Studien zum
Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

165

Melanie Dettke

Gewinnthesaurierung und Minderheitenschutz in der Personenhandelsgesellschaft als Konzernobergesellschaft

Nomos

Studien zum
Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb
Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt
Prof. Dr. Dres. h.c. Harm Peter Westermann

Band 165

Melanie Dettke

Gewinnthesaurierung und Minderheitenschutz in der Personenhandelsgesellschaft als Konzernobergesellschaft

Nomos

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

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-3193-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-7557-4 (ePDF)

D 21

1. Auflage 2017
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meiner Mutter
und
meiner Schwester
sowie
dem Andenken an meinen Vater†

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Herrn Professor Dr. Walter G. Paefgen möchte ich meinen herzlichen Dank dafür aussprechen, dass er mir die Möglichkeit zur Promotion eingeräumt hat und, dass er mich auf dem Weg zur Anfertigung dieser Schrift begleitet hat. Auch möchte ich mich bei ihm für die Erstellung des Erstgutachtens bedanken.

Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Harm Peter Westermann möchte ich meinen herzlichen Dank dafür aussprechen, dass er mich während der Promotion in vielerlei Hinsicht unterstützt hat und, dass er mich auf dem Weg zur Abgabe dieser Arbeit begleitet hat. Insbesondere möchte ich mich bei ihm für die gewährte Hilfe, den erfahrenen Rückhalt, für die Überlassung des interessanten Themas und für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Auch möchte ich mich bei den Herausgebern der Schriftenreihe, Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Frau Professorin Dr. Barbara Dauner-Lieb, Herrn Professor Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt und Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Harm Peter Westermann für die Aufnahme in diese Schriftenreihe danken.

Schließlich möchte ich meiner Familie meinen herzlichen Dank dafür aussprechen, dass sie mich während dieser, nicht immer leichten Zeit stets und auf sämtlichste Weise unterstützt hat. Für den unermüdlich erhaltenen Zuspruch und das bedingungslos entgegengebrachte Vertrauen bin ich ihnen zutiefst zu Dank verpflichtet. Diese Schrift ist deshalb meiner Mutter Inge Maria Dettke und meiner Schwester Isabelle Annemarie Dettke sowie meinem verstorbenen Vater Bruno Karl Dettke† gewidmet.

Konstanz, März 2017

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 27

I. Anlass der Untersuchung 27
II. Gegenstand der Untersuchung 31
III. Gang der Untersuchung 32

Kapitel 1: Die Grundlagen für die Untersuchung 35

§ 1 Die Rechtsnatur der Personengesellschaft 35

§ 2 Die Einteilung der Entscheidungen, die in der Personengesellschaft zu treffen sind 36

A. Die Geschäftsführungsentscheidungen 36
I. Die Definition der Geschäftsführungsmaßnahmen 36
1. Die gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen 37
2. Die außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen 37
II. Die Zuständigkeit für die Geschäftsführungsmaßnahmen 38

B. Die Grundlagenentscheidungen 39
I. Die Definition der Grundlagenentscheidungen 39
II. Die Zuständigkeit für die Grundlagenentscheidungen 40
1. Das gesetzliche Vertragsmodell 40
2. Die gesellschaftsvertragliche Einführung des organschaftlichen Modells 41
a. Fragestellung 41
b. Die Zulässigkeit der Einführung des organschaftlichen Modells 43
c. Das gesellschaftsvertragliche Auslegungskriterium 44
d. Die verbleibende Dichotomie: Juristische Person und Personengesellschaft 49

C. Die Organisationsentscheidungen 52
I. Die Definition der Organisationsentscheidungen 52
II. Die Zuständigkeit für die Organisationsentscheidungen 53

§ 3 Die Einführung des Mehrheitsprinzips und die Instrumente des individuellen Minderheitenschutzes 53

A. Die Zulässigkeit der Einführung des Mehrheitsprinzips 53

B. Die Entscheidung des Gesetzgebers des ADHGB 1861 für das vertragsdispositive Einstimmigkeitsprinzip 54

C. Der rechtliche Ausgangspunkt für die Entwicklung von Instrumenten zum individuellen Minderheitenschutz im Recht der Personengesellschaft 58

D. Die Instrumente des individuellen Minderheitenschutzes 62

I. Der Bestimmtheitsgrundsatz 62

1. Die Definition des Bestimmtheitsgrundsatzes 62
2. Die Entstehung und die Entwicklung des Bestimmtheitsgrundsatzes 64
3. Die Rechtfertigung des Bestimmtheitsgrundsatzes durch die Literatur 67
4. Der Bestimmtheitsgrundsatz im Spiegel von Rechtsprechung und Literatur 68
   a. Die Rechtsprechung des BGH 69
   b. Die Reaktion der Literatur auf die Rechtsprechung des BGH 70
      aa. Die Forderung zur Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes 70
      bb. Die Forderung zur Beibehaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes 72
   c. Keine Reaktion des BGH auf den Meinungsstand in der Literatur 75
   d. Die Ansicht von *Goette* 75
   e. Das Festhalten am Bestimmtheitsgrundsatz durch den BGH 77
   f. Die Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes durch den BGH 77
   g. Stellungnahme 79
5. Die Beibehaltung des Terminus „Bestimmtheitsgrundsatz“ 80
6. Die Rechtsfolge der Nichtbeachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes 80

II. Die Kernbereichslehre 81
1. Die Bedeutung der Kernbereichslehre 81
2. Die Entstehung und die Entwicklung der Kernbereichslehre 81
a. Das BGH-Urteil vom 14. Mai 1956 81
b. Die Reaktion der Literatur auf das BGH-Urteil vom 14. Mai 1956 83
c. Die Reaktion des BGH auf die Forderungen der Literatur 85
3. Die Lehre vom unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft 86
a. Die Begründung des unentziehbaren Kernbereichs der Mitgliedschaft und die Kennzeichnung der unentziehbaren Mitgliedschaftsrechte 87
aa. Die Begründung des unentziehbaren Kernbereichs der Mitgliedschaft und die Konkretisierung der unentziehbaren Mitgliedschaftsrechte durch den BGH 87
bb. Die Begründung des unentziehbaren Kernbereichs der Mitgliedschaft und die Charakterisierung der unentziehbaren Mitgliedschaftsrechte durch die Literatur 87
b. Die Rechtsfolge der Einbeziehung des Mitgliedschaftsrechts in den unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft 90
aa. Die Einräumung eines Zustimmungsrechts an den betroffenen Gesellschafter 90
bb. Die Anforderung an eine „antizipierte“ Zustimmung des betroffenen Gesellschafters 93
c. Die Rechtsfolge erteilter und nicht erteilter Zustimmung des betroffenen Gesellschafters 95
d. Gibt es eine Pflicht des betroffenen Gesellschafters zur Zustimmung zu einem unmittelbaren Eingriff in ein unentziehbares Mitgliedschaftsrecht? 97
aa. Die Ansicht des BGH und der *h. M.* 97
bb. Die Auffassung von *Schäfer* und *Winter* 98
cc. Stellungnahme 99

e. Die Berechtigung der Lehre vom unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft 102
aa. Das BGH-Urteil vom 21. Oktober 2014 102
bb. Die Reaktion in der Literatur 103
aaa. Die Ansicht von *Altmeppen* 103
bbb. Die Auffassung von *Priester* 105
ccc. Die Meinung von *Schäfer* 106
ddd. Die Ansicht von *Ulmer* 107
cc. Stellungnahme 107
dd. Zwischenergebnis 111
4. Die Lehre vom unverzichtbaren Kernbereich der Mitgliedschaft 112
a. Die Rechtfertigung des unverzichtbaren Kernbereichs der Mitgliedschaft und die Kennzeichnung der unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechte 112
aa. Die Rechtfertigung des unverzichtbaren Kernbereichs der Mitgliedschaft und die Konkretisierung der unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechte durch den BGH 112
bb. Die Rechtfertigung des unverzichtbaren Kernbereichs der Mitgliedschaft und die Charakterisierung der unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechte durch die Literatur 113
b. Die Rechtsfolge der Einbeziehung des Mitgliedschaftsrechts in den unverzichtbaren Kernbereich der Mitgliedschaft 117
III. Das Belastungsverbot 118
IV. Die materielle Beschlusskontrolle 120
1. Die materielle Beschlusskontrolle anhand der gesellschafterlichen Treuepflicht 121
2. Die Rechtsfolge des Verstoßes gegen die gesellschafterliche Treuepflicht 122
V. Das Verhältnis der Instrumente des individuellen Minderheitenschutzes zueinander 123
1. Das „Zwei-Stufen-Konzept“ des BGH 123
a. Erste Stufe: Das Vorliegen einer hinreichend bestimmten Mehrheitsklausel 124

b. Zweite Stufe: Die inhaltliche Wirksamkeitsprüfung des Mehrheitsbeschlusses 125
2. Die Reaktionen in der Literatur auf das „Zwei-Stufen-Konzept“ des BGH 125
a. Lob 125
b. Lob und Kritik von *K. Schmidt* und sein Vorschlag für ein abweichendes „Zwei-Stufen-Konzept“ 126
3. Stellungnahme zum „Zwei-Stufen-Konzept“ des BGH, zum abweichenden „Zwei-Stufen-Konzept“ von *K. Schmidt* und das Plädoyer für ein „Vier-Stufen-Konzept“ 128
a. Lob und Kritik 128
b. Das Plädoyer für ein „Vier-Stufen-Konzept“ 131
aa. Erste Stufe: Die inhaltliche Wirksamkeitsprüfung der Mehrheitsklausel 131
bb. Zweite Stufe: Das Vorliegen einer hinreichend bestimmten Mehrheitsklausel 131
cc. Dritte Stufe: Die Wirksamkeitsprüfung des Mehrheitsbeschlusses 132
dd. Vierte Stufe: Die inhaltliche Wirksamkeitsprüfung des Mehrheitsbeschlusses 133

Kapitel 2: Die Gewinnermittlung und der Minderheitenschutz in der Personengesellschaft 135

§ 4 Die Gewinnermittlung in der Personengesellschaft 135

§ 5 Fragestellung und Gang der Untersuchung 141

§ 6 Die Aufstellung des Jahresabschlusses 145

A. Die Definition der Jahresabschlussaufstellung 145

B. Die Rechtsnatur der Jahresabschlussaufstellung und die Zuständigkeit für die Jahresabschlussaufstellung 145

§ 7 Die Feststellung des Jahresabschlusses 146

A. Die Definition der Jahresabschlussfeststellung 146

B. Die Rechtsnatur der Jahresabschlussfeststellung 147
I. Die Qualifikation der Jahresabschlussfeststellung als abstraktes Schuldanerkenntnis/Grundlagengeschäft 150
II. Die Kritik an der Einordnung der Jahresabschlussfeststellung als abstraktes Schuldanerkenntnis 151
III. Die Charakterisierung der Jahresabschlussfeststellung als kausales Schuldanerkenntnis/Grundlagengeschäft 155
IV. Die Kritik an der Kennzeichnung der Jahresabschlussfeststellung als kausales Schuldanerkenntnis 157
V. Die Identifizierung der Jahresabschlussfeststellung als Organisationsmaßnahme 158
VI. Zwischenergebnis 160

C. Die Zuständigkeit für die Jahresabschlussfeststellung 160
I. Die Zuständigkeit für die Jahresabschlussfeststellung im Recht der OHG 160
II. Die Zuständigkeit für die Jahresabschlussfeststellung im Recht der KG 161
1. Die Ansicht der älteren Literatur und der älteren Rechtsprechung 161
2. Die Kritik von *Ulmer* an der Ansicht der älteren Literatur und der älteren Rechtsprechung und die Auffassung von *Ulmer* 162
3. Die Ansicht der jüngeren Literatur und der jüngeren Rechtsprechung 166
4. Die Auffassung der jüngsten Literatur und der jüngsten Rechtsprechung 166

§ 8 Die Ausübung der Bilanzierungsentscheidungen 167

A. Die Definition der materiellen Bilanzpolitik 168

B. Die Instrumente der materiellen Bilanzpolitik nach dem Bilanzrecht in der Fassung des Bilanzrichtlinie-Gesetzes vom 19. Dezember 1985, nach dem Bilanzrecht in der Fassung des Bilanzierungsmodernisierungsgesetzes vom 25. Mai 2009 und nach dem Bilanzrecht in der Fassung des Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetzes vom 17. Juli 2015 169
I. Die Instrumente der materiellen Bilanzpolitik bei der Bilanzierung 169
1. Die Bilanzierungswahlrechte 170
a. Die Aktivierungswahlrechte 170
b. Die Passivierungswahlrechte 172
2. Die Bilanzierungshilfen 173
II. Die Instrumente der materiellen Bilanzpolitik bei der Bewertung 174
1. Die Bewertungswahlrechte 174
a. Die Methodenwahlrechte 175
aa. Das Einbeziehungswahlrecht bei den Herstellungskosten 175
bb. Die Abschreibungsmethoden 176
b. Die Wertansatzwahlrechte 178
2. Die Bewertungsvereinfachungsverfahren 179
III. Die steuerrechtlichen Bewertungswahlrechte 181
IV. Die bilanzrechtlichen Beurteilungsspielräume 181
C. Die Rechtsnatur der Ausübung der Bilanzierungsentscheidungen und die Zuständigkeit für die Ausübung der Bilanzierungsentscheidungen 183
I. Die Ansicht von *Ulmer* zum Bilanzrecht in der Fassung HGB 1897 185
II. Die Auffassung des BGH und der Literatur zum Bilanzrecht in der Fassung des BiRiLiG 1985 187
1. Die Auffassung des BGH nach dem Urteil vom 29. März 1996 (*Portland-Zementwerk*) 187
2. Die Auffassung von *Schön* 188
3. Stellungnahme 189
a. Die Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand 189

b. Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen dem geschäftsführenden Gesellschafter und der Gesamtheit der Gesellschafter anhand der Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte nach dem Bilanzrecht in der Fassung des Bilanzrichtlinie-Gesetzes vom 19. Dezember 1985 191
aa. Die Abschreibung im Rahmen vernünftiger kaufmännischer Beurteilung (§ 253 Abs. 4 HGB 1985) 191
bb. Die Aufwandsrückstellung (§ 249 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 HGB 1985) 193
cc. Die steuerrechtliche Sonderabschreibung (§ 254 HGB 1985) 195
dd. Zwischenergebnis 196
III. Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen dem geschäftsführenden Gesellschafter und der Gesamtheit der Gesellschaft anhand der Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte nach dem Bilanzrecht in der Fassung des Bilanzierungsmodernisierungsgesetzes vom 25. Mai 2009 und nach dem Bilanzrecht in der Fassung des Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetzes vom 17. Juli 2015 197
1. Die Aktivierung selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände des Anlagevermögens (§ 248 Abs. 2 S. 1 HGB) 197
2. Zwischenergebnis 198
IV. Die Einteilung der stillen Rücklagen in stille Zwangs-, Ermessens-, Schätz- und Willkürrücklagen 198

§ 9 Der Minderheitenschutz bei der Einführung des Mehrheitsprinzips für die Jahresabschlussfeststellung 202

A. Die Zulässigkeit der Einführung des Mehrheitsprinzips für die Jahresabschlussfeststellung 202

B. Der Minderheitenschutz durch den Bestimmtheitsgrundsatz 203
I. Die wechselhafte Rechtsprechung des BGH 203
1. Das BGH-Urteil vom 29. März 1996 (*Portland-Zementwerk*) 203
2. Das BGH-Urteil vom 15. Januar 2007 (*Otto*) 204

II. Stellungnahme 205
III. Zwischenergebnis 208

C. Der Minderheitenschutz durch die Lehre vom unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft 208
I. Die wechselhafte Rechtsprechung des BGH 209
1. Das BGH-Urteil vom 29. März 1996 (*Portland-Zementwerk*) 209
2. Das BGH-Urteil vom 15. Januar 2007 (*Otto*) 209
II. Stellungnahme 210
III. Zwischenergebnis 211

Kapitel 3: Die Gewinnthesaurierung und der Minderheitenschutz in der Personengesellschaft 213

§ 10 Die Gewinnverwendung in der Personengesellschaft 213

§ 11 Fragestellung und Gang der Untersuchung 214

§ 12 Der Ausschüttungsanspruch der Gesellschafter 214

A. Der Ausschüttungsanspruch der unbeschränkt haftenden Gesellschafter und seine sachliche und zeitliche Begrenzung 214

B. Der Ausschüttungsanspruch des Kommanditisten und seine sachliche und zeitliche Begrenzung 217

§ 13 Die Einschränkung des Ausschüttungsanspruchs der Gesellschafter durch die Thesaurierung von Gewinn in der Personengesellschaft 221

§ 14 Die Rechtsnatur der Gewinnverwendungsentscheidung und die Zuständigkeit für die Gewinnverwendungsentscheidung 223

§ 15 Der Minderheitenschutz bei Einführung des Mehrheitsprinzips für die Gewinnverwendungsentscheidung 224

A. Die Zulässigkeit der Einführung des Mehrheitsprinzips für die Gewinnverwendungsentscheidung 224

B. Der Minderheitenschutz durch den Bestimmtheitsgrundsatz 225

C. Der Minderheitenschutz durch die Lehre vom unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft 226
I. Die Ansichten des BGH 227
1. Das BGH-Urteil vom 29. März 1996 (*Portland-Zementwerk*) 227
2. Das BGH-Urteil vom 15. Januar 2007 (*Otto*) 227
II. Die Auffassungen in der Literatur 227
1. Die Ansicht von *Schäfer* und *Ulmer* 227
2. Der Ansatz von *Priester* 228
3. Die Meinung von *K. Schmidt* 229
4. Die Auffassung von *Paefgen* 229
III. Stellungnahme 231
1. Stellungnahme zur Ansicht des BGH und zur Ansicht von *Schäfer* und *Ulmer* 231
a. Die Herleitung des Ausschüttungsanspruchs der Gesellschafter als wesentliches Gesellschafterrecht aus der Entstehungsgeschichte des ADHGB 1861 233
aa. Die Auffassungen im Bilanz- und im Gesellschaftsrecht 233
aaa. Die Lehre von der Totalbilanz und von dem Totalgewinn 233
bbb. Die Lehre von der Zwischenbilanz und von dem Zwischengewinn 234
bb. Die Entstehungsgeschichte der Artt. 108 Abs. 2, 161 Abs. 1 ADHGB 1861 238
aaa. Art. 108 Abs. 2 ADHGB 1861 (OHG) 238
(1) Der Preussische Entwurf zum ADHGB 1857 238
(2) Die Nürnberger Konferenzen zum ADHGB 240
(3) Das HGB vom 10. Mai 1897 242
bbb. Art. 161 Abs. 1 ADHGB 1861 (KG) 242
(1) Der Preussische Entwurf zum ADHGB 1857 242
(2) Die Nürnberger Konferenzen zum ADHGB 243
(3) Das HGB vom 10. Mai 1897 244
ccc. Zwischenresümee 245

b. Das Gewinnermittlungs- und das Gewinnverwendungsrecht seit dem HGB vom 10. Mai 1897 247
aa. Die Bedeutung der Bildung stiller (Willkür-) Rücklagen im Bilanzrecht 248
bb. Das Höchstwert- und das Mindestwertprinzip im Bilanzrecht 249
aaa. Das Höchstwertprinzip im Bilanzrecht 249
bbb. Das Mindestwertprinzip im Bilanzrecht 250
cc. Der vergleichende Blick in das Aktienrecht: Das Gewinnermittlungs- und das Gewinnverwendungsrecht seit dem HGB vom 10. Mai 1897 bei der Aktiengesellschaft 253
aaa. Das Gewinnermittlungs- und das Gewinnverwendungsrecht im HGB vom 10. Mai 1897 253
bbb. Die Entwicklung der Rechtsprechung des RG zur Zulässigkeit der Bildung stiller (Willkür-) Rücklagen in der Bilanz 256
ccc. Das Gewinnermittlungs- und das Gewinnverwendungsrecht des AktG vom 30. Januar 1937 258
ddd. Die Kritik in der Literatur an dem Gewinnermittlungs- und dem Gewinnverwendungsrecht des AktG vom 30. Januar 1937 261
eee. Das Gewinnermittlungs- und das Gewinnverwendungsrecht des AktG vom 6. September 1965 263
fff. Zwischenresümee 265
dd. Der vergleichende Blick in das GmbH-Recht: Das Gewinnermittlungs- und das Gewinnverwendungsrecht seit dem HGB vom 10. Mai 1897 i. V. m. dem GmbHG vom 20. April 1892 bei der GmbH 267
aaa. Das Gewinnermittlungs- und Gewinnverwendungsrecht des HGB vom 10. Mai 1897 i. V. m. dem GmbHG vom 20. April 1892 267

bbb. Die Kritik in der Literatur an dem Gewinnermittlungs- und Gewinnverwendungsrecht des HGB vom 10. Mai 1897 i. V. m. dem GmbHG vom 20. April 1892 270
ccc. Das Gewinnermittlungs- und das Gewinnverwendungsrecht des Bilanzrichtlinie-Gesetzes vom 19. Dezember 1985 272
ddd. Zwischenresümee 273
ee. Das Gewinnermittlungs- und das Gewinnverwendungsrecht seit dem HGB vom 10. Mai 1897 bei der Personengesellschaft 276
aaa. Das Gewinnermittlungs- und das Gewinnverwendungsrecht des HGB vom 10. Mai 1897 276
bbb. Die Kritik in der Literatur an dem Gewinnermittlungs- und dem Gewinnverwendungsrecht des HGB vom 10. Mai 1897 279
ccc. Das Gewinnermittlungs- und das Gewinnverwendungsrecht des Bilanzrichtlinie-Gesetzes vom 19. Dezember 1985 280
ddd. Die Kritik in der Literatur an der Kodifizierung des § 253 Abs. 4 HGB 1985 283
eee. Das Gewinnermittlungs- und das Gewinnverwendungsrecht des Kapitalgesellschaften & Co.-Richtliniengesetzes vom 24. Februar 2000 284
fff. Das Gewinnermittlungs- und das Gewinnverwendungsrecht des Bilanzierungsmodernisierungsgesetzes vom 25. Mai 2009 285
ggg. Zwischenresümee 287
c. Zwischenergebnis 290
2. Stellungnahme zu dem Ansatz von *Priester* 290
3. Stellungnahme zu der Meinung von *K. Schmidt* 298
4. Stellungnahme zu der Auffassung von *Paefgen* 298

IV. Die Rechtsfolge der Einbeziehung des Ausschüttungsanspruchs der Gesellschafter in den unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft 304
1. Die Einräumung eines Zustimmungsrechts an den gewinnberechtigten Gesellschafter 304
2. Die Anforderung an eine „antizipierte“ Zustimmung des gewinnberechtigten Gesellschafters zum unmittelbaren Eingriff in seinen Ausschüttungsanspruch 305
V. Die Rechtsfolge erteilter und nicht erteilter Zustimmung des gewinnberechtigten Gesellschafters zum mehrheitlich gefassten Thesaurierungsbeschluss 310
VI. Resümee 313

D. Die Beschlusskontrolle bei der Gewinnverwendungsentscheidung 314
I. Das BGH-Urteil vom 29. März 1996 (*Portland-Zementwerk*) 315
II. Die Kritik von *Schön* an der Rechtsprechung des BGH im *Portland-Zementwerk*-Urteil 316
III. Die Kritik von *Schulze-Osterloh* an der Auffassung von *Schön* 319
IV. Stellungnahme 321
V. Zwischenergebnis 325

E. Der Minderheitenschutz durch das Belastungsverbot? 326
I. Die Ansicht von *Haar* 326
II. Stellungnahme 326

Kapitel 4: Die Gewinnthesaurierung und der Minderheitenschutz in der konzernleitenden Personengesellschaft 329

§ 16 Die Gewinnthesaurierung im faktischen Konzern 329

§ 17 Die Rechtsnatur der Konzernleitungs- und der Beteiligungsverwaltungsentscheidungen und die Zuständigkeit für die Konzernleitungs- und Beteiligungsverwaltungsentscheidungen 332

§ 18 Fragestellung und Gang der Untersuchung 337

§ 19 Der vergleichende Blick in das Aktienrecht: Konzerndimensionale Anwendung des § 58 Abs. 2 S. 1 AktG? 339

A. Die Ansicht von *Lutter* 340

B. Die Weiterentwicklung der Ansicht von *Lutter* durch *Götz* 342

I. Eine anfängliche, verdeckte Regelungslücke im AktG 1965 342

II. Die Schließung der Regelungslücke im AktG 1965 durch die konzerndimensionale Anwendung des § 58 Abs. 2 S. 1 AktG 342

C. Die Gegenauffassung von *Werner* 343

I. Keine anfängliche, verdeckte Regelungslücke im AktG 1965 344

II. Die Kritik von *Werner* an dem Ansatz von *Götz* zur konzerndimensionalen Anwendung des § 58 Abs. 2 S. 1 AktG 345

D. Die Reaktionen in der Literatur auf die Gegenauffassung von *Werner* 346

I. Die zustimmende Ansicht in der Literatur 346

II. Eine ablehnende Auffassung in der Literatur 348

1. Eine anfängliche, verdeckte Regelungslücke im AktG 1965 348

2. Die Schließung der Regelungslücke durch die konzerndimensionale Anwendung des § 58 Abs. 2 S. 1 AktG 349

III. Die ablehnende Auffassung von *Erning* 354
1. Die anfängliche, verdeckte Regelungslücke im AktG 1965 354
2. Die Schließung der Regelungslücke durch eine konzerndimensionale Anwendung des § 58 Abs. 2 S. 1 AktG 355

§ 20 Die Rechtsnatur der Gewinnthesaurierungsentscheidung und die Zuständigkeit für die Gewinnthesaurierungsentscheidung in den Konzernuntergesellschaften 358

A. Der Meinungsstand in der Literatur 358
I. Die Ansicht von *Haar*, *Heck*, *Mülbert*, *U. H. Schneider* und *Tröger* 358
II. Die Auffassung von *Wertenbruch* 359
III. Die Meinung von *Paefgen*, *Priester* und *H. P. Westermann* 361
IV. Stellungnahme 361
1. Stellungnahme zu der Ansicht von *Haar*, *Heck*, *Mülbert*, *U. H. Schneider* und *Tröger* und zu der Auffassung von *Wertenbruch* 361
a. Konzerndimensionale Berechnung des Gewinns? 365
aa. Die Auslegung des § 120 Abs. 1 HGB 365
aaa. Die grammatikalische Auslegung des § 120 Abs. 1 HGB 365
bbb. Die systematische Auslegung des § 120 Abs. 1 HGB 365
ccc. Die historische Auslegung des § 120 Abs. 1 HGB 366
(1) Der erste Preussische Entwurf zum ADHGB 1856 368
(2) Der zweite Preussische Entwurf zum ADHGB 1857 369
(3) Die Nürnberger Konferenzen zum ADHGB 370
(4) Ergebnis der historischen Auslegung des § 120 Abs. 1 HGB 371
ddd. Die objektiv-teleologische Auslegung des § 120 Abs. 1 HGB 371

bb. Das argumentum ad absurdum 372
aaa. Grammatikalische Auslegung 373
bbb. Systematische Auslegung 374
ccc. Historische Auslegung 374
ddd. Objektiv-teleologische Auslegung 375
cc. Zwischenergebnis 380
b. Konzerndimensional zu bestimmender Ausschüttungsanspruch praeter legem? 380
aa. Zulässigkeit einer gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung? 380
aaa. Vorliegen einer Regelungslücke? 381
(1) Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers des HGB 1897 382
(2) Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers des AktG 1965 385
bb. Zwischenergebnis 386
c. Konzerndimensional zu bestimmender Ausschüttungsanspruch contra legem? 386
d. Zwischenergebnis 386
2. Stellungnahme zu der Meinung von *Paefgen*, *Priester* und *H. P. Westermann* 387

B. Zur Präzisierung der offenen Zuständigkeitsverteilung 390
I. Die Präzisierung durch Auflistung von bestimmten Tochter- und Beteiligungsgesellschaften 393
II. Die Präzisierung durch abstrakt zu definierende Relevanzschwellen 395
III. Die Präzisierung durch Einräumung einer Thesaurierungsbefugnis bzw. Ausschüttungspflicht an den geschäftsführenden Gesellschafter 396

§ 21 Konzerndimensionale Auslegung von Thesaurierungsklauseln? 401

A. Der Fall *Otto* in der Rechtsprechung 403
I. Das Urteil des LG Hamburg vom 18. August 2004 (*Otto*) 404
II. Das Urteil des OLG Hamburg vom 9. August 2005 (*Otto*) 405
III. Das Urteil des BGH vom 15. Januar 2007 (*Otto*) 406

B. Die Reaktionen auf den Fall *Otto* in der Literatur 408
I. Die Ansicht von *Mülbert* und *Tröger* 408

II. Die Auffassung von *Wertenbruch* 409
III. Die Meinung von *Paefgen*, *Priester* und *H. P. Westermann* 410

C. Stellungnahme 412
I. Stellungnahme zu der Ansicht von *Mülbert* und *Tröger* 412
II. Stellungnahme zu der Auffassung von *Wertenbruch* 412
III. Stellungnahme zu der Meinung von *Paefgen*, *Priester* und *H. P. Westermann* und die eigene Meinung 413
IV. Zwischenergebnis 416
V. Die Rechtsfolge des Verstoßes gegen eine konzerndimensional verstandene Thesaurierungsklausel 416

§ 22 Der Minderheitenschutz bei Einführung des Mehrheitsprinzips für Entscheidungen der Gesellschafter der Konzernobergesellschaft bezüglich der Gewinnverwendung in Konzernuntergesellschaften 418

A. Die Zulässigkeit der Einführung des Mehrheitsprinzips für Entscheidungen der Gesellschafter der Konzernobergesellschaft bezüglich der Gewinnverwendung in Konzernuntergesellschaften 418

B. Der Minderheitenschutz durch den Bestimmtheitsgrundsatz 419
I. Die Ansicht von *Wahlers/Orlikowski-Wolf* und *Wertenbruch* 419
II. Die Auffassung von *Paefgen* 419
III. Stellungnahme 420
1. Stellungnahme zu der Ansicht von *Wahlers/Orlikowski-Wolf* und *Wertenbruch* 420
2. Stellungnahme zu der Auffassung von *Paefgen* und die eigene Meinung 420
IV. Zwischenergebnis 421

C. Der Minderheitenschutz durch die Lehre vom unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft 422
I. Die Ansicht von *Haar* und *Tröger* 422
II. Die Auffassung von *Mülbert* 423
III. Die Meinung von *Paefgen* und *H. P. Westermann* 423
IV. Stellungnahme 424
1. Stellungnahme zu der Ansicht von *Haar* und *Tröger* 424

2. Stellungnahme zu der Auffassung von *Mülbert* 425
3. Stellungnahme zu der Meinung von *Paefgen* und *H. P. Westermann* und die eigene Meinung 425
4. Zwischenergebnis 428

D. Welche Interessen muss der Gesellschafter einer Konzernobergesellschaft bei der Entscheidung bezüglich der Einflussnahme auf die Gewinnverwendung in Konzernuntergesellschaften berücksichtigen? 429

Ergebnisse 431

I. Ergebnisse zu Kapitel 1 431
II. Ergebnisse zu Kapitel 2 432
III. Ergebnisse zu Kapitel 3 434
IV. Ergebnisse zu Kapitel 4 436

Literaturverzeichnis 441

Einleitung

I. Anlass der Untersuchung

Anlass der vorliegenden Arbeit ist das sogenannte *Otto*-Urteil des BGH vom 15. Januar 2007[1]. Der II. Zivilsenat entschied dort u. a. über die Wirksamkeit der Jahresabschlussfeststellung. Dem BGH lag folgender Sachverhalt vor: Die Parteien des Rechtsstreits waren die Gesellschafter der *Otto* GmbH & Co. KG. Die Klägerin war eine Kommanditistin, die zu 25% an der *Otto* GmbH & Co. KG beteiligt war, die Beklagten zu 1 bis 3 waren Kommanditisten, die insgesamt zu 75% an der *Otto* GmbH & Co. KG beteiligt waren, und die Beklagte zu 4 war die Komplementär-GmbH, die keinen Kapitalanteil an der *Otto* GmbH & Co. KG hielt und an der die Kommanditisten quotenidentisch beteiligt waren. Der dem BGH vorgelegte Gesellschaftsvertrag enthielt folgende Regelungen: Nach § 6 Abs. 5 GV sollten Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit der auf das Kommanditkapital entfallenden Stimmen gefasst werden, soweit nicht einzelne Bestimmungen dieses Gesellschaftsvertrages oder sonstige Vereinbarungen etwas anderes vorschrieben. Nach § 6 Abs. 6 GV bedurfte ein in dieser Klausel aufgeführter Katalog von Änderungen des Gesellschaftsvertrages der Zustimmung einer Mehrheit von 76% der auf das Kommanditkapital entfallenden Stimmen. Nach § 6 Abs. 7 GV bedurfte ein in dieser Regelung aufgeführter Katalog von außergewöhnlichen Geschäften der Zustimmung einer Mehrheit von 63% der auf das Kommanditkapital entfallenden Stimmen. Und nach § 9 Abs. 4 GV bedurfte die Zuführung von mehr als 20% des Jahresüberschusses in eine freie Rücklage der Zustimmung von 76% der auf das Kommanditkapital entfallenden Stimmen und die Einbehaltung von weniger als 20% des Jahresüberschusses in eine freie Rücklage der Zustimmung von 63% der auf das Kommanditkapital entfallenden Stimmen.

Am 1. September 2003 wurde der Jahresabschluss zum 28. Februar 2003 mit einer Stimmenmehrheit von 75% des Kommanditkapitals gegen die Stimmen der Klägerin festgestellt. Die Klägerin vertrat die Ansicht,

---

1 BGHZ 170, 283 ff. (*Otto*).

dass die Jahresabschlussfeststellung nichtig sei, weil sie als „Grundlagengeschäft" der Einstimmigkeit nach § 119 Abs. 1 HGB bedurft hätte und, weil der Jahresabschluss inhaltlich unrichtig sei. Denn es liege ein Verstoß gegen § 9 Abs. 4 GV vor. Diese Regelung beziehe sich nicht nur auf die Bildung von freien Rücklagen in der *Otto* GmbH & Co. KG selbst, sondern auch auf die Bildung von freien Rücklagen in deren abhängigen Tochter- und Beteiligungsgesellschaften. Der Gewinn der *Otto* GmbH & Co. KG sei um Rücklagen in den Tochter- bzw. Beteiligungsgesellschaften des Konzerns gemindert, die unstreitig den Anteil von 20% des Jahresüberschusses überstiegen, ohne dass dies nach § 9 Abs. 4 GV mit mindestens 76% der auf das Kommanditkapital entfallenden Stimmen beschlossen worden sei.

Der BGH entschied, dass die Jahresabschlussfeststellung wirksam sei[2]. Der II. Zivilsenat vertrat die Auffassung, dass die Einordnung der Jahresabschlussfeststellung als „Grundlagengeschäft" i. S. d. klägerischen Vortrags nichts darüber besage, ob der entsprechende Beschluss nur einstimmig gefasst werden könne. Denn aus § 119 Abs. 2 HGB ergebe sich, dass das für Gesellschafterbeschlüsse geltende Einstimmigkeitsprinzip für alle Beschlussgegenstände vertragsdispositiv sei[3]. Der BGH qualifizierte die Jahresabschlussfeststellung in Abweichung von seiner Rechtsprechung im sogenannten *Portland-Zementwerk*-Urteil vom 29. März 1996[4] als periodisch wiederkehrende Maßnahme, die nicht mit einer Änderung des Gesellschaftsvertrages einhergehe und ein nicht „ungewöhnliches Geschäft" i. S. v. § 6 Abs. 7 GV sei. Deshalb werde die Jahresabschlussfeststellung von der allgemeinen Mehrheitsklausel (§ 6 Abs. 5 GV) erfasst[5]. Der BGH führte aus, dass der II. Zivilsenat im *Portland-Zementwerk*-Urteil die Ansicht vertreten habe, dass die Bilanzfeststellung nicht auf der Grundlage einer allgemeinen Mehrheitsklausel festgestellt werden könne. Denn die Bilanzfeststellung sei als Grundlagengeschäft zu charakterisieren[6], die das Gewinnrecht der Gesellschafter tangiere, welches zum unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft gehöre[7]. Den Minderheitsgesellschaftern sei Schutz durch den Bestimmtheitsgrundsatz und die Lehre vom unent-

---

2 BGHZ 170, 283, 285 (*Otto*).
3 BGHZ 170, 283, 285 (*Otto*).
4 BGHZ 132, 263 ff. (*Portland-Zementwerk*).
5 BGHZ 170, 283, 286, 288 f. (*Otto*).
6 BGHZ 132, 263, 266 (*Portland-Zementwerk*).
7 BGHZ 132, 263, 268 (*Portland-Zementwerk*).

ziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft zu gewähren[8]. Der BGH führte weiter aus, dass der II. Zivilsenat an seiner Rechtsprechung im *Portland-Zementwerk*-Urteil nicht festhalte. Denn die Jahresabschlussfeststellung sei nicht als eine Grundlagenmaßnahme zu qualifizieren, sondern als eine Angelegenheit der laufenden Verwaltung. Bilanzielle Ansatz- und Bewertungswahlrechte könnten zwar die Höhe des Gewinns beeinflussen. Der Jahresabschluss und dessen Feststellung enthielten aber nicht per se einen Eingriff in das Gewinnrecht der Gesellschafter. Den Minderheitsgesellschaftern sei kein Schutz durch den Bestimmtheitsgrundsatz und die Lehre vom unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft zu gewähren[9]. Deshalb könne die Jahresabschlussfeststellung auf der Grundlage einer allgemeinen Mehrheitsklausel gefasst werden. Der BGH ließ offen, ob dieses Ergebnis auch dann gelten solle, wenn über eine im Jahresabschluss vorweggenommene Ergebnisverwendung (vgl. § 268 Abs. 1 S. 1 HGB), wie insbesondere die Bildung einer offenen Rücklage entschieden werde[10]. Der II. Zivilsenat entschied schließlich, dass der Jahresabschluss inhaltlich nicht unrichtig sei, weil § 9 Abs. 4 GV nicht konzerndimensional auszulegen sei und damit kein Verstoß gegen diese Regelung vorliege[11]. Im Übrigen sei die Revision nicht geeignet, die Nichtigkeit der Jahresabschlussfeststellung zu begründen[12].

Festgehalten werden kann, dass der BGH im *Otto*-Urteil die Rechtsnatur der Jahresabschlussfeststellung nicht mehr als Grundlagenmaßnahme qualifizierte, sondern als eine Angelegenheit der laufenden Verwaltung. Der II. Zivilsenat ließ im *Otto*-Urteil bei der mehrheitlichen Beschlussfassung über die Jahresabschlussfeststellung dem Minderheitsgesellschafter keinen Schutz mehr durch den Bestimmtheitsgrundsatz und die Lehre vom unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft zukommen. Darüber hinaus ließ der BGH die Frage offen, ob bei einer mehrheitlichen Beschlussfassung über die Gewinnverwendung den Minderheitsgesellschaftern Schutz durch die Lehre vom unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft zu gewähren ist. Das *Otto*-Urteil bietet damit Anlass, sich eingehend mit der Gewinnermittlung und der Gewinnverwendung und mit dem

---

8 BGHZ 132, 263, 268 (*Portland-Zementwerk*).
9 BGHZ 170, 283, 289 (*Otto*).
10 BGHZ 170, 283, 290 (*Otto*).
11 BGHZ 170, 283, 296 (*Otto*).
12 BGHZ 170, 283, 294 ff. (*Otto*).

diesbezüglichen Minderheitenschutz in der Personengesellschaft zu beschäftigen.

Darüber hinaus kann festgehalten werden, dass der II. Zivilsenat im *Otto*-Urteil zu der Frage Stellung nahm, ob eine auf den Einzelgewinn der *Otto* GmbH & Co. KG bezogene Thesaurierungsklausel konzerndimensional auszulegen war. Hingegen ließ der BGH im *Otto*-Urteil die Frage offen, ob „die willkürliche Bildung von Reserven bei Untergesellschaften entsprechend §§ 116 Abs. 2, 164 S. 1 Hs. 2 HGB … der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedarf"[13]. Leider schnitt der II. Zivilsenat im *Otto*-Urteil nicht die Frage an, ob bei der mehrheitlich gefassten Entscheidung über die Gewinnthesaurierung in den Tochter- und Beteiligungsgesellschaften in der konzernleitenden Personengesellschaft deren Minderheitsgesellschafter Schutz durch den Bestimmtheitsgrundsatz und die Lehre vom unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft erhalten sollen. Das *Otto*-Urteil bietet damit auch Anlass, sich eingehend mit der Gewinnthesaurierung im faktischen Konzern und mit dem diesbezüglichen Minderheitenschutz in der konzernleitenden Personengesellschaft auseinanderzusetzen.

Festgehalten werden kann, dass die Aufarbeitung und Klärung der streitigen und offenen Fragen ist nicht nur von wissenschaftlicher, sondern vor allem von praktischer Relevanz ist. Denn die Feststellung des Jahresabschlusses, die Entscheidung über die Gewinnverwendung und die Entscheidung über die Gewinnverwendung in Tochter- und Beteiligungsgesellschaften in der konzernleitenden Personengesellschaft müssen jährlich getroffen werden. Die Gesellschafter führen für diese jährlich wiederkehrenden Entscheidungen i. d. R. gesellschaftsvertraglich das Mehrheitsprinzip ein. Für die Kautelarpraxis stellt sich dann die relevante Frage, wie bestimmt die Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag für die Feststellung des Jahresabschlusses, für die Entscheidung über die Gewinnverwendung und für die Entscheidung über die Gewinnverwendung in Tochter- und Beteiligungsgesellschaften in der konzernleitenden Personengesellschaft formuliert sein muss, um dem gebotenen Minderheitenschutz zu entsprechen. Das *Otto*-Urteil gibt damit schließlich Anlass, praxisrelevante Grundsatzfragen des Personengesellschaftsrechts wissenschaftlich aufzuarbeiten und zu klären.

---

13 BGHZ 170, 283, 295 (*Otto*).

II. Gegenstand der Untersuchung

Das gesetzliche Normalstatut der Personengesellschaft bestimmt weder die Rechtsnatur der Jahresabschlussfeststellung, weder die Rechtsnatur der Ausübung der Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte, weder die Rechtsnatur der Ausfüllung der bilanzrechtlichen Beurteilungsspielräume, weder die Rechtsnatur der Entscheidung über die Gewinnverwendung noch die Rechtsnatur der Entscheidung über die Gewinnverwendung in den Konzernuntergesellschaften in einer konzernleitenden Personengesellschaft. Auch enthält es keine ausdrückliche Zuständigkeitszuweisung für die genannten Entscheidungen. Welche Rechtsnatur die Jahresabschlussfeststellung, die Ausübung der Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte, die Ausfüllung der bilanzrechtlichen Beurteilungsspielräume, die Entscheidung über die Gewinnverwendung und die Entscheidung über die Gewinnverwendung in den Konzernuntergesellschaften in einer konzernleitenden Personengesellschaft hat und wer für die genannten Entscheidungen zuständig ist, ist deshalb Gegenstand der Untersuchung.

Das Recht der OHG und das Recht der KG gehen vom vertragsdispositiven Einstimmigkeitsprinzip aus (vgl. § 119 Abs. 1 ggfs. i. V. m. § 161 Abs. 2, § 109, § 163 HGB) und kennen keine Instrumente zum individuellen Minderheitenschutz. In der Praxis wird das Einstimmigkeitsprinzip i. d. R. durch die gesellschaftsvertragliche Einführung des Mehrheitsprinzips ersetzt. Rechtsprechung und Rechtslehre haben den Bestimmtheitsgrundsatz, die Kernbereichslehre und die materielle Beschlusskontrolle als Instrumente zum individuellen Minderheitenschutz praeter legem entwickelt. Ob bei gesellschaftsvertraglicher Einführung des Mehrheitsprinzips für die Jahresabschlussfeststellung, für die Entscheidung über die Gewinnthesaurierung und für die Entscheidung über die Gewinnthesaurierung in den Konzernuntergesellschaften den Minderheitsgesellschaftern Schutz durch den Bestimmtheitsgrundsatz und die Lehre vom unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft praeter legem zu gewähren ist, ist weiterer Gegenstand der Untersuchung.

Die Personengesellschaft an der Konzernspitze eines nationalen oder internationalen Konzerns ist eine vertraute Erscheinung in der Konzernpraxis[14]. Es ist deshalb überraschend, dass in den meisten Gesellschafts-

---

14 *Liebscher*, Konzernbildungskontrolle, 1995, S. 110; *H. P. Westermann*, ZIP 2007, 2289, 2290; Westermann/Wertenbruch, Hdbch PersG/*Tröger*, Rn. I 4002.

verträgen der Müttergesellschaften keine konzerndimensionalen Thesaurierungsklauseln vorhanden sind[15]. Ob eine auf den Einzelgewinn der herrschenden Personengesellschaft bezogene Thesaurierungsklausel deshalb konzerndimensional ausgelegt werden soll, ist schließlich Gegenstand der Untersuchung.

III. Gang der Untersuchung

Im ersten Kapitel werden die Grundlagen für die vorliegende Untersuchung geschaffen. Ausgehend von der Rechtsnatur der Personengesellschaft wird eine Einteilung der Entscheidungen vorgenommen, die in der Personengesellschaft zu treffen sind. Im Anschluss daran werden die Instrumente des formellen und des materiellen, individuellen Minderheitenschutzes im Recht der Personengesellschaft vorgestellt. Es wird nicht nur deren Entstehung und deren Entwicklung nachgezeichnet, sondern es wird auch über deren Berechtigung im Recht der Personengesellschaft kritisch diskutiert.

Im zweiten Kapitel werden die Gewinnermittlung und der diesbezügliche Minderheitenschutz in der Personengesellschaft bearbeitet. Insbesondere erfolgt hier eine Qualifikation der Rechtsnatur der Jahresabschlussfeststellung, der Rechtsnatur der Ausübung der Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte und der Rechtsnatur der Ausfüllung der bilanzrechtlichen Beurteilungsspielräume. Denn von deren Qualifikation hängt nicht nur die Beantwortung der Fragen ab, wer für die Feststellung des Jahresabschlusses und wer für die verbindliche Ausübung der Bilanzierungsentscheidungen zuständig ist, sondern auch, ob bei gesellschaftsvertraglicher Einführung des Mehrheitsprinzips für die Jahresabschlussfeststellung den Minderheitsgesellschaftern Schutz durch den Bestimmtheitsgrundsatz und die Lehre vom unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft zu gewähren ist. Zugleich wird die für die Kautelarpraxis ausschlaggebende Frage geklärt, wie bestimmt eine Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag für die Jahresabschlussfeststellung formuliert werden muss, um dem gebotenen Minderheitenschutz gerecht zu werden.

Im dritten Kapitel werden die Gewinnthesaurierung und der diesbezügliche Minderheitenschutz in der Personengesellschaft bearbeitet. Im Mit-

15 Das berichtet *H. P. Westermann*, ZIP 2007, 2289, 2293.

telpunkt steht die Klärung der Frage, ob der Ausschüttungsanspruch der Gesellschafter (§ 122 Abs. 1 Hs. 2 ggfs. i. V. m. § 161 Abs. 2, § 169 Abs. 1 S. 2 HGB) in den unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft einzubeziehen ist und ob die Thesaurierung von Gewinn als unmittelbarer Eingriff in den Ausschüttungsanspruch der Gesellschafter anzusehen ist. Zugleich wird die für die Kautelarpraxis maßgebliche Frage beantwortet, wie bestimmt eine Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag für die Gewinnthesaurierungsentscheidung formuliert werden muss, um dem geforderten Minderheitenschutz zu entsprechen. Dazu werden verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten vorgestellt.

Im vierten Kapitel werden schließlich die Gewinnthesaurierung in den Konzernuntergesellschaften und der diesbezügliche Minderheitenschutz in der konzernleitenden Personengesellschaft bearbeitet. Insbesondere wird der Frage nachgegangen, ob den Gesellschaftern der herrschenden Personengesellschaft ein konzerndimensional zu bestimmender Ausschüttungsanspruch zusteht. Denn die Beantwortung dieser Frage stellt den Dreh- und Angelpunkt für die Klärung der Fragen dar, welche Rechtsnatur die Gewinnverwendungsentscheidung in den Konzernuntergesellschaften aus der Sicht der herrschenden Personengesellschaft hat, wer für diese im Innenverhältnis der herrschenden Personengesellschaft zuständig ist, ob eine auf den Einzelgewinn der Konzernobergesellschaft bezogene Thesaurierungsbefugnis des geschäftsführenden Gesellschafters auf seine Geschäftsführungsbefugnis bezüglich der Gewinnverwendungsentscheidung in den Konzernuntergesellschaften „durchschlagen“ soll und ob bei gesellschaftsvertraglicher Einführung des Mehrheitsprinzips den Minderheitsgesellschaftern der herrschenden Personengesellschaft Schutz durch den Bestimmtheitsgrundsatz und die Lehre vom unentziehbaren Kernbereich der Mitgliedschaft zu gewähren ist. Zugleich wird die für die Kautelarpraxis relevante Frage geklärt, wie bestimmt eine Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag der herrschenden Personengesellschaft für die Entscheidung über die Gewinnthesaurierung in den Tochter- und Beteiligungsgesellschaften formuliert werden muss, um dem gebotenen Minderheitenschutz gerecht zu werden.

Kapitel 1: Die Grundlagen für die Untersuchung

§ 1 Die Rechtsnatur der Personengesellschaft

Eine Personenhandelsgesellschaft wird von mindestens zwei Gesellschaftern zu dem Zweck gegründet, gemeinsam ein Handelsgewerbe zu betreiben (§ 705 BGB, §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 HGB). Die Personengesellschaft entsteht im Innenverhältnis mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages der Gesellschafter und im Außenverhältnis mit der Eintragung in das Handelsregister (§ 123 Abs. 1 ggfs. i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB) bzw. mit der Aufnahme des Gewerbebetriebes (§ 123 Abs. 2 ggfs. i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB) [16]. Die Personengesellschaft verselbständigt sich durch die Eintragung in das Handelsregister im Außenverhältnis gegenüber Dritten zu einer rechtsfähigen Organisationseinheit, welche unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichen etc. eingehen kann (§ 124 Abs. 1 ggfs. i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB) [17]. Sie verselbständigt sich hingegen nicht im Innenverhältnis gegenüber ihren Gesellschaftern zu einer rechtsfähigen Organisationseinheit[18]. Der Gesellschaftsvertrag der Gesellschafter bildet weiterhin die rechtliche Grundlage für die rechtliche Beziehung der Gesellschafter zu der Gesellschaft und der Gesellschafter untereinander[19]. Er bleibt als iuris vinculum inter personas der Gesellschafter bestehen[20] und die Gesellschafter bleiben die „Herren der Gesellschaft“[21]. Von

16 Statt vieler GroßkommHGB/*Schäfer*, § 105 Rn. 49; Westermann/Wertenbruch, Hdbch PersG/*H. P. Westermann*, Rn. I 131 ff., 162 ff.

17 Grundlegend *Flume*, Personengesellschaft, 1977, S. 90 f.; *Habersack*, JUS 1990, 179, 181; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 82.

18 Grundlegend *von Gierke*, Deutsches Privatrecht, Band I, 1895, S. 683; *Flume*, Personengesellschaft, 1977, S. 95; *Habersack*, JUS 1990, 179, 181; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 82.

19 *Habersack*, JUS 1990, 179, 181; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 78, 82.

20 *Flume*, Personengesellschaft, 1977, S. 95.

21 *K. Schmidt*, ZHR 158 (1994), 205, 214; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 76.

Flume wird die Personengesellschaft daher als teilrechtsfähiger Personenverband[22] der sie konstituierenden Gesellschafter bezeichnet[23].

§ 2 Die Einteilung der Entscheidungen, die in der Personengesellschaft zu treffen sind

Da die Personengesellschaft ein teilrechtsfähiger Personenverband ist, werden die Entscheidungen, die in der Personengesellschaft zu treffen sind, in Entscheidungen der Gesellschaft und in Entscheidungen der Gesellschafter eingeteilt[24]. Zu den Entscheidungen der Gesellschaft werden die Geschäftsführungs- (A.) und Organisationsentscheidungen (C.) gezählt und zu den Entscheidungen der Gesellschafter die Grundlagenentscheidungen (B.).

A. Die Geschäftsführungsentscheidungen

I. Die Definition der Geschäftsführungsmaßnahmen

Die Geschäftsführungsentscheidungen sind Teil der Geschäftsführungsmaßnahmen. Zu letzteren gehören alle Tätigkeiten, die der Förderung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks dienen (vgl. § 705 BGB, § 105 Abs. 1 ggfs. i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB)[25]. Zu den Geschäftsführungsmaßnahmen

---

22 Kritisch zum Begriff des teilrechtsfähigen Personenverbandes *Huber*, FS Lutter, 2000, S. 107, 110 ff.; Westermann/Wertenbruch, Hdbch PersG/*Wertenbruch*, Rn. I 35; *Wertenbruch*, Haftung, 2000, S. 211 ff.; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 588.

23 *Flume*, Personengesellschaft, 1977, S. 90; grundlegend zur Rechtsnatur der Personengesellschaft *Flume*, Personengesellschaft, 1977, S. 89 ff.; *ders*., ZHR 136 (1972), 177 ff.; daneben *Habersack*, Mitgliedschaft, 1996, S. 49 ff.; *ders*., JUS 1990, 179, 181; *Hüffer*, ZHR 151 (1987), 396 f.; MünchKommBGB/*Ulmer*/*Schäfer*, § 705 Rn. 256; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 11 ff., 78, 82.

24 Grundlegend *Flume*, Personengesellschaft, 1977, S. 97; statt vieler GroßkommHGB/*Schäfer*, § 119 Rn. 10.

25 Allgemeine Meinung siehe nur Baumbach/Hopt/*Roth*, § 114 Rn. 2; *Dumser*, Beschränkungen der Mehrheitsmacht, 2008, S. 22; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Drescher*, § 114 Rn. 4; GroßkommHGB/*Schäfer,* § 114 Rn. 12; § 119 Rn. 11; Oetker/*Weitemeyer*, § 114 Rn. 4; Röhricht/von Westphalen/*Haas/Mock*, § 114 Rn. 1; *Röttger*, Kernbereichslehre, 1989, S. 80; *U. H. Schneider*, FS Bärmann, 1975, S. 873, 878 f.; *Schuld*, Organschaftliche Beschlußzurechnung, 2003, S. 43;

werden deshalb tatsächliche Handlungen, rechtsgeschäftliche Entscheidungen und die Vertretung der Personengesellschaft gezählt[26]. Der Begriff der Geschäftsführungsmaßnahmen wird in der Literatur mit Hilfe der Terminologie der Betriebswirtschaftslehre näher konkretisiert. Zu diesen werden unternehmensleitende Tätigkeiten wie die Formulierung der Unternehmensziele, die Entscheidung der Strategie, wie diese Unternehmensziele in finanzieller, personeller und räumlicher Hinsicht umzusetzen sind, sowie die Überwachung der umzusetzenden Entscheidungen gezählt[27].

Das gesetzliche Normalstatut der Personengesellschaft unterscheidet zwischen gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen (vgl. § 116 Abs. 1 HGB) und ungewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen (vgl. § 116 Abs. 2 HGB).

1. Die gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen

Zu den gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen werden solche gezählt, die nach Art, Inhalt, Umfang, Zweck oder Risiko bei Betrachtung der konkreten Verhältnisse normalerweise bei dieser Personengesellschaft vorkommen[28].

2. Die außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen

Zu den außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen gehören solche, die nach Art, Inhalt, Umfang, Zweck oder Risiko bei Betrachtung der

---

Schulze-Osterloh, FS Hadding, 2004, S. 637, 639; Westermann/Wertenbruch, Hdbch PersG/*H. P. Westermann*, Rn. I 252 f.; *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit, 1970, S. 167; *Wiedemann,* GesR, Bd. II, 2004, S. 329.

26 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Drescher*, § 114 Rn. 4; ausführlich hierzu GroßkommHGB/*Schäfer*, § 114 Rn. 13 ff.; Röhricht/von Westphalen/*Haas/Mock*, § 114 Rn. 3; Westermann/Wertenbruch, Hdbch PersG/*H. P. Westermann*, Rn. I 253 ff.

27 MünchKommHGB/*Rawert*, § 114 Rn. 8; Röhricht/von Westphalen/*Haas/Mock*, § 114 Rn. 1; *Schuld*, Organschaftliche Beschlußzurechnung, 2003, S. 43.

28 *Dumser*, Beschränkungen der Mehrheitsmacht, 2008, S. 22; GroßkommHGB/*Schäfer*, § 114 Rn. 11 f., § 116 Rn. 4, 9 f.; Oetker/*Weitemeyer*, § 116 Rn. 6; *Schuld*, Organschaftliche Beschlußzurechnung, 2003, S. 44; *H. P. Westermann,* Vertragsfreiheit, 1970, S. 167; Westermann/Wertenbruch, Hdbch PersG/*H. P. Westermann,* Rn. I 257 ff.

konkreten Verhältnisse ausnahmsweise bei dieser Personengesellschaft vorkommen[29] oder die wegen einer Interessenkollision beim geschäftsführenden Gesellschafter eine spezifische Gefahr für die Personengesellschaft mit sich bringen[30].

II. Die Zuständigkeit für die Geschäftsführungsmaßnahmen

Die Personengesellschaft ist für die Geschäftsführungsmaßnahmen zuständig. Da sie als solche nicht willensbildungs- und handlungsfähig ist, bedarf sie eines Geschäftsführungsorgans, deren Organmitglied den Willen für die Personengesellschaft bildet und die Handlungen für die Personengesellschaft vornimmt[31]. Der Wille und die Handlung des Organmitgliedes werden dem Organ und von dem Organ der Personengesellschaft zugerechnet[32], so dass die Personengesellschaft als solche willensbildungs- und handlungsfähig ist[33].

Für die gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen ist nach dem gesetzlichen Normalstatut der OHG jeder Gesellschafter (§ 114 Abs. 1 HGB) und nach der gesetzlichen Regelung im Recht der KG jeder Komplementär (§§ 161 Abs. 2, 114 Abs. 1, 164 S. 1 Hs. 1 HGB) als Einzelgeschäfts-

---

29 RGZ 158, 302, 308; BGH BB 1954, 143, 145; BGH WM 1969, 688, 690; BGHZ 76, 160, 162; OLG Köln NJW-RR 1995, 547, 548; auch Baumbach/Hopt/*Roth*, § 116 Rn. 2; *Dumser*, Beschränkungen der Mehrheitsmacht, 2008, S. 23 f.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Drescher*, § 116 Rn. 4; GroßkommHGB/*Schäfer*, § 116 Rn. 5, 11; Heymann/*Emmerich,* § 116 Rn. 3; MünchKommHGB/*Jickeli*, § 116 Rn. 7 ff.; *Röttger,* Kernbereichslehre, 1989, S. 80; *Schuld*, Organschaftliche Beschlußzurechnung, 2003, S. 45.

30 BGH WM 1973, 170, 171; OLG Köln NJW-RR 1995, 547, 549; GroßkommHGB/*Schäfer,* § 116 Rn. 6; Heymann/*Emmerich,* § 116 Rn. 5; MünchKommHGB/*Jickeli*, § 116 Rn. 15; Schlegelberger/*Martens*, § 116 Rn. 11; Westermann/Wertenbruch, Hdbch PersG/*H. P. Westermann*, Rn. I 259c; zahlreiche Beispiele aus der Praxis bei GroßkommHGB/*Schäfer*, § 116 Rn. 12; Oetker/*Weitemeyer*, § 116 Rn. 8.

31 *Schütz*, Sachlegitimation, 1994, S. 113.

32 *Sandhaus*, Rechtsschutz, 2011, S. 7; *Schuld*, Organschaftliche Beschlußzurechnung, 2003, S. 177.

33 Zum doppelten Zurechnungsmechanismus *Mülbert*/*Gramse*, WM 2002, 2085; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 45 ff.; *Wiedemann*, GesR, Bd. II, 2004, S. 293.

führungsorgan zuständig[34]. Jeder unbeschränkt haftende Gesellschafter ist geborenes Organmitglied[35].

Für die ungewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen ist nach dem gesetzlichen Normalstatut der OHG die Gesamtheit der Gesellschafter[36] als Kollektivgeschäftsführungsorgan zuständig. Und für die außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen ist im Recht der KG der Kommanditist entgegen dem Wortlaut von § 164 S. 1 Hs. 2 HGB nicht nur zum Widerspruch berechtigt, sondern zur Zustimmung[37], so dass die Gesamtheit der Gesellschafter als Kollektivgeschäftsführungsorgan zuständig ist. Jeder Gesellschafter ist geborenes Organmitglied[38]. Die Gesamtheit der Gesellschafter entscheiden durch einstimmigen Beschluss (§ 119 Abs. 1 ggfs. i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB), welcher der Personengesellschaft als eigener Wille zugerechnet wird. Eine Feststellungsklage gegen den Beschluss ist deshalb gegen die Personengesellschaft selbst zu richten[39].

B. Die Grundlagenentscheidungen

I. Die Definition der Grundlagenentscheidungen

Zu den Grundlagenentscheidungen gehören alle Entscheidungen, die die Grundlage der rechtlichen Beziehung der Gesellschafter zu der Personengesellschaft oder der Gesellschafter untereinander unmittelbar oder mittel-

---

34 *Flume,* Personengesellschaft, 1977, S. 131; *Mülbert/Gramse,* WM 2002, 2085 f., 2090; GroßkommHGB/*Schäfer*, § 114 Rn. 15; Oetker/*Weitemeyer*, § 114 Rn. 2; *Röttger*, Kernbereichslehre, 1989, S. 80; *Sandhaus*, Rechtsschutz, 2011, S. 7, 12; *Schuld*, Organschaftliche Beschlußzurechnung, 2003, S. 44, 175 f.; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 81; *Schütz*, Sachlegitimation, 1994, S. 113.

35 *Flume,* Personengesellschaft, 1977, S. 130 f.; *Hüffer*, ZHR 151 (1987), 396, 398; *Mülbert/Gramse*, WM 2002, 2085 f.; *Sandhaus*, Rechtsschutz, 2011, S. 7, 12; *K. Schmidt,* GesR, 2002, S. 415.

36 § 116 Abs. 2 HGB.

37 Schon RGZ 158, 302, 306 ff.; Baumbach/Hopt/*Roth*, § 164 Rn. 2; *Enzinger*, Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften, 1995, S. 4; Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns/*Wenzel*, § 4 Rn. 40; *Priester*, IDW, Personengesellschaft und Bilanzierung, 1990, S. 63, 67; Schlegelberger/*Martens*, § 164 Rn. 16.

38 *Mülbert/Gramse*, WM 2002, 2085, 2086; *Schütz*, Sachlegitimation, 1994, S. 132; *Ulmer*, FS Niederländer, 1991, S. 415, 428.

39 *Schuld*, Organschaftliche Beschlußzurechnung, 2003, S. 211; *Schütz*, Sachlegitimation, 1994, S. 132.

bar ändern, m.it anderen Worten alle Entscheidungen, die den Gesellschaftsvertrag unmittelbar oder mittelbar ändern[40].

II. Die Zuständigkeit für die Grundlagenentscheidungen

1. Das gesetzliche Vertragsmodell

Die Gesellschafter sind für die Grundlagenentscheidungen zuständig[41]. Die Grundlagenentscheidungen sind den Gesellschaftern als den das Schuldverhältnis konstituierenden Vertragspartner des Gesellschaftsvertrages und damit den „Herren der Gesellschaft" vorbehalten[42]. Die Grundlagenentscheidungen werden durch einstimmigen Beschluss gefasst (§ 311 Abs. 1 BGB, § 119 Abs. 1 ggfs. i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB)[43], wobei der einstimmig gefasste Beschluss selbst Vertragscharakter hat[44]. Bei einem Streit über die Wirksamkeit der Grundlagenänderung ist die Feststellungs-

---

40 GroßkommHGB/*Habersack*, § 126 Rn. 13 ff.; GroßkommHGB/*Schäfer*, § 114 Rn. 15, § 119 Rn. 11; *Priester*, DStR 2007, 28, 29; *ders.*, DStR 2008, 1386, 1390; *Röttger*, Kernbereichslehre, 1989, S. 74; *K. Schmidt*, FS Röhricht, 2005, S. 511, 524; *Schuld*, Organschaftliche Beschlußzurechnung, 2003, S. 45; *Schütz*, Sachlegitimation, 1994, S. 131.

41 *Flume,* Personengesellschaft, 1977, S. 215; *ders.,* Juristische Person, 1983, S. 262, 264; *ders.*, FS Rittner, 1991, S. 119, 124; GroßkommHGB/*Casper*, § 163 Rn. 8; *Martens*, Mehrheits- und Konzernherrschaft, 1970, S. 114; *Menk*, Verhältnis des Bestimmtheitsgrundsatzes zur Kernbereichslehre, 1975, S. 6; *Mülbert/Gramse,* WM 2002, 2085, 2086; *Nitschke,* Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 97, 278; *Roitzsch*, Minderheitenschutz im Verbandsrecht, 1981, S. 38 f.; *Schulze-Osterloh*, FS Hadding, 2004, S. 637, 643; *Sandhaus*, Rechtsschutz, 2011, S. 11 f.; *Schuld*, Organschaftliche Beschlusszurechnung, 2003, S. 180; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 76, 81 f.; *Ulmer*, FS Niederländer, 1991, S. 415, 426 f.

42 GroßkommHGB/*Schäfer*, § 119 Rn. 10; *Mülbert*/*Gramse*, WM 2002, 2085, 2094; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 76; *Schütz*, Sachlegitimation, 1994, S. 149.

43 Ausnahmen finden sich im Gesetz (siehe §§ 117, 127, 140 Abs. 1 HGB).

44 Baumbach/Hopt/*Roth*, § 119 Rn. 25; Erman/*H. P. Westermann*, § 709 Rn. 19; Heymann/*Emmerich*, § 119 Rn. 2; *Goette*, FS Sigle, 2000, S. 145; GroßkommHGB/*Casper*, § 163 Rn. 8; *Lockowandt*, Stimmenrechtsbeschränkungen, 1996, S. 163, 195; MünchKommBGB/*Ulmer*/*Schäfer*, § 705 Rn. 55; S*chürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 81; *Ulmer,* FS Niederländer, 1991, S. 415, 427; wohl auch GroßkommHGB/*Habersack,* § 126 Rn. 12; a. A. *Scholz*, WM 2006, 987, 902.

klage gegen die Mitgesellschafter zu richten[45], soweit die Gesellschafter nicht gesellschaftsvertraglich oder ad hoc vereinbart haben, dass die Feststellungsklage gegen die Personengesellschaft zu richten sei[46]. Der BGH begründet dies zutreffend damit, dass bei einem Streit über die Wirksamkeit einer Änderung des Gesellschaftsvertrages die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses berührt werden und die Personengesellschaft hierüber keine Dispositionsbefugnis habe[47]. Ohne eine entsprechende Vereinbarung der Gesellschafter sei die gegen die Personengesellschaft erhobene Feststellungsklage wegen fehlender Sachlegitimation durch Sachurteil abzuweisen[48].

2. Die gesellschaftsvertragliche Einführung des organschaftlichen Modells

a. Fragestellung

Fraglich ist nun, ob für die Grundlagenentscheidungen zwingend die Gesellschafter als die das Schuldverhältnis konstituierenden Vertragspartner des Gesellschaftsvertrages zuständig sein müssen oder ob für diese nicht gesellschaftsvertraglich ein Grundlagenorgan „Gesellschafterversammlung" mit organschaftlichem Zurechnungsmechanismus wie bei der juristischen Person eingeführt werden kann[49].

---

45 BGHZ 30, 195, 197; BGHZ 48, 175, 176 f.; BGHZ 81, 263, 264 f.; BGHZ 85, 350, 353; BGHZ 91, 132, 133; BGH WM 1964, 767; BGH WM 1965, 14; BGH WM 1966, 1036; BGH WM 1990, 309 f.; BGH WM 1990, 675, 676; BGH NJW 1981, 2565; BGH NJW 1984, 2104; BGH NJW 1995, 1218; BGH NJW 1999, 3113, 3115; BGH NJW 2003, 1729; BGH ZIP 2006, 1579, 1581; auch Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Goette*, 2. Aufl. 2008, § 119 Rn. 77; GroßkommHGB/*Schäfer*, § 119 Rn. 94; Heymann/*Emmerich*, § 119 Rn. 12; *Mülbert/Gramse*, WM 2002, 2085, 2089, 2092; Oetker/*Weitemeyer*, § 119 Rn. 58; *Sandhaus*, Rechtsschutz, 2011, S. 10 f., 123; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 83.

46 BGH NZG 2003, 525, BGH NZG 2011, 544, 545.

47 BGHZ 48, 175, 176 f.; BGHZ 81, 265; BGH WM 1965, 14; BGH WM 1990, 309; BGH WM 1990, 675; *Brandes*, WM 2000, 385, 389; *Wertenbruch,* NZG 2006, 408, 412.

48 BGH WM 1965, 14; *Mülbert/Gramse,* WM 2002, 2085, 2089; *Schürnbrand,* Organschaft, 2007, S. 83.

49 Die Termini stammen von *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 82; ihm folgend GroßkommHGB/*Casper*, § 163 Rn. 8; demgegenüber verwenden *Mülbert/Gramse*,

Im Gegensatz zur Personengesellschaft verfügt die juristische Person aufgrund ihrer Rechtsnatur zwingend über ein Grundlagenorgan mit organschaftlichem Zurechnungsmechanismus. Denn die juristische Person verselbständigt sich mit der Eintragung in das Handelsregister nicht nur im Außenverhältnis gegenüber Dritten zu einer rechtsfähigen Organisationseinheit[50], sondern auch im Innenverhältnis gegenüber den Gesellschaftern. Von *Otto von Gierke* und *Flume* wird daher die juristische Person als Verbandsperson bezeichnet[51]. Der Gesellschaftsvertrag wandelt sich mit der Eintragung in das Handelsregister zur Satzung und bildet keine rechtliche Grundlage mehr für die Beziehung der Gesellschafter zu der Gesellschaft und zu den Gesellschaftern untereinander[52]. Die juristische Person bedarf deshalb nicht nur zur Verwirklichung ihres Gesellschaftszwecks eines Leitungs-[53] bzw. Geschäftsführungsorgans[54], sondern auch zur Änderung ihrer Grundlagen eines Grundlagenorgans[55]. Die Gesellschafter sind die geborenen Mitglieder des Grundlagenorgans. Die von den Gesellschaftern beschlossene Änderung der Grundlage wird dem Grundlagenorgan und von dem Grundlagenorgan der Gesellschaft zugerechnet[56]. In rechtskonstruktiver Hinsicht ist die juristische Person damit „Herrin ihrer selbst"[57]. Indem sie sich ihres Grundlagenorgans bedient, ändert sie ihre Verfassung selbst[58]. Deshalb muss bei einem Streit über die Wirksamkeit

---

WM 2002, 2085, 2087 – in der Sache gleichbedeutend – die Termini „Vertragsmodell" und „Beschlussmodell" und MünchHdb. GesR I/*Weipert*, § 57 Rn. 3, 24 – in der Sache ebenso übereinstimmend – die Termini „Individualprinzip" und „Verbandsprinzip".

50 Vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 AktG; § 13 Abs. 1 GmbHG.

51 *Von Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1895, S. 469; *Flume*, Juristische Person, 1983, S. 261; *ders*., Personengesellschaft, 1977, S. 90.

52 Allgemeine Meinung siehe nur *Flume*, Personengesellschaft, 1977, S. 95; *Habersack*, JUS 1990, 179, 181; MünchKommBGB/*Ulmer*/*Schäfer*, Vor § 705 Rn. 12, § 705 Rn. 308; *Schürnbrand,* Organschaft, 2007, S. 78.

53 Für die AG eines Vorstandes (§§ 76 ff. AktG).

54 Für die GmbH eines Geschäftsführers (§§ 35 ff. GmbHG).

55 *Flume*, Juristische Person, 1983, S. 262; für die AG bedarf es einer Hauptversammlung §§ 118 ff. AktG; für die GmbH bedarf es einer Gesellschafterversammlung §§ 46 ff. GmbHG.

56 *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 79.

57 *Mülbert*/*Gramse*, WM 2002, 2085, 2094.

58 *Fleck*, ZGR 1988, 104, 112; *Herfs*, Einwirkung Dritter, 1994, S. 165; *Mülbert*/*Gramse*, WM 2002, 2085, 2093 f.; *Schuld*, Organschaftliche Beschlußzurechnung, 2003, S. 97; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 79 f.; *Weber*, Privatautonomie und Außeneinfluss, 2000, S. 357.

des Grundlagenbeschlusses die Klage gegen die juristische Person gerichtet werden[59].

b. Die Zulässigkeit der Einführung des organschaftlichen Modells

Die Zulässigkeit der gesellschaftsvertraglichen Einführung eines Grundlagenorgans „Gesellschafterversammlung" mit organschaftlichem Zurechnungsmechanismus ergibt sich nicht nur aus Gestaltungsfreiheit im Innenrecht der Personengesellschaft (§§ 109, 163 HGB)[60], sondern auch aus der rechtlichen Zulässigkeit, Dritten Gestaltungsrechte einzuräumen (vgl. § 317 BGB). Denn rechtstechnisch wird durch die Einführung eines Grundlagenorgans „Gesellschafterversammlung" mit organschaftlichem Zurechnungsmechanismus die Zuständigkeit für die Grundlagenentscheidungen von der Gesamtheit der Gesellschafter an die Personengesellschaft übertragen. Damit wird in das materielle Vertrags- oder Mitwirkungsprinzip eingebrochen und die Gestaltung der Grundlagen der Personengesellschaft selbst und damit aus der Sicht der das gesellschaftliche Schuldverhältnis konstituierenden Gesellschafter einem vertragsfremden Dritten übertragen[61]. Da die als solche nicht willensbildungs- und handlungsfähige Personengesellschaft zur Willensbildung eines Organs bedarf, wird konkludent ein Grundlagenorgan „Gesellschafterversammlung" mit organschaftlichem Zurechnungsmechanismus errichtet[62]. Die Gesellschafter sind die geborenen Mitglieder und entscheiden durch einstimmigen Beschluss (§ 119 Abs. 1 ggfs. i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB). Der Beschluss der Organmitglieder wird dem Grundlagenorgan und von diesem der Perso-

---

59 *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 80.

60 BGHZ 8, 35, 39; GroßkommHGB/*Schäfer*, § 109 Rn. 54; *Mülbert/Gramse*, WM 2002, 2085, 2091; *Schuld*, Organschaftliche Beschlußzurechnung, 2003, S. 122 f.; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 50; *Wiedemann*, FS Schilling, 1973, S. 105, 108; auch *Göbel*, Mehrheitsentscheidungen in Personengesellschaften, 1990, S. 37; *U. H. Schneider*, ZGR 1972, 357, 362.

61 Grundlegend zu den Gestaltungsrechten *Seckel*, GS Koch, 1903, S. 205 ff.; auch *Bötticher*, FS Dölle, Bd. I, 1963, S. 41 ff.; *ders.*, Gestaltungsrechte, 1964, S. 9, 28 ff., 32 f.; speziell zum Einbruch in das materielle Vertrags- bzw. Mitwirkungsprinzip *Bötticher*, FS Dölle, Bd. I, 1963, S. 41, 45; *Mülbert/Gramse*, WM 2002, 2085, 2091; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 84; *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 2007, S. 96 f.

62 Zu den Voraussetzungen der Schaffung fakultativer Organe *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 49 ff.

nengesellschaft zugerechnet. Bei Streitigkeiten über die Wirksamkeit des Beschlusses muss die Feststellungsklage nun nicht mehr gegen die Mitgesellschafter gerichtet werden, sondern gegen die Gesellschaft[63].

Das RG war der Ansicht, dass gegen die Möglichkeit, einem Organ der Gesellschaft die Beschlussfassung über Grundlagenmaßnahmen zu übertragen, keine Bedenken bestünden[64]. Der BGH stimmt implizit mit der Ansicht des RG überein, denn, wenn er annimmt, dass bei einem Streit über die Wirksamkeit der Änderungen der Grundlagen die Feststellungsklage gegen die Mitgesellschafter erhoben werden muss, soweit nicht gesellschaftsvertraglich oder ad hoc die Gesellschafter vereinbart haben, dass die Feststellungsklage gegen die Personengesellschaft zu richten ist[65]. Denn im diesem Fall werde der Personengesellschaft materiell-rechtlich ein Gestaltungsrecht eingeräumt, an Stelle der Gesellschafter über die Grundlagenmaßnahmen zu entscheiden[66]. Rechtskonstruktiv lässt sich die Rechtsprechung des BGH nur erklären, wenn der Beschluss im Sinne des organschaftlichen Zurechnungsmodells der Personengesellschaft zugerechnet wird und die Personengesellschaft die Grundlagenänderung selber verteidigen soll[67].

c. Das gesellschaftsvertragliche Auslegungskriterium

In den meisten Gesellschaftsverträgen wird eine ausdrückliche Einräumung des Gestaltungsrechts an die Personengesellschaft und damit eine ausdrückliche Einführung des Grundlagenorgans „Gesellschafterversammlung“ mit organschaftlichem Zurechnungsmechanismus fehlen. Deshalb muss dies durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages ermittelt werden[68]. Da nach dem gesetzlichen Normalstatut der Personengesellschaft vom Vertragsmodell auszugehen ist, ist die Annahme, die Gesellschafter wollten das organschaftliche Modell einführen, nur dann erlaubt, wenn dafür ein besonderer Anhaltspunkt im Gesellschaftsvertrag vorhanden ist.

---

63 *Mülbert*/*Gramse*, WM 2002, 2085, 2093; *Sandhaus*, Rechtsschutz, 2011, S. 10 f.; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 88.

64 RGZ 136, 236, 243; auch GroßkommHGB/*Schäfer*, § 119 Rn. 49.

65 BGH NZG 2003, 525, BGH NZG 2011, 544, 545.

66 So BGH WM 1966, 1036; BGH WM 1990, 309; BGH WM 1990, 676.

67 *Mülbert/Gramse*, WM 2002, 2085, 2090; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 84.

68 So *Mülbert*/*Gramse*, WM 2002, 2085, 2091; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 85.

Umstritten ist, ob in der gesellschaftsvertraglichen Einführung des Mehrheitsprinzips für Grundlagenentscheidungen[69] ein konkludenter Übergang vom gesetzlichen Vertragsmodell zum organschaftlichen Modell stattfindet. Die Entscheidung des Meinungsstreits hängt von der Beantwortung der Frage ab, worin man die Verbindlichkeit der Mehrheitsentscheidung für alle Gesellschafter sieht:

Nach der sogenannten Theorie der antizipierten Zustimmung beruht die Verbindlichkeit der Mehrheitsentscheidung für alle Gesellschafter auf der antizipierten Zustimmung aller Gesellschafter zur Gesellschaftsvertragsänderung[70]. Die konkreten Vertragsänderungen werden schon bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages von allen Vertragspartnern beschlossen und lediglich im späteren Stadium von der Mehrheit rechtstechnisch ausgelöst und endgültig in Kraft gesetzt[71]. Ein schlüssiger Wechsel vom gesetzlichen Vertragsmodell zum organschaftlichen Modell kann nach ihr nicht stattfinden. Die Theorie der antizipierten Zustimmung kann zwar aus rechtlicher Sicht die Verbindlichkeit des Mehrheitsbeschlusses für alle Gesellschafter erklären, sie spricht aber den Gesellschaftern das Recht auf den Mehrheitsentscheid tatsächlich ab. Die Theorie der antizipierten Zustimmung kann nicht überzeugen[72].

---

69 Zur Zulässigkeit der gesellschaftsvertraglichen Einführung des Mehrheitsprinzips für Grundlagenentscheidungen BGHZ 170, 283, 285 f. (*Otto*); Baumbach/Hopt/*Roth*, § 119 Rn. 34; *Dumser*, Beschränkungen der Mehrheitsmacht, 2008, S. 42 ff.; *Göbel*, Mehrheitsentscheidungen in Personengesellschaften, 1992, S. 25, 32 ff.; *Immenga*, ZGR 1974, 385, 390; *Marburger*, NJW 1984, 2252; *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 87.

70 Zuerst *Martens,* Mehrheits- und Konzernherrschaft, 1970, S. 64 f., 108 ff.; *ders.,* DB 1973, 413, 414 f.; *ders.*, ZHR 147 (1983), 377, 392; dann auch *Altmeppen*, NJW 2015, 2065, 2070; *Coing*, ZGR 1978, 659, 673; *Flume*, Personengesellschaft, 1977, S. 219 f.; *Goette*, DStR 1995, 226; *ders.*, FS Sigle, 2000, S. 145, 151; *Haar,* Personengesellschaft im Konzern, 2006, S. 120 ff. (für die idealtypische Personengesellschaft); *Hermanns*, Unverzichtbare Mitverwaltungsrechte, 1993, S. 111 f. (jedoch in ZGR 1996, 103, 105 und in Fn. 6 ausdrücklich aufgegeben); *A. Hueck*, Recht der OHG, 1971, S. 390 f.; *Immenga*, ZGR 1974, 385, 419, 422; *Reuter*, JZ 1986, 16, 21; *ders.*, FS K. Schmidt, 2009, S. 1357, 1362 f.; *Roitzsch,* Minderheitenschutz im Verbandsrecht, 1981, S. 41; *Sandhaus*, Rechtsschutz, 2011, S. 13 f.; *Wertenbruch*, ZIP 2007, 798, 799; *H. P. Westermann,* AcP 175 (1975), 375, 417 f.; *Wiedemann,* GesR, Bd. I, 1980, S. 411 f.; *ders.*, JZ 1978, 612; wohl auch *ders*., FS Hopt, 2011, S. 1491, 1499.

71 *Martens*, DB 1973, 413, 414 f.

72 So auch die *h. M. von Akerman*, Kernbereich des Informationsrechts, 2002, S. 126; *Dürrschmidt*, JUS 1997, 15, 16; *Enzinger*, Mehrheitsbeschlüsse bei Personenge-

Nach der sogenannten Theorie der Verfahrensregel beruht die Verbindlichkeit der Mehrheitsentscheidung für alle Gesellschafter auf der Vereinbarung einer Verfahrensregel[73]. Ein konkludenter Übergang vom gesetzlichen Vertragsmodell zum organschaftlichen Modell kann nach ihr nicht erfolgen. Die Theorie der Verfahrensregel kann aus dogmatischer Sicht keine Begründung dafür bieten, woher die Verbindlichkeit des Mehrheitsbeschlusses für alle Gesellschafter bei der Einhaltung einer Verfahrensregel rührt. Sie beschreibt lediglich die Funktion der Mehrheitsklausel[74]. Die Theorie der Verfahrensregel kann auch nicht überzeugen.

Nach der sogenannten Theorie der Gestaltungsmacht beruht die Verbindlichkeit der Mehrheitsentscheidung für alle Gesellschafter auf der Einräumung eines Gestaltungsrechts der Gesellschafter an einen Dritten[75];

---

sellschaften, 1995, S. 216 ff.; GroßkommHGB/*Schäfer*, § 119 Rn. 37; *Heinrichs*, Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften, 2006, S. 81 ff.; *Krohn,* Individualschutz bei Beschlussfassung, 2003, S. 17; MünchKommHGB/*Enzinger,* § 119 Rn. 81, 66; *Leenen*, FS Larenz, 1983, S. 371, 376 f.; *Marburger*, NJW 1984, 2252, 2254; *Mecke,* BB 1988, 2258, 2260; *Menk,* Verhältnis des Bestimmtheitsgrundsatzes zur Kernbereichslehre, 1975, S. 72; MünchKommBGB/*Schäfer*, § 709 Rn. 88; *Roth,* JBL 2005, 80 f.; *Röttger*, Kernbereichslehre, 1989, S. 89 f.; *Schäfer*, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 120 f.; *Schiemann*, AcP 185 (1985), 73, 75; *K. Schmidt*, GesR, 2002, S. 455 f.; *ders.,* ZHR 158 (1994), 205, 212 f.; *Späth*, Änderungen des Gesellschaftsvertrages, 1997, S. 21 f.; *Struckmeier*, Mehrheitliche Kapitalerhöhungen, 2002, S. 51; *Torggler*, GS Schönherr, 1986, S. 237, 239; *Ulmer,* FS Niederländer, 1991, S. 415, 429; *Wiedemann*, FS Hopt, 2011, S. 1491, 1499.

73 Grundlegend *Leenen*, FS Larenz, 1983, S. 371, 379 f.; ihm folgend *Enzinger*, Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften, 1995, S. 68, 222; *Heinrichs*, Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften, 2006, S. 87 f.; *Krohn,* Individualschutz bei Beschlussfassung, 2003, S. 19; *Röttger*, Kernbereichslehre, 1989, S. 87 f.; *Schiemann*, AcP 185 (1985), 73, 75; *Späth*, Änderung des Gesellschaftsvertrages, 1997, S. 25 f.; *Torggler*, GS Schönherr, 1986, S. 237, 240.

74 *Dumser*, Beschränkungen der Mehrheitsmacht, 2008, S. 87; *Lockowandt*, Stimmrechtsbeschränkungen, 1996, S. 198; *Mecke,* BB 1988, 2258, 2261; *Michalski*, WiB 1997, 1, 2 f.; *Schürnbrand,* Organschaft, 2007, S. 88; *Winter,* GesRZ 1986, 74, 79.

75 *Von Akerman*, Kernbereich des Informationsrechts, 2002, S. 126; *Bötticher*, Gestaltungsrecht, 1964, S. 9, 28 ff.; *Dürrschmidt*, JUS 1997, 15, 16; *Gillot*, Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre, 2003, S. 197 f.; *Göbel*, Mehrheitsentscheidungen in Personengesellschaften, 1992, S. 128 ff.; *Koppensteiner*, GesRZ 2009, 197, 207; *Lockowandt*, Stimmrechtsbeschränkungen, 1996, S. 199; *Marburger*, NJW 1984, 2252, 2254; *Mecke*, BB 1988, 2258, 2261; *Menk*, Verhältnis des

also an die in der Mehrheit befindlichen Gesellschafter[76], bzw. an die Gesellschafterversammlung[77], bzw. an die Gesellschaft[78]. Die Theorie der Gestaltungsmacht geht zutreffend davon aus, dass mit der gesellschaftsvertraglichen Einführung des Mehrheitsprinzips ein Einbruch in das gesetzliche Vertrags- oder Mitwirkungsprinzip stattfindet[79] und die Einräumung eines Gestaltungsrechts an einen Dritten erfolgt. Zu bedenken ist aber, dass die Einräumung eines Gestaltungsrechts nur an einen Rechtsträger erfolgen kann. Rechtsträger sind alle natürlichen (vgl. § 1 BGB), juristischen Personen (bspw. § 1 Abs. 1 S. 1 AktG, § 13 Abs. 1 GmbHG) und Gesamthandsgesellschaften (vgl. § 124 Abs. 1 ggfs. i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB); nicht hingegen die Mehrheit der Gesellschafter oder die Gesellschafterversammlung. Die Mehrheit der Gesellschafter ist eine rechnerische Größe[80] und die Gesellschafterversammlung ist ein vom Gesetz nicht vorgesehenes Grundlagenorgan[81], also eine organisatorische, im Außenverhältnis nicht verselbständigte Willensbildungs- und Handlungseinheit in der Personengesellschaft[82]. Die Einräumung des Gestaltungsrechts kann also nur an die Gesellschaft erfolgen. *K. Schmidt* und *Schürnbrand* gehen

---

Bestimmtheitsgrundsatzes zur Kernbereichslehre, 1975, S. 62 ff., insbesondere S. 68 ff.; *Röttger*, Kernbereichslehre, 1989, S. 90 f.; *Schulte*, Schrankenproblematik, 1982, S. 24 ff.; *Thiele*, Zustimmungen, 1966, S. 47 ff.; *Winter*, GesRZ 1986, 74, 79 f.; wohl auch *Paefgen*, FS U. H. Schneider, 2011, S. 929, 936.

76 *Göbel*, Mehrheitsentscheidungen in Personengesellschaften, 1992, S. 130 f.; GroßkommHGB/*Schilling*, 4. Aufl. 1987, § 163 Rn. 4; *Marburger*, NJW 1984, 2252, 2254; *Menk,* Verhältnis des Bestimmtheitsgrundsatzes zur Kernbereichslehre, 1975, S. 68 ff.; *H. P. Westermann*, 50 Jahre BGH, 2000, S. 245, 264.

77 *Dumser*, Beschränkungen der Mehrheitsmacht, 2008, S. 87; GroßkommHGB/*Schäfer*, § 119 Rn. 37; *Lockowandt*, Stimmrechtsbeschränkungen, 1996, S. 199 f.; *Mecke*, BB 1988, 2258, 2261 in Fn. 25; MünchKommBGB/*Schäfer*, § 709 Rn. 88; *Schäfer*, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 121; *Winter*, GesRZ 1986, 74, 79; anders *Hermanns*, ZGR 1996, 103, 105: Ermächtigung an ein in seiner Zusammensetzung noch unbestimmtes Gremium.

78 *K. Schmidt,* ZHR 158 (1994), 205, 214 f.; *Schürnbrand,* Organschaft, 2007, S. 88.

79 *Bötticher*, FS Dölle, Bd. I, 1963, S. 41, 45.

80 Grundlegend *Leenen*, FS Larenz, 1983, S. 371, 378; ihm folgend *Enzinger*, Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften, 1995, S. 215; *Heinrichs*, Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften, 2006, S. 85; *Krohn,* Individualschutz bei Beschlussfassung, 2003, S. 18; *Mecke*, BB 1988, 2258, 2261 Fn. 25; *Sandhaus*, Rechtsschutz, 2011, S. 14; *Schiemann,* AcP 185 (1985), 73, 75; *Torggler*, GS Schönherr, 1986, S. 237, 239.

81 *Enzinger*, Mehrheitsbeschlüsse in Personengesellschaften, 1995, S. 220.

82 Eingehend zum Begriff des „Organs“ *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 43 ff.

davon aus, dass durch die gesellschaftsvertragliche Einführung des Mehrheitsprinzips für Grundlagenentscheidungen ein konkludenter Wechsel vom gesetzlichen Vertragsmodell zum organschaftlichen Modell stattfindet[83]. Denn nach *K. Schmidt* lässt sich der einstimmige Beschluss als ein Selbsthandeln der Vertragspartner verstehen, während eine mit Mehrheitskompetenz ausgestattete Gesellschafterversammlung als Gesellschaftsorgan agiere[84] und die ihre Kompetenzen regelnde Vertragsklausel über Mehrheitsbeschlüsse stelle sich in der Personengesellschaft als eine Ermächtigung dar[85]. Nach *Schürnbrand* ist die Mehrheitsklausel als eine Ermächtigung der Gesellschaft zu deuten, mit Wirkung für alle Gesellschafter über das Gesellschaftsverhältnis zu disponieren. Da die Personengesellschaft als solche nicht willensbildungsfähig sei, werde mit der gesellschaftsvertraglichen Einführung des Mehrheitsprinzips konkludent ein Grundlagenorgan „Gesellschafterversammlung" mit organschaftlichem Zurechnungsmechanismus geschaffen, deren geborene Organmitglieder die Gesamtheit der Gesellschafter seien. Diese sollen durch Mehrheitsbeschluss entscheiden[86]. Die Ansicht von *K. Schmidt* und von *Schürnbrand* überzeugt. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass in der Vereinbarung des Mehrheitsprinzips für Änderungen der Grundlagen der Gesellschaft ein konkludenter Übergang vom gesetzlichen Vertragsmodell zum organschaftlichem Modell gesehen werden kann.

---

83 *K. Schmidt,* ZHR 158 (1994), 205, 214 f.; *Schürnbrand,* Organschaft, 2007, S. 87 f.; in der Sache ebenso *Dumser*, Beschränkungen der Mehrheitsmacht, 2008, S. 87 f.; GroßkommHGB/*Casper*, § 163 Rn. 8; MünchHdb. GesR I/*Weipert*, § 57 Rn. 24; *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 102 f.

84 Damit legt *K. Schmidt* den Grundstein für seine Ansicht, die aus dem Aktien- und Genossenschaftsrecht bekannte Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage auf alle rechtswidrigen Mehrheitsbeschlüsse in parteifähigen Verbänden anzuwenden. Grundlegend *K. Schmidt*, FS Stimpel, 1985, S. 217 ff.; *ders.* GesR, 2002, S. 447 ff.; *ders.,* ZGR 2008, 1, 26 ff.; ihm folgend *Becker*, Verwaltungskontrolle, 1997, S. 520 ff.; *Enzinger,* Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften, 1995, S. 339 ff.; *Menger*, Innenrecht der Personengesellschaften, 1997, S. 183 ff., 201; MünchKommHGB/*Enzinger,* § 119 Rn. 98 ff., 106 ff.; *Priester*, FS Hadding, 2004, S. 608, 617; *Scholz*, WM 2006, 897, 904; *Schwab,* Gesellschaftsinterne Streitigkeiten, 2005, S. 425 ff., 444 ff.

85 *K. Schmidt*, ZHR 158 (1994), 205, 215.

86 *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 88; auch GroßkommHGB/*Schäfer*, § 119 Rn. 6; MünchKommBGB/*Schäfer*, § 709 Rn. 73.

d. Die verbleibende Dichotomie: Juristische Person und Personengesellschaft

Fraglich ist nun, ob durch die gesellschaftsvertragliche Einführung des Grundlagenorgans „Gesellschafterversammlung" mit organschaftlichem Zurechnungsmechanismus die Dichotomie zwischen der juristischen Person und der Personengesellschaft aufgehoben wird. Von *Otto von Gierke* und *Flume* wird die juristische Person als Verbandsperson gekennzeichnet[87] und von *Flume* wird die Personengesellschaft als teilrechtsfähiger Personenverband charakterisiert[88]. Folglich haben die juristische Person und die Personengesellschaft das gemeinsame Merkmal der Rechtsfähigkeit im Außenverhältnis und den zentralen Unterschied der vorhandenen Selbständigkeit im Innenverhältnis bei der juristischen Person bzw. der fehlenden Selbständigkeit im Innenverhältnis bei der Personengesellschaft[89]. *Wertenbruch* beschreibt diesen zentralen Unterschied zwischen der juristischen Person und der Personengesellschaft anschaulich als eine „Mauer", die zwischen der Personengesellschaft und ihren Gesellschaftern fehlt[90]. Fraglich ist deshalb, ob durch die gesellschaftsvertragliche Einführung des Grundlagenorgans „Gesellschafterversammlung" mit organschaftlichem Zurechnungsmechanismus eine der juristischen Person vergleichbare Verselbständigung im Innenverhältnis herbeigeführt wird, also die fehlende „Mauer" aufgebaut und dadurch die von *Otto von Gierke* und *Flume* entwickelte Dichotomie zwischen der juristischen Person und der Personengesellschaft aufgehoben wird[91]?

---

87 *Von Gierke*, Deutsches Privatrecht, Band I, 1895, S. 469; *Flume*, Personengesellschaft, 1977, S. 90.

88 *Flume*, Personengesellschaft, 1977, S. 95.

89 *Habersack*, JUS 1990, 170, 181; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, S. 78 f.

90 *Wertenbruch*, Haftung, 2000, S. 212; Westermann/Wertenbruch, Hdbch PersG/ *Wertenbruch*, Rn. I 34; ihm zustimmend *Schürnbrand,* Organschaft, 2007, S. 78 f.; a. A. *Scholz*, WM 2006, 897, 901 f.

91 *Von Gierke*, Genossenschaftsrecht, Bd. 2, 1873, S. 924; *Flume*, Personengesellschaft, 1977, S. 89 ff., 94.
Diese Frage stellt sich natürlich nur dann, wenn man nicht annimmt, dass durch die Einführung des *identitätswahrenden* Formwechsels einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft und umgekehrt (§§ 190 ff., 214 ff., 226 ff. UmwG) im Jahre 1994 die Dichotomie zwischen der juristischen Person und der Personengesellschaft aufgehoben wurde und die Personengesellschaft als juristische Person zu qualifizieren ist.