

JAN SCHÜRNBAND

Organschaft
im Recht der
privaten Verbände

Jus Privatum

125

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 125



Jan Schürnbrand

Organschaft im Recht der privaten Verbände

Mohr Siebeck

Jan Schürnbrand, geboren 1972; Studium der Rechtswissenschaften in Konstanz, Poitiers und München; 2002 Promotion; 2007 Habilitation; Lehrstuhlvertretung an der Universität Erlangen-Nürnberg.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-151202-5

ISBN 978-3-16-149467-3

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

Für Kathrin

Vorwort

Organ und Organwalter gehören zu den zentralen Begriffen des geltenden Verbandsrechts und geben als Rechtsinstitut Antwort auf die Frage, wie der als solcher handlungsunfähige Verband seinen Willen bilden und am Rechtsverkehr teilnehmen kann. Wenngleich zahlreiche einzelne der damit angesprochenen Rechtsfragen bereits Gegenstand intensiver Erörterungen waren, so fehlt es doch seit langem an einer übergreifenden Darstellung der „Organschaft im Recht der privaten Verbände“. Die vorliegende Untersuchung will diese Lücke schließen und damit zugleich einen Beitrag zur Institutionenbildung im Gesellschaftsrecht leisten. Die Arbeit hat im Sommersemester 2007 dem Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Habilitationsschrift vorgelegen. Sie wurde für die Drucklegung überarbeitet und befindet sich nunmehr auf dem Stand von Ende Juni 2007.

Mein Dank gilt zuvörderst meinem akademischen Lehrer Herrn Prof. Dr. Mathias Habersack für die vielfältige Unterstützung und Förderung, die er mir hat zukommen lassen. Die Jahre als Assistent an seinem Lehrstuhl waren ebenso lehrreich und prägend wie angenehm. Verbunden bin ich auch Herrn Prof. Dr. Peter O. Mülbert für die Erstellung des tiefgründigen Zweitgutachtens. Unter den Mainzer Kollegen und Freunden schließlich verdienen insbesondere Dr. Christian Mayer und Dr. Michael Kling besondere Hervorhebung.

Mainz, im Juli 2007

Jan Schürnbrand

Inhaltsübersicht

§ 1	Einleitung	1
Kapitel 1: Grundlagen des verbandsrechtlichen Organbegriffs.		7
§ 2	Organhandeln als Phänomen des Verbandsrechts	9
§ 3	Der institutionell-funktionelle Organbegriff	30
§ 4	Abgrenzung zu anderen Organbegriffen	96
Kapitel 2: Das Verbandsorgan in der Detailanalyse		119
§ 5	Das Willensbildungsorgan der Verbandsmitglieder	121
§ 6	Handlungsmaxime	148
§ 7	Organschaftliche Eingliederung außenstehender Instanzen . .	177
§ 8	Das Organ im Dienste öffentlicher Zwecke	202
§ 9	Konkretisierung des Organbegriffs	223
Kapitel 3: Der Organwalter		231
§ 10	Person des Organwalters	233
§ 11	Die Bestellung zum Organwalter	267
§ 12	Handeln für den Verband	326
§ 13	Organverhältnis und begleitende Rechtsverhältnisse	343
Kapitel 4: Zusammenwirken im Verband		357
§ 14	Organstreit	359
§ 15	Zulässigkeitschranken für organexterne Führungsgremien . .	400
Kapitel 5: Schluss.		433
§ 16	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen . . .	435

Inhalt

§ 1 Einleitung	1
Kapitel 1: Grundlagen des verbandsrechtlichen Organbegriffs.	7
§ 2 Organhandeln als Phänomen des Verbandsrechts	9
A. Historischer Ausgangspunkt: Organhandeln bei juristischen Personen	9
B. Erstreckung auf alle Verbände	11
I. Personengesellschaften	12
II. Konzern	14
III. Stille Verbände	16
C. Eigenart organschaftlichen Handelns	17
I. Überwindung des klassischen Streits zwischen Organ- und Vertretertheorie	17
II. Eigenhandeln des Verbandes durch Akt wertender Zurechnung	22
1. Rechtsgeschäftliches Handeln	22
2. Tatsächliches Handeln.	23
3. Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes.	25
4. Wissenszurechnung	27
D. Resümee und weitere Fragestellung	28
§ 3 Der institutionell-funktionelle Organbegriff	30
A. Problemaufriss und weiterer Klärungsbedarf	30
I. Organtrias: Willensbildungs-, Leitungs- und Aufsichts- organ	30
II. Abschlussprüfer und Insolvenzverwalter.	31
III. GmbH & Co KG, Beherrschungsvertrag und statuta- rischer Dritteinfluss.	32
IV. Gruppenorgan und Gesamtorgan	34
B. Definitionsansätze in Rechtsprechung und Wissenschaft.	35
I. Rechtsprechung	36
1. Überblick.	36
2. Fazit.	37

II. Schrifttum	38
1. Unmöglichkeit einer Definition	38
2. Ableitung aus der Funktion der Organe	39
III. Weiteres methodisches Vorgehen: Der „Kreisgang“ als Erkenntnis- und Darstellungsmodus	40
C. Unterscheidung von Organ und Organwalter	41
I. Der berechtigte Siegeszug der Lehre von Hans J. Wolff.	41
II. Das Organ als verbandsinterner „Zuständigkeitskomplex“	43
III. Mechanismus doppelter Zurechnung	45
IV. Geltung der Unterscheidung auch bei Personengesell- schaften	46
D. Die institutionelle Komponente des Organbegriffs	48
I. „Eingliederung“ in die Verbandsorganisation	48
II. Schaffung durch Gesetz, Gesellschaftsvertrag oder Satzung.	49
1. Einführung fakultativer Organe	50
a) Gestaltungsfreiheit der Verbandsmitglieder	50
b) Grundsatz der Satzungsstrenge	53
2. Keine Organe auf schuldrechtlicher Grundlage	55
III. Selbständigkeit	57
1. Rechtsfähigkeit.	57
2. Ausschüsse und Vorsitzende von Kollegialorganen	59
3. Kein Erfordernis der Weisungsfreiheit.	61
4. Exkurs: Der geschäftsführende Direktor im moni- stischen System der Europäischen Aktiengesellschaft	62
IV. Organnachfolge	64
1. Zwingende Verknüpfung mit dem Rechtsträger	64
2. Bewältigung offener interner Sachverhalte	65
V. Zwischenergebnis	68
E. Die funktionelle Komponente des Organbegriffs	68
I. Streitentscheidung	69
1. Unterscheidung von Verbandsgericht und Schieds- gericht.	69
2. Abgrenzungskriterien.	71
II. Ausübung mittelbaren Einflusses	72
1. Mehrstufige Entscheidungsprozesse, Sonderrechte.	72
2. Beratungs- und Kontrollgremien.	74
III. Änderung des Gesellschaftsvertrags und andere Grund- lagengeschäfte	76
1. Verbleibende Unterschiede zwischen juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften	77

2. Juristische Personen	79
3. Personengesellschaften	81
a) Gesetzlicher Ausgangspunkt: Das Vertragsmodell	81
b) Fakultative Einführung des organschaftlichen Modells	83
c) Auslegungskriterien	85
d) Andere Grundlagenbeschlüsse	89
aa) Organhandeln: Entlastung der Geschäfts- führung und Wahl des Abschlussprüfers	90
bb) Handeln als Vertragspartner: Veräußerung des gesamten Handelsgeschäfts, Bilanzfeststellung	91
4. Zusammenfassung	94
IV. Bilanz und weiterer Gang der Untersuchung.	94
§4 Abgrenzung zu anderen Organbegriffen	96
A. Steuerrechtlicher Organbegriff	96
I. Entwicklung.	96
II. Fazit aus Sicht des Gesellschaftsrechts	98
B. Haftungsrechtlicher Organbegriff.	99
I. Entwicklung des § 31 BGB: Von einer Spezialregelung des Vereinsrechts zu einer umfassenden Organ- und Repräsentantenhaftung.	99
II. Entfaltung des in § 31 BGB niedergelegten verbands- rechtlichen Grundgedankens	101
1. Entstehungsgeschichte	101
2. Normzweck	104
3. Haftung für das Verhalten aller Organe im verbands- rechtlichen Sinne.	105
a) Keine Beschränkung auf Außenorgane.	105
b) Keine Beschränkung auf „notwendige“ Organe.	106
4. Zwischenergebnis	108
III. § 31 BGB als Anknüpfungspunkt für eine allgemeine Repräsentantenhaftung.	108
1. Entwicklung in Rechtsprechung und Schrifttum.	108
2. Kritische Würdigung	112
a) Zweifelhafte Analogievoraussetzungen.	112
b) Gleichbehandlung aller Unternehmensträger durch Korrektur des § 831 BGB.	114
IV. Resümee	117
C. Organbegriff der juristischen Person?.	118

Kapitel 2: Das Verbandsorgan in der Detailanalyse	119
§ 5 Das Willensbildungsorgan der Verbandsmitglieder	121
A. Hauptversammlung als Organ der Aktiengesellschaft.	121
B. Fakultative Gesellschafterversammlung bei den Personen- gesellschaften	123
C. GmbH	123
I. Meinungsstand	123
II. Folgen der rechtlichen Einordnung	125
III. Organqualität der Gesellschafterversammlung	128
1. Bedeutung des Mehrheitsprinzips und des realtypischen Erscheinungsbildes	128
2. Folge: Unzulässigkeit formloser oder kombinierter Beschlussfassung.	130
IV. Keine Organeigenschaft der Gesamtheit der Gesellschafter	130
V. Ergebnis	132
D. Verein.	133
E. Organeigenschaft des einzelnen Gesellschafters?	133
F. Rechtsstellung des Versammlungsleiters	136
I. Der Versammlungsleiter als Garant des ordnungs- gemäßen Ablaufs einer Gesellschafterversammlung.	136
II. Der Versammlungsleiter der GmbH-Gesellschafter- versammlung	138
1. Bloßer Funktionsgehilfe und nicht Organ der Gesellschaft.	138
2. Bestellung durch Mehrheitsbeschluss und Beschluss- feststellungskompetenz	139
III. Der Versammlungsleiter im Aktienrecht	142
1. Versammlungsleiter als „Herr des Verfahrens“	142
2. Organ der Gesellschaft	145
G. Ergebnis	147
§ 6 Handlungsmaxime	148
A. Verpflichtung auf das Verbandsinteresse als Regelfall	148
B. Statutarischer Dritteinfluss – die Rechtsfigur des Kurationsorgans.	150
I. Einführung	150
II. Unzulässigkeit von satzungsmäßigen Rechten Dritter ad personam	152
III. Statutarisches Drittrecht als Einräumung einer Organ- stellung.	154

1. Stand der Diskussion	154
2. Die Bedeutung des Verbandszwecks	156
a) Formeller oder materieller Organbegriff	156
b) Grenzen der Privatautonomie	158
c) Verpflichtung des Dritten auf das Verbandsinteresse	159
3. Konsequenzen für die Rechtsstellung des Dritten	161
C. Gruppenvertretung – Gruppenorgan – Gesamtorgan	163
I. Obligatorische Gruppenvertretung	163
1. Vertreterklausel als Zwang zur einheitlichen Rechtsausübung	163
2. Organ der Gesellschaft oder Vertreter der Gesellschafter	165
II. Gruppenvertreter als Sonderfall eines Gruppenorgans	166
III. Auswirkungen des materiellen Organbegriffs	168
1. Unzulässigkeit von Gruppenorganen	168
2. Kommanditistenvertreter	171
3. Aufsichtsrat in der Kommanditgesellschaft auf Aktien	171
a) Überwindung der Doppeltheorie	171
b) Handlungsmaxime	173
D. Zusammenfassung	175
§ 7 Organschaftliche Eingliederung außenstehender Instanzen	177
A. Das herrschende Unternehmen als Organ der abhängigen Gesellschaft	177
I. Beherrschungsvertrag	178
1. Grundlagen	178
2. Organschaftliche Stellung des herrschenden Unternehmens	179
a) Satzungsüberlagernde Neuordnung der internen Willensbildung	179
b) Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner Leiter	181
3. Verteidigung gegen abweichende Positionen	183
a) Einwände	183
b) Stellungnahme	184
II. Faktischer Konzern	186
III. Ergebnis	189
B. Mittelbare Organschaft – zur Rechtsstellung des Geschäftsführers einer GmbH & Co KG	189
I. Die Herausforderung: Zwei gesellschaftsrechtliche Organisationen für ein Unternehmen	189

II. Die Radikallösung: Der Geschäftsführer als Organ auch der KG	192
1. Organisationsrechtliche Sonderverbindung.	192
2. Das Arbeitsrecht als Vorbild	193
III. Plädoyer für Zurückhaltung	194
1. Einwände	194
2. Eine wenig spektakuläre These.	197
3. Einzelfragen	198
§ 8 Das Organ im Dienste öffentlicher Zwecke	202
A. Insolvenzverwalter	202
I. Ausgangspunkt	202
II. Die gewandelte Funktion des Verbandsinsolvenz- verfahrens	204
III. Der Insolvenzverwalter als Verbandsorgan.	206
1. Vorzüge der modifizierten Organtheorie	206
2. Widerlegbare Einwände	210
B. Abschlussprüfer	214
I. Wandel der Anschauungen	214
II. Institutionelle Aspekte	217
III. Funktionelle Aspekte.	219
1. Die Unterstützungsfunktion des Abschlussprüfers	219
2. Die Garantiefunktion des Abschlussprüfers	221
IV. Schlussfolgerungen	222
§ 9 Konkretisierung des Organbegriffs	223
A. Zusammenschau der gewonnenen Einsichten und Ausblick	223
B. Offene Randbereiche: Der Rechtsstellung des Prokuristen bei unechter Gesamtvertretung	225
I. Teilhabe an der organschaftlichen Vertretung	226
II. Keine umfassende Anwendung organschaftlicher Grundsätze	228
Kapitel 3: Der Organwalter	231
§ 10 Person des Organwalters	233
A. Das Organmitglied als abstrakte Verbandsinstitution?	233
B. Juristische Personen als Organwalter	234
I. Erscheinungsformen	234
II. Spezialgesetzliche Verbote	236
1. Geschäftsführung in Kapitalgesellschaften	236
2. Insolvenzverwalter.	240

III. Ungeregelte Sachverhalte: Vereinsvorstand und fakultativer Aufsichtsrat in der GmbH	240
C. Selbstorganschaft als zwingendes Organisationsprinzip	242
I. Stellenwert in der Rechtsprechung	243
1. Vertretung	243
2. Geschäftsführung	245
II. Materielle Legitimation.	247
1. Gesamthandsprinzip	248
2. Abspaltungsverbot.	249
3. Gesellschafter- und Verkehrerschutz	251
4. Verbleibende Einwände	255
III. Reichweite	256
1. Vertragliche Konzernierung	256
2. Rechtsstellung der Kommanditisten	258
3. Beiräte.	262
4. Grenzen schuldrechtlicher Gestaltungen	263
IV. Resümee	265
§ 11 Die Bestellung zum Organwalter	267
A. Die Lehre vom fehlerhaften Bestellungsverhältnis.	267
I. Die fehlerhafte Bestellung zum Geschäftsleiter	267
1. Anlehnung an die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft.	267
2. Rückabwicklungsschwierigkeiten, drohende Funktionsunfähigkeit und Schutz der Gesellschaft	269
a) Einberufung der Gesellschafterversammlung	270
b) Feststellung des Jahresabschlusses	271
c) Bindung an die Sorgfaltspflicht und sonstige Organpflichten	273
d) Zwischenergebnis.	273
3. Voraussetzungen.	274
a) Anforderungen an den Beststellungsakt	274
b) Vollzug des Organverhältnisses.	276
c) Beendigung der Organstellung	279
d) Grenzen des Rechtsinstituts	280
II. Erweiterung zu einem allgemeinen verbandsrechtlichen Institut	282
1. Der fehlerhafte Entzug der Organstellung	282
2. Einbeziehung anderer Organe	286
a) Aufsichtsrat	286
aa) Anwendbarkeit der Lehre vom fehlerhaften Bestellungsverhältnis	286

bb) Tatbestandliche Ausformung	289
cc) Fehlerhafte Abberufung.	291
b) Fakultative Organe, besonderer Vertreter, Leiter der Hauptversammlung	292
III. Resümee	293
B. Die Verantwortlichkeit faktischer Organmitglieder	294
I. Einführung	294
1. Das faktische Organ im deutschen Recht	294
a) Rechtsprechung.	295
b) Schrifttum.	296
2. Gemeinschaftsrechtliche Impulse	297
3. Denkbare Fallgestaltungen und weiteres Vorgehen.	298
II. Insolvenzverschleppungshaftung	299
III. Allgemeine Organhaftung nach §§ 93 Abs. 2 AktG, 43 Abs. 2 GmbHG	303
1. Rechtfertigung.	303
2. Untaugliche Eingrenzungskriterien	304
a) Amtstauglichkeit	304
b) Kenntnis oder Duldung der Gesellschaft.	306
c) Auftreten im Außenverhältnis.	307
d) Verdrängung der gesetzlichen Geschäftsleitung.	309
3. Konkretisierung des Haftungstatbestandes	310
a) Wahrnehmung organspezifischer Funktionen.	311
b) Wahrnehmung in organtypischer Weise	313
c) Reichweite der Organpflichten	314
4. Gesellschafter als faktische Organmitglieder	315
a) GmbH	316
aa) Das Weisungsrecht der Gesellschafter als Grenze für die Einflussnahme auf die Geschäftsführung	316
bb) Bedeutung der faktischen Organschaft neben einer Haftung wegen Treupflichtverletzung.	318
cc) Fazit.	321
b) Aktiengesellschaft	321
aa) Unverbundene Gesellschaft	321
bb) Einflussnahme des Mutterunternehmens	322
5. Erstreckung auf andere Organe, insbesondere den Aufsichtsrat.	323
IV. Zusammenfassung	324
§ 12 Handeln für den Verband	326
A. Privates und amtliches Handeln	326

B. Doppelorganshaft – Handeln für zwei Verbände	327
I. Personelle Verflechtungen	327
II. Wirkungsweise des § 31 BGB	328
III. Handeln im Wirkungskreis auch der abordnenden Gesellschaft	330
1. Überblick und erste Weichenstellungen	330
2. Handeln im Interesse der abordnenden Gesellschaft als Zurechnungsgrund.	334
3. Auswirkungen auf das Konzernhaftungsrecht	337
a) Faktische Abhängigkeit	337
b) Beherrschungsvertrag	340
IV. Ergebnis	341
§ 13 Organverhältnis und begleitende Rechtsverhältnisse	343
A. Organverhältnis	343
B. Anstellungsverhältnis.	344
I. Die Trennungstheorie und ihre Grenzen	344
II. Abstimmung der Haftungstatbestände	346
C. Mitgliedschaftsverhältnis.	351
D. Zusammenfassung.	355
Kapitel 4: Zusammenwirken im Verband	357
§ 14 Organstreit	359
A. Die judizielle Durchdringung des Verbandsinnenbereichs	359
I. Terminologie, Konzentration auf das Aktienrecht.	359
II. Abgrenzung zu Klagen betreffend die persönliche Rechtsstellung von Organmitgliedern und zur Aktionärsklage	359
III. Reichweite von Klagerechten	361
IV. Prozessuale Umsetzung	365
V. Weitere Vorgehensweise	366
B. Die Lehre von den Organrechten	367
I. Kritik der traditionellen Auffassung	367
1. Der problematische Rückgriff auf das Bestellungs- verhältnis	367
2. Notwendige Widersprüche	369
3. Praktische Nachteile.	370
a) Vertretung der Gesellschaft	370
b) Neubesetzung von Organen.	371
c) Kostentragung	372
4. Zwischenergebnis	373

II. Ablehnung einer prozessstandschaftlichen Konzeption	373
III. Positive Rechtfertigung der Organrechte.	374
1. Organe als Zurechnungsendsubjekte des Innenrechts	375
2. Einräumung wehrfähiger Positionen.	376
3. Rechtsnatur und Abgrenzung vom subjektiven Recht	377
4. Rechts- und Parteifähigkeit.	379
C. Möglicher Gegenstand von Klagen	382
I. Hilfsrechte.	382
II. Kompetenzschutz.	384
III. Keine Erzwingung rechtmäßigen Verhaltens	
ohne eigene Betroffenheit	386
1. Widerstreitende Ansätze	386
2. Konsequente Anwendung der Lehre von den Organ-	
rechten	388
a) Noch einmal: Der problematische Rückgriff	
auf das Bestellungsverhältnis	388
b) Unvereinbarkeit eines umfassenden Rechts auf	
gesetz- und satzungsmäßiges Verhalten mit dem	
geltenden Verbandsrecht	389
c) Folgerungen.	391
IV. Klagen einzelner Aufsichtsratsmitglieder gegen den	
Vorstand	392
1. Aus eigenem Recht.	392
2. Prozessstandschaft.	393
D. Organstreit jenseits des Verhältnisses zwischen Vorstand	
und Aufsichtsrat sowie außerhalb des Aktienrechts	396
I. Besonderer Vertreter, Insolvenzverwalter	396
II. GmbH	397
E. Zusammenfassung.	398
§ 15 Zulässigkeitsschranken für organexterne Führungsgremien	400
A. Beschränkung auf das Aktienrecht	400
B. Praktische Verbreitung	401
C. Aufsichtsratsergänzende Gremien.	404
I. Gremien mit Überwachungsfunktion.	404
II. Gremien mit Beratungsfunktion	407
D. Vorstandsergänzende Gremien.	410
I. Leitungsverantwortung des Vorstands im Rahmen	
einer virtuellen Holding	410
II. Grenzen der Delegation von Vorstandsaufgaben.	413
1. Kernbereich der Leitungsverantwortung	413

2. Unterschiedliche Rechtsstellung der Mitglieder organ- externer Führungsgremien	416
III. Gleichberechtigung der Vorstandsmitglieder.	419
IV. Organexterne Führungsgremien als Herausforderung für den Aufsichtsrat.	421
1. Einbeziehung der operativen Führungsebene in die Überwachungstätigkeit	422
a) Stand der Diskussion.	423
b) Stellungnahme	424
2. Informationsversorgung	427
3. Personalkompetenz	429
E. Ergebnis	431
Kapitel 5: Schluss.	433
§ 16 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	435
A. Grundlagen des verbandsrechtlichen Organbegriffs.	435
B. Das Verbandsorgan in der Detailanalyse	437
C. Der Organwalter	439
D. Zusammenwirken im Verband	441
Literaturverzeichnis	443
Sachregister	473

§ 1 Einleitung

Organ und Organwalter sind Zentralbegriffe des Gesellschaftsrechts. Sie und damit das Rechtsinstitut der Organschaft geben Antwort auf die Frage, wie der als solcher handlungsunfähige Verband in zurechenbarer Weise am Rechtsverkehr teilnehmen kann. Dadurch, dass mit ihrer Hilfe menschliches Verhalten in solches des Verbandes transformiert wird, vermag eine juristische Person oder eine Personengesellschaft ebenso wie eine natürliche Person Wissen zu erwerben, einen rechtserheblichen Willen zu bilden und dementsprechend zu handeln. Der darin zum Ausdruck kommende besondere Zurechnungsmechanismus hat seit jeher das Interesse der Rechtswissenschaft auf sich gezogen. Am Beginn der modernen deutschen Gesellschaftsrechtswissenschaft steht die Auseinandersetzung zwischen *Friedrich Carl von Savigny* und *Otto von Gierke*, die als Streit um die „Vertretertheorie“ und die „Organtheorie“ berühmt geworden ist und uns in der heute möglichen gelassenen Rückschau nach wie vor Vieles über die Natur organschaftlichen Handelns lehrt¹. In der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts war es dann *Hans Julius Wolff*, der die Organtheorie wesentlich voran gebracht hat, indem erstmals in aller Deutlichkeit vom „Organ“ als der abstrakten Verbandsinstitution den „Organwalter“ als das konkret agierende Rechtssubjekt unterschieden und daraus weitreichende Rechtsfolgen abgeleitet hat². Da er sein Werk aus der Perspektive des öffentlichen Rechts geschrieben hat, mussten aber die hier interessierenden Besonderheiten der Organschaft in privatrechtlichen Verbänden außen vor bleiben.

Seitdem ist es um den Organbegriff nicht etwa ruhig geworden, vielmehr finden sich auch im modernen Schrifttum immer wieder grundlegende, wenn auch meist knapp gehaltene Überlegungen³. Insgesamt ist die Diskussion aber

¹ Vgl. vor allem *v. Savigny*, System, Bd. 2, § 90 (S. 282f.) einerseits und *v. Gierke*, Wesen menschlicher Verbände und *dens.*, Genossenschaftstheorie, S. 603 ff. andererseits.

² *Wolff*, Organschaft, Bd. 2, S. 224 ff.

³ Vgl. insbesondere *Baltzer*, Beschluss, S. 29 ff.; *Baums*, Geschäftsleitungsvertrag, S. 3 ff.; *Beuthien*, NJW 1999, 1142; *dens./Gätsch*, ZHR 156 (1992), 459; *Buck*, Wissen und juristische Person, S. 194 ff.; *Flume*, Juristische Person, § 1 (S. 1 ff.), 10f. (S. 340 ff.); *Hüffer*, FS 100 Jahre GmbHG, S. 521; *Kleindiek*, Deliktshaftung, S. 151 ff.; *Mülbert/Gramse*, WM 2002, 2085; *Nitschke*, Personengesellschaft, S. 94 ff.; *Reuter*, FS Steindorff, S. 229; *dens.*, FS 100 Jahre GmbHG, S. 631; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 10 (S. 247 ff.), § 14 (S. 407 ff.); *Ulmer*, FS Wiedemann, S. 1297, 1304 ff.; *dens.*, FS Niederländer, S. 415; *Chr. Weber*, Außeneinfluss, S. 157 ff.; *Westermann*, Vertragsfreiheit, S. 150 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, § 4

zunehmend zersplittert; in den Mittelpunkt gerückt ist die Auseinandersetzung um Einzelfragen. Mehr oder weniger unverbunden streitet man darüber, ob etwa auch der Abschlussprüfer und der Insolvenzverwalter Organe der Gesellschaft sind oder die Rechtsstellung des anderen Vertragsteils beim Beherrschungsvertrag oder diejenige des Versammlungsleiters einer aktienrechtlichen Hauptversammlung als organschaftlich zu qualifizieren ist. Weder ist geklärt, ob die „Gesellschafterversammlung“ oder die „Gesamtheit der Gesellschafter“ das Willensbildungsorgan der GmbH ist noch ob dem Prokuristen im Rahmen der gemischten Gesamtvertretung die Stellung eines organschaftlichen Vertreters zukommt. Während die einen betonen, für den Organbegriff konstitutiv sei eine Ausrichtung auf das Verbandsinteresse, meinen andere, es könnten auch Organe geschaffen werden, welche den Belangen einer bestimmten Gruppe von Verbandsmitgliedern oder gar außenstehenden Dritten zum Durchbruch zu verhelfen hätten. Weithin durchgesetzt hat sich dagegen die keineswegs selbstverständliche These, dass nicht von einem einheitlichen Organverständnis auszugehen sei, sondern für die Zwecke des § 31 BGB ein über den verbandsrechtlichen Organbegriff hinausgehender haftungsrechtlicher Organbegriff gelte. Als Organ, für dessen deliktisches Verhalten die juristische Person ohne Entlastungsmöglichkeit einzustehen hat, werden nämlich ohne Rücksicht auf ihre satzungsmäßige Stellung schlechthin alle Repräsentanten des Verbandes erfasst.

Im Sinne einer verbandsrechtlichen Institutionenbildung⁴ ist es daher reizvoll, das Rechtsinstitut der Organschaft aus heutiger Sicht monographisch aufzuarbeiten⁵. Einen wichtigen Schritt in diese Richtung ist jüngst *Jacoby* in seiner Schrift über „Das private Amt“ gegangen. Sein Anliegen war es jedoch, die Gesamtheit der privaten Funktionsträger systematisch zu erfassen und dabei Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Recht der gesetzlichen Vertreter, Organe und Parteivalter kraft Amtes herauszuarbeiten⁶. Hierzu bezieht er neben vielen anderen auch den Treuhänder, den Betreuer, den Vormund, den Zwangsverwalter und den gemeinsamen Vertreter im Spruchverfahren in seine Überlegungen ein. Diese Einbettung in den allgemeinen privatrechtlichen Kontext ist gewiss verdienstvoll. Die vorliegende Untersuchung verfolgt demgegenüber einen konsequent verbandsrechtlichen Ansatz und widmet sich den spezifisch gesellschaftsrechtlichen Problemen der Organschaft, die bei einer übergreifen-

II 3a (S. 212 ff.); *dens.*, FS Lutter, S. 801, 804 ff.; Nachweise aus dem öffentlich-rechtlichen Schrifttum in Fn. 7.

⁴ Wegweisend *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 3 III 2 (S. 53 f.); daneben *Habersack*, Mitgliedschaft, S. 2; *C. Schäfer*, Fehlerhafter Verband, S. 1, 137; *H.-F. Müller*, Verband in der Insolvenz, S. 5; *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 3.

⁵ Vgl. auch *Fleischer*, NJW 2006, 3239, 3242: Die Zeit ist reif für eine monographische Vermessung; *Ulmer*, FS Wiedemann, S. 1297, 1305: Eine diesem Thema gewidmete Monographie steht aus.

⁶ *Jacoby*, Das private Amt, S. 1.

den Darstellung des privaten Amtes naturgemäß nur cursorisch behandelt werden können.

Dabei kann zwar die frühere Zeiten nachhaltig bewegende Rechtsnatur organschaftlichen Handelns nicht gänzlich ausgeblendet werden; klärungsbedürftig ist jedoch vor allem, wer überhaupt Organ des privatrechtlichen Verbandes ist. Das wiederum lässt sich sachgerecht nicht ohne Rückgriff auf die mit der Einordnung als Organ verbundenen Rechtsfolgen beantworten; ganz im Sinne hermeneutischen Denkens hat der Blick vielmehr zwischen Tatbestand und Rechtsfolge hin und her zu wandern. Zu entwickeln sind damit nicht nur ein differenzierter Organbegriff, sondern zugleich allgemeine Lehren über das Organ und den Organwahrer. Im Zuge dessen ist denn auch auf im Einzelnen viel diskutierte praktische Problemkreise einzugehen. Das Phänomen der Organnachfolge und mithin die Frage, was mit den Organen im Falle einer Umwandlung des Rechtsträgers geschieht, ist dabei ebenso zu behandeln wie die Frage, was gilt, wenn ein Organwahrer als Doppelorgan für zwei Verbände tätig wird. Geradezu selbstverständlich sollte es sein, dass der Leser auch bekannte Themen wie den Grundsatz der Selbstorganschaft, den Organstreit und die Lehre vom fehlerhaften und faktischen Organ behandelt findet.

Dieses Untersuchungsprogramm ist allerdings mit einem doppelten Vorbehalt zu versehen. Gegenstand der folgenden Ausführungen sind zunächst allein die privatrechtlichen Verbände. Zwar begegnet Organschaft selbstverständlich auch bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts; zu unterschiedlich sind jedoch die rechtlichen Grundlagen wie die daraus abzuleitenden Fragestellungen, als dass sich eine übergreifende Darstellung anböte. Diese Themenbegrenzung entbindet freilich nicht davon, grundlegende Erkenntnisse des öffentlich-rechtlichen Schrifttums zu Kenntnis zu nehmen⁷ und an geeigneter Stelle zu berücksichtigen⁸. Nichts anderes als für das öffentliche Recht im Allgemeinen gilt für das Steuerrecht im Besonderen. Das für das Konzernsteuerrecht so bedeutsame Rechtsinstitut der steuerlichen Organschaft wird daher keineswegs umfassend abgehandelt, sondern nur insoweit gestreift, als das zum Zwecke der Abgrenzung von spezifisch verbandsrechtlichen Überlegungen erforderlich ist⁹. Die privaten Verbände¹⁰ dagegen sollen zwar im Grundsatz rechtsformü-

⁷ Vgl. ohne Anspruch auf Vollständigkeit Böckenförde, FS Wolff, S. 269 ff.; Erichsen, FS Menger, S. 211 ff.; Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 168 ff.; Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. 3, § 83 Rdn. 129 ff.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 21 Rdn. 19 ff.; W. Roth, Verwaltungsrechtliche Organstreitigkeiten, S. 21 ff.; Rupp, Grundfragen, S. 19 ff.; Schnapp, Rth 9 (1978), 275; Schreiber, BayVBl 2000, 129.

⁸ Vgl. zum institutionell-funktionellen Organbegriff § 3 und zum Organstreit § 14; daneben Fleischer, NJW 2006, 3239, 3243: Privatrechtler haben intellektuelle Dankesschuld abzutragen.

⁹ Vgl. § 4 A.

¹⁰ Nicht behandelt wird daher die nicht als Verband verfasste rechtsfähige Stiftung, s. zur Einordnung MünchKommBGB/Reuter, Vor § 80 Rdn. 48 ff.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 7 II 1 (S. 173); zu ihren Organen eingehend Burgard, Gestaltungsfreiheit, S. 219 ff.

bergreifend behandelt werden; eine vollständige Erfassung aller erdenklichen sich um das Organ und den Organwalter rankenden Probleme darf allerdings schon aufgrund der Weite des Themas nicht erwartet werden. Um die zentralen Grundgedanken deutlicher hervortreten zu lassen, war insoweit vielmehr eine gewisse Selbstbeschränkung geboten.

Die folgende Untersuchung gliedert sich in vier Teile. Im ersten Kapitel werden die Grundlagen des verbandsrechtlichen Organbegriffs aufgearbeitet. Dabei ist zunächst zu erörtern, wo überall organschaftliches Handeln begegnet und welche Eigenart ihm zukommt. Sodann ist der im Weiteren verwendete *funktionell-institutionelle* Organbegriff zu entwickeln und dabei insbesondere der Frage nachzugehen, welche Aufgaben überhaupt Gegenstand organschaftlicher Kompetenzen sein können. Dieser Abschnitt schließt mit einer Abgrenzung des verbandsrechtlichen Organbegriffs von anderen Organbegriffen. Wie bereits angedeutet, ist dabei insbesondere von Interesse, ob im Rahmen des § 31 BGB tatsächlich ein spezieller haftungsrechtlicher Organbegriff zum Tragen kommt. Auf diesem Fundament aufbauend wird dann im zweiten Kapitel das Verbandsorgan einer Detailanalyse unterzogen. Im Rahmen eines induktiven Ansatzes wird eine Vielzahl möglicherweise als Organ in Betracht kommender Handlungsträger berücksichtigt. Anliegen dieser Ausführungen ist es, sowohl die institutionelle wie die funktionelle Komponente des Organs, die im ersten Kapitel nur allgemein umschrieben werden konnte, anhand von Grenzfällen näher zu bestimmen.

Das dritte Kapitel ist dem Organwalter gewidmet. Von Interesse sind insoweit zunächst Berechtigung und Reichweite der zwingenden Anforderungen, welche das deutsche Recht traditionell an dessen Person stellt. Angesprochen sind damit der das Recht der Personengesellschaften beherrschende Grundsatz der Selbstorganschaft und diejenigen Vorschriften aus dem Recht der Kapitalgesellschaften, die juristische Personen von der Amtstätigkeit ausschließen. Ausführlich behandelt werden sodann die Rechtsfolgen, die bei der fehlerhaften oder fehlenden Bestellung eintreten, mit anderen Worten die Lehre vom fehlerhaften und vom faktischen Organ. Was im Weiteren das Rechtsverhältnis des Organwalters zum Verband angeht, so ist das Bestehen einer besonderen Sorgfalts- und Treupflicht im Grundsatz unstreitig; noch nicht abschließend geklärt ist hingegen, wie das Konkurrenzverhältnis zu einem daneben bestehenden Anstellungsvertrag oder Mitgliedschaftsverhältnis zu beurteilen ist. Gleiches gilt trotz vielfacher Behandlung für das Problem der Doppelorganschaft. Die Frage ist nämlich, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen ein Organwalter gleichzeitig für mehrere Verbände handeln kann. Davon hängt namentlich ab, ob ein Verband, der einen Organwalter in einen anderen Verband entsendet, für die Schäden einzustehen hat, die dieser dort verursacht.

Das vierte Kapitel schließlich handelt vom Zusammenwirken der verschiedenen Funktionsträger innerhalb des Verbandes. Da sich dieses gerade auch in

Konfliktsituationen bewähren muss, gebührt als allgemeinem Rechtsinstitut dem Organstreit besondere Aufmerksamkeit. Das gilt umso mehr, als eine Beschäftigung mit ihm auch vertiefte Einsichten in die Rechtsstellung der Organe und die Rechtsnatur der ihnen zugeordneten Kompetenzen vermittelt. Erst in jüngerer Zeit hingegen wird offenbar, welche Herausforderung von organexternen Führungsgremien ausgeht, die in Form von „Group Executive Committees“, „Aktionärsausschüssen“ oder „Bereichsvorständen“ vor allem in großen Aktiengesellschaften neben das gesetzlich vorgeschriebene Organisationsgefüge treten. Als keineswegs unproblematisch erweist sich nämlich das sich daraus ergebende Nebeneinander von organschaftlichen und nicht organschaftlichen Funktionsträgern; auch hier will vorliegende Arbeit zur Klärung beitragen.

Kapitel 1

Grundlagen des verbandsrechtlichen Organbegriffs