

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](http://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<br>(„Personengesellschaft“) . . . . .                           | 3  |
| B. Personengesellschaftsrecht als Forschungsfeld . . . . .                                                                             | 6  |
| C. Methodischer Ansatz . . . . .                                                                                                       | 12 |
| Kapitel 2: Persönliche Gesellschafterhaftung und<br>Haftungsbeschränkung als typusprägende Merkmale<br>im Gesellschaftsrecht . . . . . | 15 |
| A. Innengesellschaften . . . . .                                                                                                       | 15 |
| B. Außengesellschaften . . . . .                                                                                                       | 16 |
| I. Typisierung anhand faktischer Eigenschaften . . . . .                                                                               | 17 |
| 1. Typisierung anhand einer Gesamtschau faktischer<br>Eigenschaften . . . . .                                                          | 17 |
| 2. Typisierung anhand einer Einzelbetrachtung faktischer<br>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) Rechtsformabhängigkeit . . . . .                                                                                                    | 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<br>Eigenschaften: Die Differenzierung zwischen<br>Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften . . . . . | 30 |
| a) Wesentliche Charakteristika von Personengesellschaften<br>und Kapitalgesellschaften . . . . .                                                                 | 30 |
| b) Personalistische Kapitalgesellschaften, inkorporierte<br>Personengesellschaften und „hybride“ Gesellschaftsformen                                             | 31 |
| c) Funktionen der Differenzierung zwischen Personen- und<br>Kapitalgesellschaften . . . . .                                                                      | 33 |
| aa) Keine höhere Regulierungsdichte für<br>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<br>„hybride“ Gesellschaftsformen . . . . .                                                                | 39 |
| b) Deduktionseignung typusprägender Eigenschaften . . . . .                                                                                                      | 40 |
| c) Ausmaß an rechtlicher Verselbständigung der Gesellschaft<br>als typusprägende Eigenschaft? . . . . .                                                          | 42 |
| aa) Rechtsfähigkeit . . . . .                                                                                                                                    | 42 |
| (1) Rechtsfähige und nicht rechtsfähige<br>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<br>Rechtsfähigkeit? . . . . .                                                          | 47 |
| d) Persönliche Gesellschafterhaftung für die<br>Gesellschaftsverbindlichkeiten und Haftungsbeschränkung<br>als typusprägende Eigenschaften . . . . .             | 51 |
| aa) Außengesellschaften mit und ohne persönliche<br>Gesellschafterhaftung . . . . .                                                                              | 51 |
| bb) Prinzipielle Natur von persönlicher<br>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<br>Kategorien von Verbindlichkeiten . . . . .                                                             | 56 |
| (b) Differenzierte Haftungsregeln für unterschiedliche<br>Kategorien von Gesellschaftern . . . . .                                                               | 57 |

|                                                                                                |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| cc) Deduktionseignung von persönlicher<br>Gesellschafterhaftung und Haftungsbeschränkung . . . | 60 |
| dd) Fazit . . . . .                                                                            | 62 |

### Kapitel 3: Funktionale Rechtfertigung von Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung . . . . . 63

|                                                                                                                                               |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| A. Nachfrage nach Gesellschaftsformen mit persönlicher<br>Gesellschafterhaftung . . . . .                                                     | 65 |
| I. Rechtstatsächlicher Befund . . . . .                                                                                                       | 66 |
| II. Gründe für die Nachfrage nach Gesellschaftsformen mit<br>persönlicher Gesellschafterhaftung . . . . .                                     | 67 |
| 1. Gläubigerschutz durch persönliche Gesellschafterhaftung? . .                                                                               | 67 |
| 2. Senkung von Transaktionskosten durch persönliche<br>Gesellschafterhaftung . . . . .                                                        | 68 |
| 3. Persönliche Gesellschafterhaftung als Seriositätssignal an<br>den Rechtsverkehr . . . . .                                                  | 70 |
| 4. Steuerliche Erwägungen . . . . .                                                                                                           | 70 |
| III. Keine entgegenstehenden Schutzinteressen . . . . .                                                                                       | 71 |
| B. Gesellschaftsformen mit persönlicher Gesellschafterhaftung als<br>Auffangrechtsformen . . . . .                                            | 72 |
| I. Keine unzulässige Privilegierung der Aktivität zu mehreren<br>gegenüber unternehmerischer Alleintätigkeit . . . . .                        | 72 |
| II. Notwendigkeit der Information von Gläubigern über eine<br>etwaige Haftungsbeschränkung . . . . .                                          | 73 |
| III. Regelungsoptionen . . . . .                                                                                                              | 74 |
| 1. Ausschließliche Handelndenhaftung ohne<br>Ausgleichsmöglichkeiten im Innenverhältnis und ohne<br>separates Gesellschaftsvermögen . . . . . | 74 |
| 2. Ausschließliche Handelndenhaftung mit<br>Ausgleichsmöglichkeiten im Innenverhältnis und separatem<br>Gesellschaftsvermögen . . . . .       | 75 |
| 3. Unmittelbare persönliche Haftung aller Gesellschafter im<br>Außenverhältnis . . . . .                                                      | 77 |
| 4. Unmittelbare Haftung der Gesellschaft im Außenverhältnis<br>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  |
| <br>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<br>Schutz minderjähriger Gesellschafter . . . . .                                  | 114 |
| b) Inhalte des Gesellschaftsvertrags . . . . .                                                                                               | 115 |
| c) Zulässigkeit der Einpersonengesellschaft mit persönlicher<br>Gesellschafterhaftung? . . . . .                                             | 117 |
| d) Die Gesellschaft als ihr eigener Gesellschafter?<br>Eigene Anteile bei Gesellschaften mit persönlicher<br>Gesellschafterhaftung . . . . . | 122 |
| 2. Formale Entstehungsvoraussetzungen . . . . .                                                                                              | 126 |
| a) Grundsatz: Keine Formerfordernisse und keine<br>Notwendigkeit einer (konstitutiven) Eintragung in ein<br>öffentliches Register . . . . .  | 126 |
| b) Ausnahme bei Aufnahme beschränkt haftender<br>Gesellschafter? . . . . .                                                                   | 127 |
| 3. Möglichkeit und Notwendigkeit einer deklaratorischen<br>Eintragung in ein öffentliches Register . . . . .                                 | 129 |
| 4. Umgang mit Gründungsmängeln . . . . .                                                                                                     | 131 |
| II. Ausgestaltung der persönlichen Gesellschafterhaftung . . . . .                                                                           | 134 |
| 1. Gesetzliche Anordnung der persönlichen<br>Gesellschafterhaftung . . . . .                                                                 | 135 |
| 2. Voraussetzungen der persönlichen Gesellschafterhaftung . . .                                                                              | 136 |
| a) Existenz einer Gesellschaft mit persönlicher<br>Gesellschafterhaftung . . . . .                                                           | 136 |
| b) Bestehen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft . . . . .                                                                                 | 137 |
| aa) Insbesondere: Verbindlichkeiten der Gesellschaft<br>gegenüber Gesellschaftern . . . . .                                                  | 137 |
| bb) Insbesondere: Deliktsrechtliche Verbindlichkeiten<br>der Gesellschaft . . . . .                                                          | 138 |
| c) Gesellschaftereigenschaft der in Anspruch genommenen<br>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<br>von einem Altgesellschafter . . . . .                                                                                                   | 155 |
| cc) Erwerb eines Gesellschaftsanteils durch Erbschaft . . . .                                                                                                                                         | 157 |
| 6. Regressansprüche des in Anspruch genommenen<br>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<br>persönlichen Gesellschafterhaftung . . . . .                                                                                              | 161 |
| a) Subtypen der Gesellschaft mit persönlicher<br>Gesellschafterhaftung . . . . .                                                                                                                      | 162 |
| aa) Generelle Beschränkung der Haftung einer bestimmten<br>Kategorie von Gesellschaftern (Kommanditisten) . . . .                                                                                     | 162 |
| (1) Rechtsökonomische Funktion beschränkter<br>Kommanditistenhaftung . . . . .                                                                                                                        | 163 |
| (2) Voraussetzungen der beschränkten<br>Kommanditistenhaftung und Rechtsstellung des<br>Kommanditisten . . . . .                                                                                      | 165 |
| bb) Generelle Beschränkung der Haftung für eine<br>bestimmte Kategorie von Verbindlichkeiten<br>(insb. Haftungskonzentration bei beruflichen Fehlern) .                                               | 171 |
| (1) Unabhängigkeit der Haftungskonzentration vom<br>Gesellschaftszweck . . . . .                                                                                                                      | 171 |
| (2) Rechtsökonomische Funktion der<br>Haftungskonzentration . . . . .                                                                                                                                 | 172 |
| (3) Voraussetzungen der Haftungskonzentration . . . . .                                                                                                                                               | 174 |
| b) Haftungsmäßige Privilegierung bestimmter Arten von<br>Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung<br>(insb. aufgrund Verfolgung eines ideellen oder<br>gemeinnützigen Zweckes) . . . . . | 175 |
| 2. Zulässigkeit vertraglicher Modifikationen und Beschränkungen<br>der persönlichen Gesellschafterhaftung im Einzelfall . . . . .                                                                     | 176 |
| a) Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern . . . . .                                                                                                                                                | 176 |
| b) Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und einzelnen<br>Gläubigern . . . . .                                                                                                                       | 179 |
| c) Vereinbarung zwischen einzelnen Gesellschaftern und<br>einzelnen Gläubigern . . . . .                                                                                                              | 180 |

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

|                                                                                                                                                                                         |         |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| a) Registereintragung als Voraussetzung für Abweichungen von<br>den dispositiven Vertretungsregeln . . . . .                                                                            | 210     |
| b) Grenzen der Gestaltungsautonomie der Gesellschafter . . . . .                                                                                                                        | 211     |
| aa) Kein Verbot der Fremdorganschaft . . . . .                                                                                                                                          | 211     |
| bb) Zulässigkeit inhaltlicher Beschränkungen von<br>Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht . . . . .                                                                            | 219     |
| 3. Geschäftsleiterpflichten . . . . .                                                                                                                                                   | 222     |
| a) Geschäftsleiterspezifische Sorgfalts- und Treuepflicht . . . . .                                                                                                                     | 223     |
| b) Besonderheiten der Geschäftsleiterhaftung aufgrund der<br>persönlichen Gesellschafterhaftung . . . . .                                                                               | 223     |
| aa) Auswirkungen der persönlichen Gesellschafterhaftung<br>auf das Geschäftsleiterermessen und die Anwendung der<br>Business Judgement Rule . . . . .                                   | 223     |
| bb) Auswirkungen der persönlichen Gesellschafterhaftung<br>auf den anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab . . . . .                                                                             | 226     |
| c) Haftung des Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft<br>und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen<br>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     |
| <br>Literaturverzeichnis . . . . .                                                                                                                                                      | <br>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.“<sup>1</sup>*

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,<sup>2</sup> mag für den Leser überraschend sein. Utopia hat keine Rechtsordnung, die ein deutscher Jurist durch die Brille der juristischen Dogmatik oder der empirischen Rechtsvergleichung<sup>3</sup> 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“<sup>4</sup> konzipierte. Auf diese Weise können Lösungsansätze für juristische Problemstellungen aufgezeigt und bewertet werden, ohne dabei in der Tradition und der Dogmatik realer Rechts-

---

<sup>1</sup> Morus, Utopia, Berliner Ausgabe, 2. Auflage 2013, S. 34 f.

<sup>2</sup> Morus, Utopia, Berliner Ausgabe, 2. Auflage 2013, S. 39.

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

<sup>4</sup> 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-)Vermögen<sup>5</sup> 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 Mindestkapital<sup>6</sup> –, 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

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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 Gesellschaftern<sup>8</sup> 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

---

<sup>7</sup> Ebenso wird der Begriff in Art. 416 Abs. 1 des schweizerischen ZGB verwendet: Danach bedarf der Beistand oder die Beistandin 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“.

<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

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“<sup>10</sup> Durchgriffshaftung („*lifting the corporate veil*“)<sup>11</sup> oder als durch Normzweckerwägungen gerechtfertigte Haftung neben der Gesellschaft<sup>12</sup> – die Ausnahme,<sup>13</sup> insbesondere Sanktion für ein vorangegangenes gesellschaftlicherliches Fehlverhalten<sup>14</sup> 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“

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

<sup>10</sup> Treffend K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 222.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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 Sprachraum<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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,<sup>18</sup> so soll die Antwort nicht bereits durch den Begriff der „Personengesellschaft“ prädeterminiert werden, zu dessen begriffsprägenden Elementen u. a. der Grundsatz der Selbstorganschaft zählt.<sup>19</sup> 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.

---

<sup>15</sup> 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).

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

<sup>17</sup> Siehe dazu umfassend Kapitel 2 B. II. 2. d).

<sup>18</sup> Siehe Kapitel 5 C. II.

<sup>19</sup> 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,<sup>20</sup> nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft gesetzt wurden.<sup>21</sup> 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“<sup>22</sup> 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 harmonisieren). Gleichzeitig hat sich im Nachgang zu der vieldiskutierten<sup>23</sup> ARGE Weißes Ross-Entscheidung des BGH,<sup>24</sup> seit der nunmehr zwei Dekaden vergangen sind, das wissenschaftliche Interesse – abgesehen von wenigen grundlegenden Abhandlungen<sup>25</sup> 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

<sup>20</sup> 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.).

<sup>21</sup> 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).

<sup>22</sup> Treffend *Beuthien*, JZ 2003, 715.

<sup>23</sup> 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.

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

<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> Auf diese Weise wurden die Weichen für eine umfassende Reform des deutschen Personengesellschaftsrechts gestellt, deren Grundlage ein überwiegend positiv aufgenommener Entwurf einer Expertenkommission („Mauracher Entwurf“)<sup>27</sup> war und die im Zeitpunkt der Einreichung dieser Arbeit bereits das Stadium eines Regierungsentwurfes (im Folgenden: „MoPeG-Regierungsentwurf“)<sup>28</sup> 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,<sup>29</sup> wird mit dem MoPeG keinesfalls Personengesellschaftsrecht in dem Sinne „neu gedacht“,<sup>30</sup> 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 nachzuvollziehen 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.“<sup>31</sup> 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

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

<sup>27</sup> 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](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Entwurf_Mopeg.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (zuletzt aufgerufen am 22.8.2021); dazu Altmeyen, 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.

<sup>28</sup> Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, online abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Personengesellschaftsrecht.pdf;jsessionid=72F65010831A956DADBB489299849BF0.1\\_cid289?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Personengesellschaftsrecht.pdf;jsessionid=72F65010831A956DADBB489299849BF0.1_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.

<sup>29</sup> Dezidiert Altmeyen, NZG 2020, 822; ähnlich Wilhelm, NZG 2020, 1041.

<sup>30</sup> So der pointierte Titel des Aufsatzes von K. Schmidt, ZIP 2014, 493.

<sup>31</sup> 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](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.<sup>32</sup>

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,<sup>33</sup> sowie auf der vorliegenden Arbeit in ihrer grundsätzlichen Herangehensweise vergleichbare Arbeiten zur Publikumskapitalgesellschaft<sup>34</sup> sowie zur geschlossenen Kapitalgesellschaft<sup>35</sup> 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*,<sup>36</sup> *Überseering*<sup>37</sup> und *Inspire Art*<sup>38</sup> 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-)Sitz<sup>39</sup> innerhalb der Europäischen Union unter Wahrung

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

<sup>33</sup> 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/Grambliková*, ECFR 2016, 322; *Gilson*, ECFR 2016, 351; *Klausner*, ECFR 2016, 363.

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

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

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> Von der durch diese Judikatur eröffneten (anfänglichen) Rechtswahlfreiheit im Zeitpunkt der Gesellschaftsgründung,<sup>41</sup> die der EuGH in seiner *Cartesio*-Entscheidung durch Anerkennung des grenzüberschreitenden Formwechsels zu einer (nachträglichen) Umwandlungsfreiheit ausgebaut hat,<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> 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.

<sup>40</sup> 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.

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

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> 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;<sup>44</sup> in anderen Mitgliedstaaten waren ähnliche Reformen zu verzeichnen.<sup>45</sup> Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass die nationalen Gesellschaftsrechte der Mitgliedstaaten infolge der primärrechtlich induzierten Rechtswahlfreiheit insgesamt miteinander konkurrieren und sich wechselseitig beeinflussen.<sup>46,47</sup> 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,<sup>48</sup> wenngleich Kapitalgesellschaften von den durch die Niederlassungsfreiheit eröffneten Mobilitätsoptionen tatsächlich häufiger Gebrauch machen dürften.<sup>49</sup>

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

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> 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 Kahan/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.

<sup>47</sup> 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, Rechtsformwählende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze, 2015, S. 296 ff. sowie grundlegend monographisch Stark, Law for Sale, 2019.

<sup>48</sup> Behme, Rechtsformwählende 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.

<sup>49</sup> 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.

Es kommt hinzu, dass zahlreiche durch die globale Finanz- und Wirtschaftskrise aufgeworfene, auch öffentlich diskutierte Fragen, etwa hinsichtlich der Korrelation von Verantwortung und Haftung in Großkonzernen oder hinsichtlich der Vergütung von Managern, in erster Linie das Kapitalgesellschaftsrecht und das Finanzmarktrecht<sup>50</sup> betreffen. Auf Anpassungen dieser Rechtsgebiete mit dem Ziel, vergleichbare Krisen künftig zu verhindern, lag dementsprechend der Fokus sowohl des europäischen als auch der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber. Soweit die „Krisengesetzgebung“ in das Personengesellschaftsrecht hineinwirkt, betrifft dies vor allem die Regulierung von Investmentfonds<sup>51</sup> und damit eine aufgrund der Verzahnung gesellschaftsrechtlicher und aufsichtsrechtlicher Fragestellungen hochkomplexe, wesentlich durch Entwicklungen der Praxis vorangetriebene Spezialmaterie des Kapitalmarktrechts, der ungeachtet ihrer erheblichen volkswirtschaftlichen Bedeutung wissenschaftlich bislang vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit geschenkt worden ist.<sup>52</sup>

Dass sich in den nächsten Jahren so etwas wie ein „Europäisches Personengesellschaftsrecht“ herausbilden könnte, ist vor dem Hintergrund der skizzierten Entwicklungen nicht absehbar. Bislang findet auf der Ebene des europäischen Sekundärrechts lediglich die Jahresabschlussrichtlinie<sup>53</sup> auch auf bestimmte Personengesellschaften Anwendung (nämlich auf solche, bei denen die persönlich haftenden Gesellschafter ausschließlich Kapitalgesellschaften sind). Auf eine Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) mit Sitz in Deutschland sind gem. § 1 EWIV-Ausführungsgesetz zwar neben der EWIV-Verordnung subsidiär die Vorschriften über die OHG (§§ 105 ff. HGB) anwendbar; unionsrechtlich ist diese Ausgestaltung aber nicht zwingend vorgegeben. Im Übrigen hat der europäische Gesetzgeber bei der Konzeption supranationaler Gesellschaftsformen bislang im Wesentlichen die Publikumskapitalgesellschaft (*Societas Europaea*) und das (bislang nicht erfolgreiche) Projekt einer supranationalen geschlossenen Kapitalgesellschaft (*Societas Privata Europaea*) im Blick gehabt. Der Company Law Action Plan der Europäischen Kommis-

---

<sup>50</sup> Mülbart spricht mit Blick auf das europäische Kapitalmarktrecht von einem „Regulierungsunami“; siehe Mülbart, ZHR 176 (2012), 369.

<sup>51</sup> Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010.

<sup>52</sup> Hingewiesen sei auf die grundlegende Monographie von Zetzsche, Prinzipien der kollektiven Vermögensanlage, 2015; zuvor bereits Engert, Kapitalmarkteffizienz und Investmentrecht – Ökonomische und rechtliche Struktur des Publikums-Investmentfonds, 2008 (unveröffentlicht).

<sup>53</sup> Richtlinie 2013/34/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates (Jahresabschlussrichtlinie).

sion vom 12.12.2012<sup>54</sup> äußert sich zu etwaigen Rechtsetzungsvorhaben im Personengesellschaftsrecht nicht.

Es ist ein wesentliches Anliegen der vorliegenden Arbeit, einen Beitrag zum Verständnis der Konzeption von Personengesellschaften in Abgrenzung zu offenen und geschlossenen Kapitalgesellschaften insgesamt zu leisten und die insoweit bestehende Forschungslücke zu schließen. Begreift man die Personengesellschaft als „dritten“ Gesellschaftstypus (neben offenen und geschlossenen Kapitalgesellschaften), gilt es zu verstehen, in welchen Wesensmerkmalen sich dieser Gesellschaftstypus von den anderen unterscheidet, was seine Legitimation und seine Anwendungsfelder in der Rechtspraxis sind und welche internen und externen Konflikte in seinem Kontext typischerweise auftreten, für die das Recht Lösungen anbieten muss. Mit diesem Ansatz kann die Untersuchung zugleich Impulse für mögliche künftige, über das MoPeG hinausgehende Reformen des deutschen Personengesellschaftsrechts geben, indem sie den Blick dafür schärft, wie Regelungen für Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung aussehen könnten, würde man nicht lediglich versuchen, das geltende Recht an die Rechtsentwicklung der vergangenen Jahrzehnte anzupassen, sondern – über diesen konservativen Ansatz hinausgehend – Personengesellschaftsrecht tatsächlich „neu denken.“ Auch andere nationale Gesetzgeber können bei vergleichbaren Reformvorhaben auf die hier entwickelten und begründeten Regelungsvorschläge zurückgreifen, indem sie existierende Regelungen oder beabsichtigte Neuregelungen damit vergleichen und sie daran messen. Schließlich können die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit auch die Entstehung eines „europäischen Personengesellschaftsrechts“ befruchten, falls es irgendwann darum gehen sollte, eine supranationale Personengesellschaft zu konzipieren, bei der die Pfadabhängigkeiten nationaler Personengesellschaftsrechte keine Rolle spielen.

## C. Methodischer Ansatz

Bereits erwähnt wurde, dass sich die vorliegende Arbeit aufgrund ihres problemfeldorientierten Forschungsansatzes in der Tradition ähnlicher Untersuchungen zum Recht offener<sup>55</sup> und geschlossener<sup>56</sup> Kapitalgesellschaften sieht.

<sup>54</sup> Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagiertere Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen, COM/2012/0740 final, online abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A52012DC0740>; dazu *Verse*, *EuZW* 2013, 336 (342 f.).

<sup>55</sup> *Kraakman/Davies/Hansmann/Hertig/Hopt/Kanda/Rock*, *The Anatomy of Corporate Law*, 2004.

<sup>56</sup> *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, *Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft*, 2012.

Ebenso wie jene Werke enthält sich auch diese Arbeit einer dogmatischen Analyse irgendeiner real existierenden Rechtsordnung. Vielmehr behandelt sie das Personengesellschaftsrecht im Wortsinne „abstrakt“ – d.h. losgelöst vom geltenden Recht. Gleichzeitig kommt auch diese Darstellung nicht ohne mannigfaltige Querbezüge zum geltenden Recht aus: Immer wieder werden bestimmte Problemkreise und mögliche gesetzliche Lösungsoptionen anhand des geltenden Rechts exemplifiziert. Dies gilt natürlich insbesondere für das deutsche Recht, aber auch für die Rechtsordnungen Österreichs, Frankreichs, Italiens und Großbritanniens sowie (vereinzelt) der USA, ohne dass der dortige Rechtsstand umfassend rechtsvergleichend aufgearbeitet werden soll.<sup>57</sup>

Rechtsökonomische Ansätze werden die Untersuchung insoweit prägen, als mögliche Regulierungsstrategien im Personengesellschaftsrecht auf ihre Effizienz vor dem Hintergrund des normativen Ziels einer gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtssteigerung hin untersucht werden sollen: Unter welchen Voraussetzungen, für welche Personenkreise und in welcher konkreten Ausgestaltung sollen Gesetzgeber ein Personengesellschaftsrecht zur Verfügung stellen? Diese Fragestellung soll freilich durch eine stete Rückkoppelung an die persönliche Gesellschafterhaftung begrenzt werden. Zur Veranschaulichung: Die vorliegende Arbeit wird beispielsweise nicht die Frage beantworten, ob ein Gesetzgeber bei der Konzeption eines Personengesellschaftsrechts eine Mitbestimmung von Arbeitnehmern auf Unternehmensebene vorsehen soll und welche (ökonomischen) Gesichtspunkte dafür und welche dagegen sprechen. Vielmehr wird sie (nur) analysieren, was sich für diese Frage aus der persönlichen Gesellschafterhaftung ergibt, mit anderen Worten: ob es Gründe dafür gibt, bei Gesellschaften mit persönlicher Gesellschafterhaftung die Mitbestimmungsfrage anders zu beantworten als bei haftungsbeschränkten Gesellschaftsformen, oder ob es sich vielmehr um eine rechtspolitische Grundsatzfrage handelt, die für alle Gesellschaftsformen gleich beantwortet werden kann und somit dem „Allgemeinen Teil“ des Gesellschaftsrechts zuzuordnen ist.<sup>58</sup>

Soweit dies sinnvoll erscheint, um eine zutreffende Einschätzung der rechtspraktischen und volkswirtschaftlichen Relevanz von Personengesellschaften zu gewinnen, werden empirische Untersuchungen erfolgen, etwa zur tatsächlichen Verbreitung von einzelnen Personengesellschaftsformen und ihren jeweiligen Gesellschaftszwecken.

---

<sup>57</sup> Siehe stattdessen die Länderberichte in: *Fleischer* (Hrsg.), Personengesellschaften im Rechtsvergleich, 2021.

<sup>58</sup> Siehe dazu Kapitel 5 C. II. 4. b).