

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 Bestellsungsakt . . . . .	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 lehrt<sup>1</sup>. 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 hat<sup>2</sup>. 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 Überlegungen<sup>3</sup>. Insgesamt ist die Diskussion aber

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> *Wolff*, Organschaft, Bd. 2, S. 224 ff.

<sup>3</sup> 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 Institutionenbildung<sup>4</sup> ist es daher reizvoll, das Rechtsinstitut der Organschaft aus heutiger Sicht monographisch aufzuarbeiten<sup>5</sup>. 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 herauszuarbeiten<sup>6</sup>. 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> *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 nehmen<sup>7</sup> und an geeigneter Stelle zu berücksichtigen<sup>8</sup>. 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 ist<sup>9</sup>. Die privaten Verbände<sup>10</sup> dagegen sollen zwar im Grundsatz rechtsformü-

<sup>7</sup> 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.

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

<sup>9</sup> Vgl. § 4 A.

<sup>10</sup> 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