimmten Kategorie von Gesellschaftern⁸ der Höhe nach beschränkt ist, soll hier als Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung verstanden werden. Ebenso soll es für die Definition der Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung keine Rolle spielen, ob es sich bei den

⁷ Ebenso wird der Begriff in Art. 416 Abs. 1 des schweizerischen ZGB verwendet: Danach bedarf der Beistand oder die Beiständin für eine Reihe von Geschäften, die er/sie in Vertretung der betroffenen Person vornimmt, der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde; hierzu zählt u. a. der „Eintritt in eine Gesellschaft mit persönlicher Haftung“.

⁸ Zu denken ist etwa an die Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft oder die *limited partners* einer britischen *limited partnership*; siehe zu derartigen partiellen Haftungsbeschränkungen noch ausführlich Kapitel 5 B. III. 1. a) aa).

persönlich haftenden Gesellschaftern um natürliche Personen oder um (möglicherweise ihrerseits haftungsbeschränkte) Gesellschaften handelt.⁹

An die persönliche Gesellschafterhaftung schließen sich eine Reihe von Fragen an: Ist die Gesellschafterhaftung eine primäre Haftung in dem Sinne, dass ein Gläubiger frei wählen kann, ob er die Gesellschaft oder die Gesellschafter in Anspruch nimmt, oder ist sie gegenüber der Haftung der Gesellschaft subsidiär, sodass der Gesellschafter den Gläubiger zunächst auf das Gesellschaftsvermögen verweisen kann? Ist der Inhalt dieser Haftung mit der Verbindlichkeit der Gesellschaft identisch oder haften die Gesellschafter beispielsweise nur auf Geld? Welche Möglichkeiten hat der in Anspruch genommene Gesellschafter, bei der Gesellschaft Regress zu nehmen? Diese Fragen betreffen die nähere rechtliche Ausgestaltung der persönlichen Gesellschafterhaftung. Sie werden in Kapitel 5 vertieft behandelt. Für die grundsätzliche Einordnung einer Gesellschaft als Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung sind sie zunächst nicht von Belang.

Löst hingegen nicht jede Verbindlichkeit der Gesellschaft eine originäre persönliche Gesellschafterhaftung aus, sondern ist diese nur – sei es als „echte“¹⁰ Durchgriffshaftung („*lifting the corporate veil*“)¹¹ oder als durch Normzweckerwägungen gerechtfertigte Haftung neben der Gesellschaft¹² – die Ausnahme,¹³ insbesondere Sanktion für ein vorangegangenes gesellschafterliches Fehlverhalten¹⁴ bei im Übrigen auf die Einlage beschränkter Haftung, soll eine solche Gesellschaft nicht als Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung bezeichnet werden. Es handelt sich vielmehr um eine Frage der Reichweite und der näheren Ausgestaltung der Haftungsbeschränkung bei Gesellschaften mit beschränkter Gesellschafterhaftung, die nicht Gegenstand dieser Arbeit ist.

Der hier bewusst gewählte, auf den ersten Blick möglicherweise etwas sperrig erscheinende Begriff der „Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung“

⁹ Siehe dazu noch ausführlich Kapitel 2 B. I. 2. d) bb) (3) (b).

¹⁰ Treffend K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 222.

¹¹ Kraakman/Davies/Hansmann/Hertig/Hopt/Kanda/Rock, The Anatomy of Corporate Law, 2004, S. 93 f.; siehe mit Blick auf die britische *private company limited by shares Rehm*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 10 Rn. 66; mit Blick auf die *limited liability partnership Triebel/Silny*, NJW 2008, 1034.

¹² Grundlegend Müller-Freienfels, AcP 156 (1957), 522; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 223; Überblick bei Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Lieder, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 13 Rn. 380 ff.

¹³ Den Ausnahmecharakter betonend Windbichler, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 24 Rn. 27; Kraakman/Davies/Hansmann/Hertig/Hopt/Kanda/Rock, The Anatomy of Corporate Law, 2004, S. 93 (“in extreme circumstances“); zur ausnahmsweisen Gesellschafterhaftung in geschlossenen Kapitalgesellschaften Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, S. 143 f.

¹⁴ Grundlegend Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen, 1955, S. 203 ff.; ferner K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 222 ff.; Überblick bei Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Lieder, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 13 Rn. 385.

weist starke Überschneidungen mit dem vor allem im deutschen Sprachraum¹⁵ geläufigen Begriff der „Personengesellschaft“ auf, ist mit diesem aber nicht deckungsgleich. Die Begriffe „Personengesellschaft“ und „Kapitalgesellschaft“ beschreiben Kategorien, um in einer bestimmten Rechtsordnung real existierende Gesellschaftsformen anhand gemeinsamer charakteristischer rechtlicher Eigenschaften einem dieser beiden Typen zuzuordnen. Die persönliche Gesellschafterhaftung ist dabei ein wesentliches Charakteristikum von Personengesellschaften, die Haftungsbeschränkung ein wesentliches Charakteristikum von Kapitalgesellschaften. Neben der Haftungsfrage spielen aber weitere Kriterien für die Einordnung als Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft eine Rolle: etwa die Frage, inwieweit der rechtliche Bestand der Gesellschaft von ihren Mitgliedern abhängt, ob die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft nur durch Gesellschafter oder auch durch Dritte erfolgen kann, inwieweit die Anteile an der Gesellschaft frei übertragbar sind und ob die Gesellschaft transparent oder intransparent besteuert wird.¹⁶ Auf diese Merkmale wird an späterer Stelle noch ausführlich eingegangen. Hier soll zunächst der Hinweis genügen, dass die vorliegende Untersuchung gezielt an eines dieser Merkmale anknüpft, nämlich die persönliche Gesellschafterhaftung, da sich – wie zu zeigen sein wird – aus diesem Merkmal die weitere rechtliche Ausgestaltung der typuszugehörigen Gesellschaftsformen ableitet.¹⁷ Der Blick darauf soll nicht durch die Anknüpfung an eine historisch gewachsene Terminologie verstellt werden, die vermeintlich feststehende Antworten auf Fragen suggeriert, die in dieser Arbeit ergebnisoffen behandelt werden sollen.

Zur Veranschaulichung: Wenn in dieser Arbeit beispielsweise analysiert wird, welche Schlussfolgerungen sich aus der persönlichen Gesellschafterhaftung für die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft ergeben,¹⁸ so soll die Antwort nicht bereits durch den Begriff der „Personengesellschaft“ präeterminiert werden, zu dessen begriffsprägenden Elementen u. a. der Grundsatz der Selbstorganschaft zählt.¹⁹ Sollen die mit der persönlichen Gesellschafterhaftung verbundenen Regelungsfragen abstrakt – d. h. losgelöst von einer konkreten Rechtsordnung – und ergebnisoffen analysiert werden, erscheint die Anknüpfung an eine in der deutschen Rechtsordnung gebräuchliche Terminologie, die derartige Assoziationen hervorruft, nicht hilfreich.

¹⁵ Das deutsche Recht verwendet den Begriff der „Personengesellschaft“ in § 14 Abs. 2 BGB, § 264a Abs. 1 HGB sowie in verschiedenen steuerlichen Gesetzen. Vgl. für Österreich z. B. §§ 9, 11 der österreichischen GewO. Auch die französische Rechtssprache kennt freilich den Begriff der *société de personne* und verwendet ihn vor allem im Kontext des Steuerrechts (Code général des impôts).

¹⁶ Vgl. die Lehrbuchdarstellungen bei Eisenhardt/Wackerbarth, Gesellschaftsrecht I, 16. Aufl. 2015, Rn. 31; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 2 Rn. 17.

¹⁷ Siehe dazu umfassend Kapitel 2 B. II. 2. d).

¹⁸ Siehe Kapitel 5 C. II.

¹⁹ Der Grundsatz der Selbstorganschaft leitet sich – wenn überhaupt – aus der persönlichen Gesellschafterhaftung ab und nicht aus der Kategorisierung als „Personengesellschaft“.

B. Personengesellschaftsrecht als Forschungsfeld

Die hier gewählte Terminologie, die den Begriff der „Personengesellschaft“ bewusst vermeidet, ändert selbstverständlich nichts daran, dass Gegenstand der Arbeit das Personengesellschaftsrecht ist – nicht jedoch ein bestimmtes nationales Personengesellschaftsrecht oder ein (bislang nur primärrechtlich fundiertes) europäisches Personengesellschaftsrecht.

Betrachtet man die Entwicklung des Personengesellschaftsrechts aus der Perspektive des deutschen Gesellschaftsrechtlers, so ist einerseits zu konstatieren, dass wesentliche Entwicklungsimpulse für das deutsche Personengesellschaftsrecht in den letzten Jahrzehnten, insbesondere die Anerkennung der („partiellen“) Rechtsfähigkeit der Außen-GbR,²⁰ nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft gesetzt wurden.²¹ Der Umstand, dass diese Impulse durch den Gesetzgeber bislang weder nachvollzogen noch korrigiert wurden, hat dazu geführt, dass das deutsche Personengesellschaftsrecht nicht bloß unter enormer Unübersichtlichkeit und einer schwer fassbaren „Begriffsverwirrung“²² leidet, sondern dass darüber hinaus in wesentlichen Punkten die im Gesetz dokumentierte Rechtslage der tatsächlichen, durch die Praxis gestalteten und gelebten Rechtslage nicht entspricht (man denke nur an die Regelungen zum Gesellschaftsvermögen in den §§ 718, 719 BGB, die mit der zwischenzeitlichen Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR nicht harmonieren). Gleichzeitig hat sich im Nachgang zu der vieldiskutierten²³ ARGE Weißes Ross-Entscheidung des BGH,²⁴ seit der nunmehr zwei Dekaden vergangen sind, das wissenschaftliche Interesse – abgesehen von wenigen grundlegenden Abhandlungen²⁵ und einer Reihe von Beiträgen zu praktischen Einzelfragen – vornehmlich auf das Kapitalgesellschaftsrecht konzentriert. Immerhin hat sich die wirtschaftsrechtliche Abteilung des 71. Deutschen Juristentags im September 2016 mit der Frage befasst, ob sich eine grundlegende

²⁰ BGH, Urteil v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341. Diese Rechtsprechung basiert wesentlich auf grundlegenden Vorarbeiten von *Flume*, ZHR 136 (1972), 177; *ders.*, FS Westermann, 1974, S. 119; s. auch *Ulmer*, AcP 198 (1998), 113; die Entwicklung rekapitulierend *Habersack*, ZGR 2020, 539 (542 ff.).

²¹ Zu den drei Schüben der Rechtsfortbildung, in denen sich der „Gesichtswandel im Recht der Außen-Personengesellschaften“ in den letzten hundert Jahren vollzogen hat, *K. Schmidt*, ZIP 2014, 493 (495).

²² Treffend *Beuthien*, JZ 2003, 715.

²³ Siehe statt vieler *Baumann*, JZ 2001, 895; *Habersack*, BB 2001, 477; *Hadding*, ZGR 2001, 712; *Heil*, NZG 2001, 300; *Peifer*, NZG 2001, 296; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993; *Scholz*, NZG 2002, 153; *Ulmer*, ZIP 2001, 585; *ders.*, ZIP 2003, 1113; *Westermann*, NZG 2001, 289; *Wiedemann*, JZ 2001, 661; zur weiteren Entwicklung *Armbrüster*, ZGR 2013, 366.

²⁴ BGH, Urteil v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056.

²⁵ Siehe exemplarisch *Fleischer/Heinrich/Pendl*, NZG 2016, 1001; *K. Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712 sowie die Debatte von *Priester*, ZIP 2014, 245 und *K. Schmidt*, ZIP 2014, 493 zur Zulässigkeit eigener Anteile bei Personengesellschaften.

Reform des deutschen Personengesellschaftsrechts empfiehlt.²⁶ Auf diese Weise wurden die Weichen für eine umfassende Reform des deutschen Personengesellschaftsrechts gestellt, deren Grundlage ein überwiegend positiv aufgenommenen Entwurf einer Expertenkommission („Mauracher Entwurf“)²⁷ war und die im Zeitpunkt der Einreichung dieser Arbeit bereits das Stadium eines Regierungsentwurfes (im Folgenden: „MoPeG-Regierungsentwurf“)²⁸ erreicht hatte. Inzwischen wurde das MoPeG durch den Deutschen Bundestag in seiner Sitzung am 24. Juni 2021 mit nur wenigen Modifikationen verabschiedet, ohne dass der Bundesrat Einspruch erhoben hätte; es wird am 1. Januar 2024 in Kraft treten. Auch wenn manchen die damit einhergehenden Änderungen zu weit gehen mögen,²⁹ wird mit dem MoPeG keinesfalls Personengesellschaftsrecht in dem Sinne „neu gedacht“,³⁰ dass die gesetzlichen Regelungen von Grund auf neu konzipiert würden. Vielmehr besteht das Ziel der Reform lediglich darin, den durch den BGH eingeleiteten „Systemwechsel im Gesetz kohärent nachzuziehen und dadurch die Diskrepanzen zwischen dem geschriebenen Recht und der von der Rechtsprechung und der Kautelarpraxis geprägten Rechtsanwendung und -gestaltung im Interesse der Rechtssicherheit zu beseitigen.“³¹ Sie bleibt somit den Pfadabhängigkeiten des deutschen Gesellschaftsrechts verhaftet und verfolgt insoweit einen gänzlich anderen Ansatz als die vorliegende Arbeit. Die Neuregelung soll daher in dieser Arbeit nicht im Einzelnen analysiert werden, wird allerdings gelegentlich eine Rolle spielen, wenn Regelungsoptionen für bestimmte Problemfelder anhand des deutschen Rechts exemplifiziert

²⁶ Schäfer, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag, 2016; dazu K. Schmidt, ZHR 180 (2016), 411.

²⁷ Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, online abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Entwurf_Mopeg.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt aufgerufen am 22.8.2021); dazu Altmppen, NZG 2020, 822; Bachmann, NZG 2020, 612; Geibel, ZRP 2020, 137; Habersack, ZGR 2020, 539; Heckschen, NZG 2020, 761; M. Noack, NZG 2020, 581; Punte/Klemens/Sambulski, ZIP 2020, 1230; Schäfer, ZIP 2020, 1149; Storz, GWR 2020, 257; Wilhelm, NZG 2020, 1041.

²⁸ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, online abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Personengesellschaftsrecht.pdf;jsessionid=72F65010831A956DADB489299849BF0.1_cid289?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt aufgerufen am 22.8.2021); dazu Fleischer, DStR 2021, 430; Lieder, ZRP 2021, 34; M. Noack, BB 2021, 643; K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16.

²⁹ Dezidiert Altmppen, NZG 2020, 822; ähnlich Wilhelm, NZG 2020, 1041.

³⁰ So der pointierte Titel des Aufsatzes von K. Schmidt, ZIP 2014, 493.

³¹ Zusammenfassende Informationen zu dem Gesetzentwurf der Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts v. 20.4.2020, online abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Mopeg_Presseinfo.pdf;jsessionid=880E9849DEBB26B233CA0FDAEF8AA124.2_cid324?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt aufgerufen am 22.8.2021); vgl. auch M. Noack, NZG 2020, 581 (581): Der Entwurf verzichte darauf, „das ganz große Rad zu drehen“.

werden. Gleiches gilt für das erst kürzlich reformierte Recht der österreichischen Gesellschaft bürgerlichen Rechts.³²

Jenseits der skizzierten Reformüberlegungen hat sich das wissenschaftliche Interesse in den beiden letzten Jahrzehnten auch international überwiegend auf das Kapitalgesellschaftsrecht und das damit eng zusammenhängende Finanzmarktrecht fokussiert. Exemplarisch sei auf das „European Model Company Law Project“, das im Wesentlichen Modellregeln für Publikumskapitalgesellschaften entwickeln soll,³³ sowie auf der vorliegenden Arbeit in ihrer grundsätzlichen Herangehensweise vergleichbare Arbeiten zur Publikumskapitalgesellschaft³⁴ sowie zur geschlossenen Kapitalgesellschaft³⁵ hingewiesen.

Als Gründe für die primäre Fokussierung von Rechtswissenschaft und Rechtspolitik auf das Kapitalgesellschaftsrecht sind im Wesentlichen zwei Entwicklungen anzusehen: zum einen die durch die Rechtsprechung des EuGH beförderte grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften, zum anderen die globale Finanz- und Wirtschaftskrise des Jahres 2008. Beide Entwicklungen betrafen nicht nur, aber hauptsächlich Kapitalgesellschaften.

In den Entscheidungen *Centros*,³⁶ *Überseering*³⁷ und *Inspire Art*³⁸ hat der EuGH aus der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften eine wechselseitige Verpflichtung der Mitgliedstaaten abgeleitet, Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten auch dann als solche anzuerkennen, wenn diese ihren (Verwaltungs-)Sitz³⁹ innerhalb der Europäischen Union unter Wahrung

³² Dazu *Fleischer/Heinrich/Pendl*, NZG 2016, 1001; *Harrer*, wbl 2015, 121; *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, *ecolex* 2015, 296 und 476.

³³ Siehe dazu *Baums/Teichmann*, AG 2018, 562; *J. Schmidt*, ZHR 181 (2017), 43 sowie die Beiträge von *Perakis*, ECFR 2016, 200; *de Wulf*, ECFR 2016, 215; *Hommelhoff*, ECFR 2016, 254; *Antunes/Nabarro*, ECFR 2016, 269; *Teichmann*, ECFR 2016, 277; *Conac*, ECFR 2016, 301; *Patakyová/Gramblichková*, ECFR 2016, 322; *Gilson*, ECFR 2016, 351; *Klausner*, ECFR 2016, 363.

³⁴ *Kraakman/Davies/Hansmann/Hertig/Hopt/Kanda/Rock*, *The Anatomy of Corporate Law*, 2004.

³⁵ *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, *Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft*, 2012.

³⁶ EuGH, Urteil v. 9.3.1999, Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I – 1459; dazu *Behrens*, IPRax 1999, 323; *Ebke*, JZ 1999, 656; *Forsthoff*, EuR 2000, 167; *Kieninger*, ZGR 1999, 724; *Kindler*, NJW 1999, 1993; *Roth*, ZIP 1999, 861; *Sandrock*, BB 1999, 1337; *Steindorff*, JZ 1999, 1140; *Werlauff*, ZIP 1999, 867; *Zimmer*, ZHR 164 (2000), 23.

³⁷ EuGH, Urteil v. 5.11.2002, Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I – 9919; dazu *Ebke*, JZ 2003, 927; *Kindler*, NJW 2003, 1073; *Knapp*, DNotZ 2003, 85; *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925; *Lutter*, BB 2003, 7; *W.-H. Roth*, IPRax 2003, 117; *Schulz/Sester*, EWS 2002, 545; *Straube/Ratka*, ÖZW 2003, 34; *Zimmer*, BB 2003, 1.

³⁸ EuGH, Urteil v. 30.9.2003, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I – 10155; dazu *Bayer*, BB 2003, 2357; *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159; *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661; *K. Schmidt*, ZHR 168 (2004), 493; *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949; *Wachter*, GmbHR 2004, 88; *Weller*, DStR 2003, 1800; *Ziemons*, ZIP 2003, 1913; *Zimmer*, NJW 2003, 3585.

³⁹ Zum Begriff des sog. Verwaltungssitzes aus dem Blickwinkel des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts grundlegend *Sandrock*, in: *Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen*, Berichte DGVR Heft 18, 1978, S. 169 (238); *ders.*, FS Beitzke, 1979,

ihrer ursprünglichen Rechtsform in einen anderen Mitgliedstaat verlegen oder wenn sie nach den Rechtsvorschriften ihres Herkunftsstaates von vornherein wirksam mit einem ausländischen (Verwaltungs-)Sitz gegründet werden.⁴⁰ Von der durch diese Judikatur eröffneten (anfänglichen) Rechtswahlfreiheit im Zeitpunkt der Gesellschaftsgründung,⁴¹ die der EuGH in seiner *Cartesio*-Entscheidung durch Anerkennung des grenzüberschreitenden Formwechsels zu einer (nachträglichen) Umwandlungsfreiheit ausgebaut hat,⁴² machten zahlreiche Unternehmensgründer aus allen Mitgliedstaaten dadurch Gebrauch, dass sie – anstelle einer (geschlossenen) Kapitalgesellschaftsform ihres Herkunftsstaates – als Rechtsträger ihres Unternehmens eine britische *private limited company* (Ltd.) oder – vor allem für freiberufliche Aktivitäten – eine *limited liability partnership* (LLP) gründeten. Die Gründung einer britischen *private limited company* ist nämlich (im Gegensatz zu vielen vergleichbaren Formen geschlossener Kapitalgesellschaften in den anderen Mitgliedstaaten) innerhalb weniger Tage mit einem Stammkapital von nur einem Pfund Sterling möglich, ohne dass nach britischem Kollisionsrecht (Gründungstheorie) und Sachrecht Bedenken gegen einen ausländischen Verwaltungssitz bestehen.⁴³ Die Gesellschaftsrechtsordnungen jener Mitgliedstaaten, die eine Gründung ausländischer Gesellschaften durch inländische Gesellschaftsgründer zuvor dadurch vereitelt hatten, dass sie kollisionsrechtlich der (Verwaltungs-)Sitztheorie gefolgt waren und ausländische Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz ihrem eigenen Sachrecht unterworfen hatten, gerieten dadurch unter massiven Reformdruck, und die Ausgestaltung geschlossener Kapitalgesellschaften rückte auf die Agenda von Rechtswissenschaft und Rechtspolitik. Das deutsche GmbH-Recht wurde

S. 669 (683); rechtsvergleichend *Chromek*, Wegzugsfreiheit von Kapitalgesellschaften im europäischen Binnenmarkt, 2009, S. 22 ff.

⁴⁰ Zur Übertragung des ursprünglich für den freien Warenverkehr entwickelten Prinzips der gegenseitigen Anerkennung auf die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften ausführlich *Behme*, Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze, 2015, S. 65 ff. m. w. N.

⁴¹ *Behme*, Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze, 2015, S. 82 ff.

⁴² EuGH, Urteil v. 16.12.2008, Rs. C-210/06 (*Cartesio*), Slg. 2008, I–9641, Rn. 111 ff.; siehe dazu *Behme/Nohlen*, BB 2009, 13; *Borg-Barthet*, ICLQ 58 (2009), 1020; *Eckert*, GesRZ 2009, 139; *Hellwig*, in: von Westphalen (Hrsg.), Deutsches Recht im Wettbewerb, 2009, S. 154; *Johnston/Syrpis*, Eur. L. Rev. 34 (2009), 378 (386); *Kindler*, NZG 2009, 130; *Korom/Metzinger*, ECFR 2009, 125; *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58; *Mörsdorf*, EuZW 2009, 97; *Paefgen*, WM 2009, 529; *Ratka/Rauter*, wbl 2009, 62; *Sethe/Winzer*, WM 2009, 536; *Szydło*, CML Rev. 46 (2009), 703; *Teichmann*, ZIP 2009, 393; *Wilhelmi*, JZ 2009, 411; *Wisniewski/Opalski*, EBOR 10 (2009), 595; *Zimmer/Nændrup*, NJW 2009, 545; zur nachträglichen Rechtswahlfreiheit *Behme*, Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze, 2015, S. 82 ff.

⁴³ Siehe zur Gründung der Limited den Überblick bei *Römermann*, NJW 2006, 2065 (2066); ausführlich zu Chancen und Risiken der Gründung einer Limited aus dem Blickwinkel der Beratungspraxis ferner *Wachter*, GmbHR 2004, 88 (911 ff.).

durch das MoMiG umfassend reformiert;⁴⁴ in anderen Mitgliedstaaten waren ähnliche Reformen zu verzeichnen.⁴⁵ Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass die nationalen Gesellschaftsrechte der Mitgliedstaaten infolge der primärrechtlich induzierten Rechtswahlfreiheit insgesamt miteinander konkurrieren und sich wechselseitig beeinflussen:^{46,47} Jene Rechtswahlfreiheit besteht nämlich nicht nur für Kapitalgesellschaften, sondern aufgrund des rechtsformunabhängig ausgestalteten, der Vielfalt nationaler Gesellschaftsformen in den Mitgliedstaaten Rechnung tragenden Art. 54 AEUV auch für Personengesellschaften,⁴⁸ wenngleich Kapitalgesellschaften von den durch die Niederlassungsfreiheit eröffneten Mobilitätsoptionen tatsächlich häufiger Gebrauch machen dürften.⁴⁹

⁴⁴ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BGBl. I 2008, S. 2026.

⁴⁵ Der spanische Gesetzgeber schuf 2004 mit der *Sociedad limitada nueva empresa* eine Alternative zur *Sociedad de Responsabilidad Limitada*, die innerhalb von nur 48 Stunden gegründet werden kann, siehe dazu Eidenmüller, ZGR 2007, 168 (180); ausführlich Embid Irujo, RIW 2004, 760 (763). Der französische Gesetzgeber hatte bereits 2003 das Recht der S.A.R.L. reformiert und dabei unter anderem das Mindestkapitalerfordernis gestrichen und das Verfahren der Gründung beschleunigt; siehe ausführlich zur französischen GmbH-Reform Becker, GmbHR 2003, 706; dies., GmbHR 2003, 1120; Meyer/Ludwig, GmbHR 2005, 346.

⁴⁶ Zum Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen zusammenfassend MüKoGmbHG/*Fleischer*, 3. Aufl. 2018, Einl., Rn. 222 ff. m. w. N.; siehe ferner Buxbaum, RabelsZ 74 (2010), 1; Eidenmüller, ZGR 2007, 168; ders., JZ 2009, 641 (644 f.); Grundmann, ZGR 2001, 783; Merkt, RabelsZ 59 (1995), 545; Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 330 ff.; monographisch Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002, S. 105 ff.; zur ökonomischen Analyse des Wettbewerbs der Gesellschaftsrechtsordnungen Kirchner, FS Immenga, 2004, S. 607; zur Diskussion in den USA siehe grundlegend Cary, Yale L.J. 83 (1974), 663; Winter, The Journal of Legal Studies 6 (1977), 251 sowie Romano, Journal of Law, Economics & Organization 1 (1985), 225; Bebchuk, Harvard L. Rev. 105 (1992), 1443; den vertikalen Einfluss auf den regulatorischen Wettbewerb aus Washington betont Roe, Harvard L. Rev. 117 (2003), 588; ders., Delaware Journal of Corporate Law 2009, 1. Eindrucksvoll entgegengetreten sind der verbreiteten These eines Wettbewerbs der Gesellschaftsrechtsordnungen Kaban/Kamar, Stan. L. Rev. 55 (2002), 679; siehe ferner Bebchuk/Hamdani, Yale L.J. 112 (2002), 553 sowie relativierend auch Klöhn, RabelsZ 76 (2012), 276 (290 ff.) im Anschluss an Cumming/MacIntosh, Int. Rev. L. Econ. 20 (2000), 141 (144 ff.). Zum europäischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen aus US-amerikanischer Perspektive siehe Charny, Harvard Int. L.J. 32 (1991), 423.

⁴⁷ Zu der mit einer Übertragung des aus dem Wirtschaftsleben entlehnten Wettbewerbsgedankens auf legislatorisches Handeln teilweise verbundenen Überzeichnung des Wettbewerbsgedankens kritisch Kirchhof, in: ders. (Hrsg.), Gemeinwohl und Wettbewerb, 2005, S. 1 (4 ff.); Sinn, The New Systems Competition, 2003, S. 6; siehe ferner Behme, Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze, 2015, S. 296 ff. sowie grundlegend monographisch Stark, Law for Sale, 2019.

⁴⁸ Behme, Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze, 2015, S. 28; Streinz/Müller-Graff, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 54 Rn. 4; Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 75.

⁴⁹ Lediglich der Sachverhalt, welcher der Entscheidung Cartesio zugrunde lag, betraf eine Kommanditgesellschaft ungarischen Rechts und damit eine Personengesellschaft; siehe EuGH, Urteil v. 16.12.2008, Rs. C-210/06 (Cartesio), Slg. 2008, I – 9641, Rn. 21 f.

Register

- Actio pro socio 228 ff.
Akzessorietät der Gesellschafterhaftung 141 ff.
Arbeitnehmer (Mitbestimmung) 232 ff.
Aufsichtsrat 230 ff.
Außengesellschaft 16, 77 f.
Ausscheiden von Gesellschaftern
– Nachhaftung 152 ff.
– Tod eines Gesellschafters 235 ff.
Auffangfunktion (von Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung) 72 ff.
- Beirat 230 ff.
Beschlussmängel 199 ff.
Business Judgement Rule 223 ff.
- Dispositive Regeln 85 f.
- Eigene Anteile 122 ff.
Einpersonengesellschaft 117 ff.
Einstimmigkeitsprinzip 193 ff.
Einwendungen und Einreden der Gesellschaft 142 f.
Ermöglichende Regeln 86 f.
- Fehlerhafte Gesellschaft 131 ff.
Fremdorganschaft (Zulässigkeit) 211 ff.
- Gemeinnütziger Zweck 175 f.
Geschäftsführungsbefugnis
– Ausschluss beschränkt haftender Gesellschafter von der Geschäftsführung 209
– Begriff und Verhältnis zur Vertretungsmacht 204 ff.
– Einzelgeschäftsführungsbefugnis jedes Gesellschafters 207 ff.
– Grundsatz der inhaltlichen Unbeschränktheit 204 ff.
- Zulässigkeit inhaltlicher Beschränkungen 219 ff
Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung (Begriff) 3 ff.
Gesellschafterhaftung
– Gesetzliche Anordnung 135 f.
– Voraussetzungen 136 ff.
– Struktur 141 ff.
– Inhalt 149 ff.
Gesellschafterversammlung
– Beschlussfassung 192 ff.
– Kompetenzen 182 ff.
Gesellschafterwechsel 184 ff.
Gesellschaftsvertrag
– Vertragsänderungen 151 ff., 182 f.
– Zustandekommen und Inhalte 114 ff.
Gesellschaftszweck
– als notwendiger Inhalt des Gesellschaftsvertrags 115 f.
– Differenzierung Zivil- und Handelsgesellschaften 101 ff.
– Gemeinnütziger/ideeller Zweck 175 f.
– von der Rechtsordnung missbilligte Zwecke 106 ff.
Gläubigerschutz
– bei haftungsbeschränkten Gesellschaften 84
– durch persönliche Gesellschafterhaftung 67 f.
Größe der Gesellschaft 109 ff.
Gründungsmängel 131 ff.
Grundlagengeschäfte 183 f.
- Haftung des Geschäftsleiters 223 ff.
Haftung des Gesellschafters
– Gesetzliche Anordnung 135 f.
– Voraussetzungen 136 ff.
– Struktur 141 ff.
– Inhalt 149 ff.

- Haftungsbeschränkung
- Funktion der beschränkten Haftung 63 f.
 - Kommanditistenhaftung 57 ff., 162 ff.
 - vertragliche Haftungsbeschränkungen 176 ff.
- Haftungskonzentration (insb. bei beruflichen Fehlern) 56 f., 171 ff.
- Hybride Gesellschaftsformen 31 ff., 39 f., 55 ff.
- Ideeller Zweck 175 f.
- Inhalt der Gesellschafterhaftung 149 ff.
- Innungsgesellschaft 15
- Interessenkonflikte
- zwischen Gesellschaftern und Geschäftsleitern 80 ff.
 - zwischen Gesellschaftern untereinander 82 f.
 - zwischen Gesellschaft/Gesellschaftern und den Gesellschaftsgläubigern 84
- Kapitalgesellschaften (Begriff) 30 f.
- Kommanditgesellschaft 57 ff., 162 ff.
- Mehrheitsprinzip 193 ff.
- Minderheitsgesellschafter 82 f., 194, 198, 229 f.
- Minderjährigenschutz 114 f., 134, 139 ff.
- Mitbestimmung (von Arbeitnehmern) 232 ff.
- Nachhaftung des ausscheidenden Gesellschafters 152 ff.
- Organhaftung 223 ff.
- Partnerschaftsgesellschaft
- Haftungskonzentration 56 f., 171 ff.
 - mit beschränkter Berufshaftung 57
- Personengesellschaften (Begriff) 30 f.
- Publikumsgesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung 110 ff.
- Publizität der Rechnungslegung 238 ff.
- Rechtsfähigkeit 42 ff., 94 ff.
- Rechtspersönlichkeit 47 ff.
- Registereintragung
- konstitutive Eintragung 126 f.
 - deklaratorische Eintragung 129 f.
 - Eintragungspflicht 130
- Regressmöglichkeiten des in Anspruch genommenen Gesellschafters
- gegenüber der Gesellschaft 158 f.
 - gegenüber seinen Mitgesellschaftern 159 f.
- Selbstorganschaft
- als dispositive Regel 203 f.
 - als zwingende Regel 211 ff.
- Sitzverlegung 40 f., 93
- Sorgfaltsmaßstab 226 ff.
- Sorgfaltspflicht 223
- Steuerrecht 70 f., 110
- Subsidiarität der Gesellschafterhaftung 145 ff.
- Transaktionskosten (Senkung durch persönliche Gesellschafterhaftung) 68 f.
- Tod eines Gesellschafters 157, 235 ff.
- Treuepflicht
- des Geschäftsleiters 223
 - des Gesellschafters 194 ff.
- Unternehmerische Mitbestimmung 232 ff.
- Verbindlichkeiten der Gesellschaft
- deliktsrechtliche Verbindlichkeiten 138 f.
 - Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern 137 f.
- Vertretungsmacht
- Begriff und Verhältnis zur Geschäftsführungsbefugnis 204 ff.
 - Einzelvertretungsmacht jedes Gesellschafters 207 ff.
 - Grundsatz der inhaltlichen Unbeschränktheit 204 ff.
 - Zulässigkeit inhaltlicher Beschränkungen 219 ff.
- Widerspruch (zu einer Geschäftsführungsmaßnahme) 208
- Zwingende Regeln 87 ff.