

VINCENT GÖBBEL

Die Lehre vom
fehlerhaften Organ

Studien zum Privatrecht

78

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 78



Vincent Göbbel

Die Lehre vom fehlerhaften Organ

Zur Begründung eines verbandsrechtlichen Prinzips,
dessen Verhältnis zur Lehre vom fehlerhaften Verband
und seiner Anwendung auf gekorene Organwalter

Mohr Siebeck

Vincent Morten Alexander Göbbel, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Steuerrecht der Universität Trier; Rechtsreferendar am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht.
orcid.org/0000-0002-8470-2426

ISBN 978-3-16-156341-6 / eISBN 978-3-16-156342-3
DOI 10.1628/978-3-16-156342-3

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

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

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/18 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen. Sie entstand nahezu vollständig während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am dortigen Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. *Arnd Arnold* in den Jahren 2013 bis 2016. Für die Veröffentlichung wurde der Text im Frühjahr 2018 leicht überarbeitet und im Wesentlichen auf den Stand von Rechtsprechung und Literatur gebracht, die bis Anfang April 2018 verfügbar war.

In chronologischer Herangehensweise bin ich naturgemäß, bevor anderen teils mit ausdrücklicher Namensnennung gedankt wird, meiner Familie zu Dank verpflichtet. Jedoch wäre sie hier ohnehin für ihren steten Beistand an erster Stelle zu nennen. Ganz besonders danke ich meinen Eltern, die mich fortwährend auf meinem Lebens- und Ausbildungsweg in jeder denkbaren Weise selbstlos unterstützen. Ihnen sei diese Arbeit hiermit gewidmet.

Meiner Freundin *Julia Rusch* danke ich für ihre andauernde liebevolle Unterstützung und ihr Verständnis, die sie mir nicht zuletzt während der Anfertigung dieser Arbeit zugewendet hat. Ein besonderer Dank geht daneben an meinen guten Bekannten Herrn Dr. *Daniel Berneith* für juristische und unjuristische Diskussionen, aber auch für seine tatkräftige Hilfe bei der Fertigstellung dieser Arbeit durch Korrekturlesen und Herbeischaffung von Literatur.

Bereits genannt, aber noch nicht gewürdigt, wurde Herr Prof. Dr. *Arnd Arnold*. Ihm gebührt ein außerordentlicher Dank für die mir über einen Großteil meiner Ausbildung (erst als studentische Hilfskraft in Kiel und dann als wissenschaftlicher Mitarbeiter in Trier) gewährte Förderung. Insbesondere sei ihm hier für die Hilfe bei der Auswahl des Themas dieser Arbeit und deren Betreuung mit stets wertvollen Anmerkungen gedankt. Für ebensolche in dem von ihm freundlicherweise erstatteten Zweitgutachten danke ich auch Herrn Prof. Dr. *Peter Reiff*.

Ein abschließender Dank gilt zu guter Letzt der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung (Hamburg) sowie der Studienstiftung *ius vivum* (Dormagen), die die Veröffentlichung dieser Arbeit in der vorliegenden Form durch großzügige Druckkostenzuschüsse gefördert haben.

Kiel, im Juli 2018

Vincent Göbbel

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Erster Teil: Einführung.....	1
§ 1 <i>Gegenstand, Grund und Gang der Untersuchung</i>	1
§ 2 <i>Der Begriff des fehlerhaften Organs</i>	5
Zweiter Teil: Grundlagen.....	9
§ 3 <i>Organe in privaten Verbänden</i>	9
A. Der funktionell-institutionelle Organbegriff.....	9
I. Der funktionelle Organcharakter: die Überwindung von Handlungsunfähigkeit.....	9
1. Die wesentliche Funktion von Organen.....	9
2. Die Überwindung der Handlungsunfähigkeit von Verbänden.....	11
a) Die Zurechnung von Organen zu Verbänden und die Vertreter- und Organtheorie.....	11
b) Das Handeln von Organen im Innenverhältnis.....	13
c) Das Handeln nicht funktionsnotwendiger Organe.....	15
3. Zusammenfassung zum funktionellen Organcharakter.....	15
II. Der institutionelle Organcharakter: die Errichtung durch die Verbandsverfassung.....	16
1. Organwalter und Organe als Institutionen.....	16
2. Organwalter und Organe als Institutionen in der Selbstorganschaft.....	18
III. Zusammenfassung zum funktionell-institutionellen Organbegriff	20
B. Die Einrichtung von Organen.....	21
I. Die Einsetzung gekorener Organwalter durch Bestellung.....	22
1. Die rechtsgeschäftliche Bestellung, insbesondere durch Beschluss.....	22

a) Die Entscheidung über die Einsetzung als Organwalter auf Seiten des Verbands.....	23
b) Die Kundgabe der Entscheidung.....	25
c) Die Annahme durch den designierten Organwalter.....	26
d) Schlussfolgerungen.....	27
2. Die gerichtliche Bestellung.....	28
3. Zusammenfassung zur Bestellung gekorener Organwalter.....	30
II. Die Einsetzung geborener Organwalter ipso iure.....	30
III. Persönliche Voraussetzungen für die Einsetzung als Organwalter	32
§ 4 <i>Die fehlerhafte Gestaltung privater Rechtsverhältnisse</i>	33
A. Fehlerhafte Rechtsgeschäfte.....	34
I. Allgemeines Privatrecht.....	35
1. Tatbestand und Wirksamkeitsvoraussetzungen von Rechtsgeschäften.....	35
2. Die Fehlerhaftigkeit von Rechtsgeschäften.....	35
II. Verbandsrecht.....	38
1. Beschlüsse als besondere Rechtsgeschäfte.....	38
a) Tatbestand und Wirksamkeitsvoraussetzungen von Beschlüssen.....	39
b) Die Fehlerhaftigkeit von Beschlüssen.....	40
aa) Das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht in den §§ 241 ff. AktG.....	41
bb) Zur Verallgemeinerung des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts.....	44
c) Zusammenfassung zu fehlerhaften Beschlüssen.....	47
2. Die Lehre vom fehlerhaften Verband.....	47
a) Die fehlerhafte Verbandsgründung.....	49
aa) Die Entwicklung und Rechtslage.....	49
(1) Fehlerhaft gegründete Kapitalgesellschaften und Genossenschaften.....	49
(2) Fehlerhaft gegründete Personengesellschaften.....	52
bb) Rückabwicklungsschwierigkeiten als Rechtfertigung für besondere Fehlerfolgen.....	53
(1) Die Rückabwicklungsschwierigkeiten im Außen- und Innenverhältnis.....	55
(2) Insbesondere die Haftung im Außenverhältnis.....	56
(3) Zusammenfassung und weitere Rückabwicklungsschwierigkeiten.....	59
cc) Die dogmatische Grundlage der Lehre vom fehlerhaften Verband.....	60
(1) Zur faktischen Gesellschaft.....	61

(2) Zur Beschränkung von Nichtigkeitsfolgen durch Kodifikation und Reduktion.....	62
(3) Zur schuld- und organisationsrechtlichen Doppelnatur des Statuts.....	63
(4) Die Lehre vom fehlerhaften Verband als Prinzip.....	65
dd) Der Vollzug, Folgen und Einschränkungen der Lehre vom fehlerhaften Verband.....	68
ee) Zusammenfassung zur fehlerhaften Verbandsgründung	72
b) Die Erweiterung der Lehre vom fehlerhaften Verband.....	73
aa) Das verbandsrechtliche Rechtsgeschäft als Ausgangspunkt.....	73
bb) Der fehlerhafte Verbandsbeitritt und -austritt.....	75
cc) Zur fehlerhaften Anteilsübertragung.....	76
dd) Weitere verbandsrechtliche Maßnahmen.....	77
ee) Zusammenfassung zur Erweiterung der Lehre vom fehlerhaften Verband.....	80
B. Fehlerhafte Beschlüsse in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.....	81
Dritter Teil: Das fehlerhafte Leitungsorgan.....	85
§ 5 <i>Die Rechtsverhältnisse zwischen Geschäftsleiter und Verband</i>	86
A. Das Anstellungsverhältnis und seine Trennung vom Bestellungsverhältnis.....	86
B. Das Bestellungsverhältnis als verbandsrechtliches Dauerschuldverhältnis.....	87
§ 6 <i>Die Fehlerhafte Anstellung des Geschäftsleiters</i>	92
A. Die Problematik fehlerhafter Anstellung, insbesondere die Vergütung	92
B. Gegen Parallelen zur Lehre vom fehlerhaften Organ.....	96
§ 7 <i>Zur konkludenten Bestellung durch einverständliche Tätigkeit</i>	98
§ 8 <i>Die Rückabwicklungsschwierigkeiten bei fehlerhafter Organmitgliedschaft</i>	99
A. Die Pflichten des Geschäftsleiters.....	101
I. Die Primär- und Sekundärpflichten gegenüber dem Verband.....	101
1. Wesentliche Pflichten im Überblick.....	102
a) Die Sorgfaltspflicht.....	102
b) Die Treuepflicht.....	103

c) Sekundärpflichten, insbesondere die Haftung des Geschäftsleiters.....	107
2. Die Problematik bei fehlerhafter Organmitgliedschaft.....	108
a) Schutzpflichten.....	108
b) Leistungspflichten.....	110
c) Zu (überholten) Lösungswegen anhand allgemeiner Regelungen.....	111
3. Zur besonderen Lösung durch anderweitige Begründung der Pflichten.....	115
a) Sekundärpflichten, insbesondere die Haftung des Geschäftsleiters.....	115
b) Primärpflichten, insbesondere die Sorgfalts- und Treuepflicht.....	115
4. Zusammenfassung zu Primär- und Sekundärpflichten des Geschäftsleiters.....	118
II. Im Drittinteresse bestehende und öffentlich-rechtliche Pflichten.....	118
1. Allgemeines.....	118
2. Die Insolvenzantragspflicht.....	119
a) Die Problematik bei fehlerhafter Organmitgliedschaft.....	119
b) Zur besonderen Lösung nach dem Sinn und Zweck der Pflicht.....	121
III. Zusammenfassung zu den Pflichten des Geschäftsleiters.....	123
B. Die Vertretung des Verbands im Außenverhältnis.....	123
I. Die Grundzüge der Problematik.....	124
II. Zur Kollektivvertretung.....	126
III. Zur Lösung durch Begründung einer Vollmacht anhand allgemeiner Regelungen.....	128
1. Zur tatsächlich erteilten Vollmacht.....	129
2. Zur Umdeutung der Bestellung in eine Vollmacht.....	131
3. Zur Vollmacht durch einverständliche Tätigkeit.....	134
IV. Zur besonderen Lösung durch Rechtsschein und Normen zur Führungslosigkeit.....	138
1. Rechtsscheinregelungen.....	138
a) Registerrechtliche Regelungen.....	138
b) Ungeschriebene Regelungen.....	140
c) Zusammenfassung zu Rechtsscheinregelungen.....	141
2. Die Vertretung führungsloser Verbände, insbesondere seit Inkrafttreten des MoMiG.....	142
V. Zusammenfassung zur Vertretung des Verbands im Außenverhältnis.....	143
C. Das Handeln im Innenverhältnis.....	143
I. Zu Handlungen eines Kollektivorgans.....	144

II.	Das „Tagesgeschäft“ als Geschäftsführung im engeren Sinn.....	146
III.	Die Vorbereitung von Versammlungen und Beschlüssen des Willensbildungsorgans.....	147
	1. Die Einberufung einer Versammlung.....	148
	a) Die Problematik bei fehlerhafter Organmitgliedschaft.....	148
	b) Zur besonderen Lösung anhand § 121 Abs. 2 S. 2 AktG.....	150
	c) Zusammenfassung zur Einberufung.....	152
	2. Die Beschlussvorschläge des Vorstands in der Aktiengesellschaft.....	153
	a) Die Problematik bei fehlerhafter Organmitgliedschaft.....	153
	b) Zur besonderen Lösung anhand § 121 Abs. 2 S. 2 AktG.....	154
	c) Zusammenfassung zu Beschlussvorschlägen des Vorstands in der Aktiengesellschaft.....	156
IV.	Die Feststellung des Jahresabschlusses.....	156
	1. Die Problematik bei fehlerhafter Organmitgliedschaft.....	157
	2. Zur besonderen Lösung durch § 256 Abs. 6 AktG (analog).....	159
	a) Die Ausgangslage, insbesondere die Heilung nach § 256 Abs. 6 S. 1 AktG.....	159
	b) Zum abschließenden Charakter der Heilung nach § 256 Abs. 6 S. 1 AktG.....	161
	3. Zusammenfassung zur Feststellung des Jahresabschlusses.....	162
V.	Zusammenfassung zum Handeln im Innenverhältnis.....	163
D.	Die Haftung des Verbands für Organhandeln.....	163
	I. Die Haftung für Organwalter und Repräsentanten.....	163
	II. Zur besonderen Lösung durch analoge Anwendung des § 31 BGB.....	166
E.	Zusammenfassung der Rückabwicklungsschwierigkeiten bei fehlerhafter Organmitgliedschaft.....	167
§ 9	<i>Zum Ausschluss von Rückabwicklungsschwierigkeiten.....</i>	167
A.	Zur außerordentlichen Bestellung, insbesondere durch ein Gericht....	168
B.	Der Ausschluss von Rückabwicklungsschwierigkeiten durch § 47 FamFG.....	170
	I. Die Norm und ihre Anwendung auf Rechtshandlungen.....	170
	II. Zur nichtigen gerichtlichen Bestellung.....	173
III.	§ 47 FamFG und die Wohnungseigentümergeinschaft.....	174
	1. Die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband.....	175
	2. Die Bestellung des Verwalters und ihre Fehlerhaftigkeit.....	176
	3. Die Anwendung von § 47 FamFG auf den fehlerhaft bestellten Verwalter.....	179
IV.	Zusammenfassung zu § 47 FamFG.....	181

§ 10 Die Lehre vom fehlerhaften (Leitungs-)Organ.....	182
A. Für eine allgemeine Lehre vom fehlerhaften Organ.....	182
I. Zur Einzelnormanwendung.....	182
II. Der Einbezug der gerichtlichen Bestellung.....	184
B. Die dogmatische Grundlage.....	185
I. Zu den bisherigen Begründungsansätzen.....	186
1. Zum „faktischen“ Organmitglied.....	186
2. Zur Beschränkung von Nichtigkeitsfolgen durch Kodifikation und Reduktion.....	187
3. Zur schuld- und organisationsrechtlichen Doppelnatur der Bestellung.....	189
4. Zur Erweiterung der Lehre vom fehlerhaften Verband.....	190
a) Die befürwortenden Stimmen in der Literatur und Gegenstimmen.....	190
b) Stellungnahme.....	192
aa) Zu den Anknüpfungspunkten der Lehren.....	192
bb) Zur Vergleichbarkeit von Rückabwicklungsschwierigkeiten im engeren Sinn.....	194
cc) Zur Vergleichbarkeit von Rückabwicklungsschwierigkeiten im weiteren Sinn.....	196
dd) Zusammenfassung zur Erweiterung der Lehre vom fehlerhaften Verband.....	198
II. Die Lehre vom fehlerhaften Organ als eigenständiges Prinzip.....	198
1. Das Prinzip der Handlungsfähigkeit des Verbands.....	199
a) Die aktuelle und künftige Sicherstellung der Handlungsfähigkeit.....	199
b) Die aktuelle und künftige Handlungsfähigkeit als Spiegelbild der Vergangenheit.....	200
c) Die Aufrechterhaltung des Handelns in der Vergangenheit	200
aa) Das § 47 FamFG zugrunde liegende Prinzip.....	201
bb) Ein kurzer Exkurs in das britische Recht.....	204
d) Zusammenfassung.....	207
2. Die erste Konkretisierung des Prinzips der Handlungsfähigkeit des Verbands.....	207
C. Die Voraussetzungen, Einschränkungen und Folgen der Lehre vom fehlerhaften Organ.....	209
I. Die Voraussetzungen der Lehre vom fehlerhaften Organ.....	210
1. Der Tatbestand der Bestellung.....	211
a) Die rechtsgeschäftliche Bestellung.....	211
aa) Das Rechtsgeschäft auf Seiten des Verbands.....	211
bb) Die Annahme durch den designierten Organwalter.....	214
b) Die gerichtliche Bestellung.....	215

c) Zum Fehlen einer Bestellung bei Tätigkeit nach Ende der Organmitgliedschaft.....	216
d) Zusammenfassung zum Tatbestand der Bestellung.....	218
2. Die Fehlerhaftigkeit der Organmitgliedschaft.....	218
a) Die fehlerhaft begründete Organmitgliedschaft.....	219
aa) Die rechtsgeschäftliche Bestellung.....	219
bb) Die gerichtliche Bestellung.....	221
b) Die fehlerhaft gewordene Organmitgliedschaft.....	222
c) Zusammenfassung zur Fehlerhaftigkeit der Organmitgliedschaft.....	223
3. Zur Registereintragung, insbesondere angesichts § 121 Abs. 2 S. 2 AktG.....	223
a) Das Verhältnis der Lehre vom fehlerhaften Organ zu § 121 Abs. 2 S. 2 AktG.....	224
b) Zur Registereintragung als Voraussetzung für die Lehre vom fehlerhaften Organ.....	227
c) § 121 Abs. 2 S. 2 AktG und die Einberufung durch nicht eingetragene Organwalter.....	228
d) Zusammenfassung zur Registereintragung und § 121 Abs. 2 S. 2 AktG.....	229
4. Zum Vollzug als Voraussetzung der Lehre vom fehlerhaften Organ.....	230
a) Der Zeitpunkt des Vollzugs nach herrschender Ansicht.....	230
b) Zum Vollzug als Voraussetzung.....	231
II. Die Einschränkungen der Lehre vom fehlerhaften Organ.....	234
1. Zur Kenntnis der Fehlerhaftigkeit.....	234
2. Entgegenstehende gewichtige Interessen.....	235
a) Zu Verstößen gegen die guten Sitten und gegen allgemeine Verbotsgesetze.....	236
aa) Verstöße gegen die guten Sitten, insbesondere Firmenbestattungen.....	236
bb) Verstöße gegen allgemeine Verbotsgesetze.....	239
b) Zu Verstößen gegen spezifische Verbote der Organmitgliedschaft.....	241
c) Die Organmitgliedschaft besonders schutzbedürftiger Personen.....	244
aa) Der Schutz Geschäftsunfähiger.....	245
bb) Der Schutz beschränkt Geschäftsfähiger und Betreuer.....	246
d) Die Übertragung auf die gerichtliche Bestellung.....	250
aa) Der Ausgangspunkt.....	250
bb) Insbesondere zur Bestellung amtsunwürdiger Personen.....	251

3. Zusammenfassung zu den Einschränkungen der Lehre vom fehlerhaften Organ.....	253
III. Die Folgen der Lehre vom fehlerhaften Organ.....	254
1. Die Beendigung der fehlerhaften Organmitgliedschaft.....	254
a) Die Abberufung bei rechtsgeschäftlicher Bestellung.....	255
b) Die Abberufung bei gerichtlicher Bestellung.....	257
2. Die Rechte und Pflichten während der fehlerhaften Organmitgliedschaft.....	258
3. Zur gerichtlichen Bestellung und Führungslosigkeit bei fehlerhafter Organmitgliedschaft.....	260
a) Zur gerichtlichen Bestellung bei fehlerhafter Organmitgliedschaft.....	260
b) Zur Führungslosigkeit des Verbands bei fehlerhafter Organmitgliedschaft.....	262
D. Zusammenfassung der Lehre vom fehlerhaften (Leitungs-)Organ.....	265
Vierter Teil: Andere fehlerhafte Organe.....	267
§ 11 <i>Der Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft</i>	267
A. Die Erweiterung der Lehre vom fehlerhaften Organ.....	268
I. Zum Ausschluss der Lehre vom fehlerhaften Organ durch §§ 250 ff., 96 Abs. 2 S. 6 AktG.....	272
II. Die Rückabwicklungsschwierigkeiten bei fehlerhafter Organmitgliedschaft.....	275
1. Die Primär- und Sekundärpflichten gegenüber dem Verband.....	276
a) Wesentliche Pflichten und die Problematik bei fehlerhafter Organmitgliedschaft.....	276
b) Zur besonderen Lösung durch anderweitige Begründung von Pflichten.....	278
2. Der Vergütungsanspruch des Aufsichtsratsmitglieds.....	280
3. Die Vertretung der Aktiengesellschaft im Außenverhältnis.....	282
4. Das Handeln im Innenverhältnis.....	284
a) Die Bestellung von Vorstandsmitgliedern.....	287
b) Die Vorbereitung von Hauptversammlungen und Hauptversammlungsbeschlüssen.....	288
aa) Die Beschlussvorschläge des Aufsichtsrats.....	289
bb) Die Einberufung der Hauptversammlung.....	292
c) Die Feststellung des Jahresabschlusses.....	295
aa) Grundlagen und die Problematik bei fehlerhafter Organmitgliedschaft.....	295
bb) Zur besonderen Lösung durch § 256 Abs. 6 AktG.....	296

d) Zusammenfassung zum Handeln im Innenverhältnis.....	298
5. Zusammenfassung der Rückabwicklungsschwierigkeiten bei fehlerhafter Organmitgliedschaft.....	298
III. Zum Ausschluss von Rückabwicklungsschwierigkeiten.....	299
1. Zur erneuten Bestellung und zum Bestätigungsbeschluss.....	299
2. Zur gerichtlichen Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern.....	301
a) Die Wege zu einer gerichtlichen Bestellung.....	302
aa) Die aufschiebend oder auflösend bedingte Bestellung	303
bb) Die unbedingte Bestellung analog § 104 AktG.....	304
cc) Die Kritik zur Bestellung ohne vorige Amtsniederlegung.....	305
b) Stellungnahme.....	306
aa) Zur gerichtlichen Bestellung ohne Amtsniederlegung	306
bb) Das Verhältnis der gerichtlichen Bestellung zur Lehre vom fehlerhaften Organ.....	309
IV. Zusammenfassende Bewertung.....	310
B. Die Voraussetzungen, Einschränkungen und Folgen der Lehre vom fehlerhaften Organ.....	312
I. Die Voraussetzungen der Lehre vom fehlerhaften Organ.....	312
1. Der Tatbestand der Bestellung.....	312
2. Die Fehlerhaftigkeit der Organmitgliedschaft.....	313
II. Die Einschränkungen der Lehre vom fehlerhaften Organ.....	314
1. Zu gewichtigen Interessen der Allgemeinheit.....	315
2. Die Organmitgliedschaft besonders schutzbedürftiger Personen.....	318
3. Die Übertragung auf die gerichtliche Bestellung.....	318
III. Die Folgen der Lehre vom fehlerhaften Organ.....	319
C. Zusammenfassung zum fehlerhaft eingerichteten Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft.....	321
§ 12 Weitere Organe.....	322
Fünfter Teil: Zusammenfassung.....	327
§ 13 Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung.....	327
Literaturverzeichnis.....	337
Sachregister.....	367

Erster Teil

Einführung

§ 1 Gegenstand, Grund und Gang der Untersuchung

Diese Arbeit widmet sich der Frage, inwieweit und wieso gekorene, also bestellte Organmitglieder als solche zu behandeln sind, obwohl sie ihr Amt nach allgemeinen Regelungen de iure nicht bekleiden. Im Mittelpunkt der Diskussion hierzu stehen seit kürzerem vor allem Aufsichtsratsmitglieder.¹ Insbesondere wenn deren Wahl auf eine erfolgreiche Anfechtungsklage hin für nichtig erklärt wird, verlieren sie im Ausgangspunkt rückwirkend die Rechtsmacht, Rechte und Pflichten, die mit ihrer Stellung einhergingen.² Dass dies für die Zeit zwischen der Bestellung und der rechtskräftigen Nichtigerklärung problematisch ist, liegt auf der Hand.³ Da kein gerichtliches Freigabeverfahren für eine potenziell fehlerhafte Wahl besteht, folgt hieraus nicht zuletzt mittelbar die Gefahr missbräuchlicher Klagen, die die aktuelle Entwicklung zu einem erheblichen Teil beeinflusst hat.⁴ Vor diesem Hintergrund hatten in jüngerer Zeit weite Teile der Literatur und Rechtsprechung dafür plädiert, die fehlerhafte Mitgliedschaft im Aufsichtsrat einstweilig als wirksam anzuerkennen.⁵ Wider Erwarten⁶ widersprach der zweite Zivilsenat des Bundesgerichtshofs dem jedoch in BGHZ 196, 195.⁷

¹ Vgl. hier nur *Friedrichs*, Folgen der fehlerhaften Bestellung, S. 11; *Schürnbrand*, NZG 2013, 481, 482; in jüngerer Zeit aber monographisch zur Lehre vom fehlerhaften Organ anhand des GmbH-Geschäftsführers *Gimmler*, Fehlerhaftes Organverhältnis.

² Vgl. unten im Einleitungstext zu § 11 A m.N. in § 11 Fn. 15 und § 11 Fn. 22.

³ Vgl. ausführlich unten § 11 A II.

⁴ Besonders deutlich *Illner*, Fehlerhafte Bestellung, S. 24 f., S. 83 ff.; *Lieder*, ZHR 178 (2014), 282, 283 f.; *Linden*, EWiR 2011, 201, 201; vgl. daneben m.w.N. *Bayer*, NZG 2013, 1, 14 f.; *Brock*, NZG 2014, 641, 641 f.; *Cziupka/Pitz*, NJW 2013, 1539, 1539; *Florstedt*, NZG 2014, 681, 682; *Friedrichs*, Folgen der fehlerhaften Bestellung, S. 13; *Happ*, in: FS Hüffer, 293, 293 f.; *Kocher*, NZG 2007, 372, 372; *ders.*, BB 2013, 1170, 1170; *Marsch-Barner*, in: FS Schmidt, 1109, 1109 f.; *Priester*, GWR 2013, 175, 175; kritisch *E. Vetter*, ZIP 2012, 701, 701.

⁵ V.a. im Anschluss an *Schürnbrand*, Organschaft, S. 286 ff.; *ders.*, NZG 2008, 609, 609 ff.; vgl. unten im Einleitungstext zu § 11 A m.w.N. in § 11 Fn. 23 f.

⁶ V.a., da der Senat in BGH, NJW-RR 2012, 106 zuvor für den besonderen Vertreter in diese Richtung entschieden hatte (dazu unten § 12); vgl. *Bayer/Lieder*, NZG 2012, 1, 9.

⁷ BGHZ 196, 195, Rn. 17 ff.

Diese Entscheidung wurde bereits in einer Vielzahl von Veröffentlichungen kritisch gewürdigt,⁸ in die sich die vorliegende Arbeit nicht ohne weiteres einreihen soll. Offensichtlich und anerkanntermaßen ist die zugrunde liegende Problematik nicht auf den Aufsichtsrat beschränkt. So entschied schon 1876 das Reichsoberhandelsgericht, dass fehlerhaft bestellte, aber in das Handelsregister eingetragene Vorstandsmitglieder Aktiengesellschaften wirksam vertreten. Dafür verwies es auch darauf, dass diese „nicht unvertreten sein dürfen“.⁹ In dieser Erwägung äußert sich die allgemeine Problematik, dass jedwede Verbände erst durch ihre Organe am Rechtsverkehr teilnehmen können.¹⁰ Sind jene fehlerhaft eingerichtet, so droht die Unwirksamkeit einer Vielzahl für den Verband vorgenommener Rechtshandlungen und spiegelbildlich dessen Handlungsunfähigkeit.¹¹ Die herrschende Ansicht geht daher davon aus, dass fehlerhaft bestellte, aber amtierende Mitglieder von Leitungsorganen nach der Lehre vom fehlerhaften Organ vorläufig als wirksam bestellt gelten.¹² Allerdings hat der Senat letztlich auch dies mit seiner Entscheidung zum Aufsichtsrat infrage gestellt.¹³ Denn in dieser wies er für fehlerhaft bestellte Vorstandsmitglieder obiter nicht auf die Lehre vom fehlerhaften Organ¹⁴ hin, sondern auf die „Grundsätze über die fehlerhafte Bestellung“.¹⁵ Dieselben „Grundsätze“ sollen im Aufsichtsrat aber keine einstweilig wirksame Mitgliedschaft, sondern nur die Anwendung einzelner Regelungen begründen.¹⁶ Damit gibt die Entscheidung in BGHZ 196, 195 mittelbar auch Anlass, die Lehre vom fehlerhaften Organ grundlegend zu betrachten. Die vorliegende Untersuchung stellt dementsprechend nicht die fehlerhafte Bestellung in den Aufsichtsrat in den Vordergrund, sondern die Lehre vom fehlerhaften Organ als verbandsrechtliches Prinzip. Insbesondere setzt sie sich mit dessen sachlicher Rechtfertigung und dogmatischer Begründung kritisch auseinander.

⁸ Hier seien nur *Doetsch*, Fehlerhaftes Organ; *Friedrichs*, Folgen der fehlerhaften Bestellung; *Illner*, Fehlerhafte Bestellung als jüngste Monographien genannt (zu diesen auch sogleich im Haupttext); vgl. unten im Einleitungstext zu § 11 A m.w.N. in § 11 Fn. 29.

⁹ ROHGE 20, 207, 210.

¹⁰ Vgl. dazu genauer m.N. unten § 3 A I 1.

¹¹ Vgl. insbesondere unten § 8 und § 11 A II.

¹² Vgl. hier nur *Schürnbrand*, Organshaft, S. 268; genauer m.w.N. unten im Einleitungstext zum dritten Teil.

¹³ So der Diskussionsbeitrag von *C. Schäfer* nach *Cloppenburg*, in: VGR 2013, 151, 152; anders die Entgegnung von *Rieckers* nach *Cloppenburg*, in: VGR 2013, 151, 155.

¹⁴ Die in BGHZ 196, 195, Rn. 18, Rn. 24 zwar als „Lehre vom faktischen Organ“ (vgl. dazu sogleich § 2), aber doch neben den hier im Haupttext zitierten „Grundsätzen“ angesprochen wird.

¹⁵ BGHZ 196, 195, Rn. 24.

¹⁶ BGHZ 196, 195, Rn. 19: „Für Pflichten, Haftung und Vergütung ist anerkannt, dass die Grundsätze der fehlerhaften Bestellung auf den Aufsichtsrat anwendbar sind“.

Dasselbe Anliegen verfolgte bereits vor längerem *U. Stein* in ihrer grundlegenden Monographie „Das faktische Organ“.¹⁷ Unabhängig von der nunmehr Anlass gebenden Entscheidung des zweiten Zivilsenats ist jedoch der Fortschritt der verbandsrechtlichen Dogmatik Grund für eine Neubewertung. Den Boden hierfür haben in jüngerer Zeit insbesondere *C. Schäfer* mit einer grundlegenden Habilitationsschrift zum fehlerhaften Verband¹⁸ und *Schürnbrand* mit einer solchen zur Organschaft im privaten Verbandsrecht¹⁹ bereitet. Tatsächlich finden sich hier wie dort auch aktuellere Erörterungen der Lehre vom fehlerhaften Organ. Dabei weist *C. Schäfer* auf deren Eigenständigkeit gegenüber der Lehre vom fehlerhaften Verband hin,²⁰ während *Schürnbrand* in jener die dogmatische Grundlage der Lehre vom fehlerhaften Organ sieht.²¹ Letzterem hat sich der Großteil der Literatur inzwischen mehr oder weniger deutlich angeschlossen.²²

In diese Richtung gehen insbesondere auch jüngere Dissertationen, die zuletzt bereits die fehlerhafte Organmitgliedschaft zum Thema hatten. So verweist *Nadwornik* in seiner rechtsvergleichenden Arbeit für die dogmatische Begründung der Lehre vom fehlerhaften Organ auf die Lehre vom fehlerhaften Verband.²³ Zu nennen ist weiter die Untersuchung von *Doetsch*, der sich primär ausführlich mit der Entscheidung des zweiten Zivilsenats in BGHZ 196, 195 auseinandersetzt.²⁴ Dabei legt er mit der herrschenden Ansicht eine „untrennbare Verbindung“ zwischen der Lehre vom fehlerhaften Organ und der vom fehlerhaften Verband zugrunde, um die vom Senat für fehlerhaft bestellte Aufsichtsratsmitglieder aufgestellten Grundsätze auf Gesellschafterbeschlüsse in Personengesellschaften zu übertragen.²⁵ Daneben ist auf die Untersuchung von *Friedrichs* hinzuweisen. Diese plädiert vordergründig allein dafür, die Lehre vom fehlerhaften Organ entgegen BGHZ 196, 195 auf Aufsichtsratsmitglieder anzuwenden.²⁶ Hierbei legt sie aber einen Schwerpunkt darauf, dies dogmatisch zu begründen und geht mit der herrschenden Ansicht davon aus, dass die Lehre vom fehlerhaften Organ eine Erweiterung der Lehre vom fehlerhaften Verband sei.²⁷ Zu diesem Ergebnis kommt auch *Gimmler* in ihrer Untersuchung der Lehre vom fehlerhaften Organ anhand des fehler-

¹⁷ *U. Stein*, Das faktische Organ (erschienen 1985).

¹⁸ *C. Schäfer*, Fehlerhafter Verband (erschienen 2002).

¹⁹ *Schürnbrand*, Organschaft (erschienen 2007).

²⁰ *C. Schäfer*, Fehlerhafter Verband, S. 481 ff. (anders indes für die Selbstorganschaft a.a.O., S. 473 ff.).

²¹ *Schürnbrand*, Organschaft, S. 267 ff. (so insbesondere prägnant auf S. 273 f.).

²² Vgl. m.N. unten im Einleitungstext zum dritten Teil und unter § 10 B I 4 a.

²³ *Nadwornik*, De facto directors, S. 50 ff. (erschienen 2013).

²⁴ *Doetsch*, Fehlerhaftes Organ, S. 88 ff. (erschienen 2015).

²⁵ *Doetsch*, Fehlerhaftes Organ, S. 152 ff., wörtliches Zitat von S. 158.

²⁶ *Friedrichs*, Folgen der fehlerhaften Bestellung, passim (erschienen 2016).

²⁷ *Friedrichs*, Folgen der fehlerhaften Bestellung, S. 67 ff.

haft bestellten GmbH-Geschäftsführers.²⁸ Schließlich ist die Arbeit von *Illner* zu nennen, der die Problematik der fehlerhaften Bestellung in den Aufsichtsrat angesichts BGHZ 196, 195 de lege ferenda lösen will.²⁹ Als de lege lata denkbaren Lösungsansatz diskutiert und verwirft *Illner* dabei insbesondere auch die Lehre vom fehlerhaften Organ und verweist zu deren Begründung wie die zuletzt Genannten auf die Lehre vom fehlerhaften Verband.³⁰

Nicht nur der Ansatz von *U. Stein*, sondern auch die jüngere Verknüpfung der Lehre vom fehlerhaften Organ mit der Lehre vom fehlerhaften Verband bedürfen indes einer Neubewertung. Zum einen wird das Wesen der den Lehren jeweils zugrunde liegenden Problematik nicht stets überzeugend gewürdigt. Zum anderen wird bisher nicht hinreichend berücksichtigt, dass die fehlerhafte Bestellung durch den Verband nur eine der Möglichkeiten ist, wie eine fehlerhafte Organmitgliedschaft entstehen kann. Namentlich die gerichtliche Bestellung von Organwaltern zeigt den Weg zur Begründung der Lehre vom fehlerhaften Organ und wurde in bisherige Untersuchungen nicht einbezogen.

Um dies entfalten zu können, geht die vorliegende Arbeit nach einer kurzen Begriffsklärung³¹ ausführlich im zweiten Teil auf ihre Grundlagen ein. Dabei wird zu Beginn in § 3 das Wesen der Organmitgliedschaft anhand des funktionell-institutionellen Organbegriffs dargelegt und gezeigt, wie Personen zu Organwaltern werden können. Der folgende § 4 widmet sich der fehlerhaften Gestaltung privater Rechtsverhältnisse. Im Schwerpunkt werden fehlerhafte Rechtsgeschäfte behandelt. Hierbei stehen vor allem die sachliche Rechtfertigung sowie die dogmatische Begründung der Lehre vom fehlerhaften Verband im Vordergrund, bevor fehlerhafte Beschlüsse in der freiwilligen Gerichtsbarkeit erörtert werden.

Auf dieser Basis setzt sich die Arbeit sodann mit der fehlerhaften Organmitgliedschaft gekorener Organwalter auseinander. Gegenstand der Untersuchung sind dabei zunächst im dritten Teil Leitungsorgane fremdorganschaftlich verfasster Verbände. Da bei jenen zwischen dem Anstellungs- und Bestellungsverhältnis unterschieden wird, werden eingangs in § 5 diese Rechtsverhältnisse erörtert und sodann in § 6 Parallelen zwischen der fehlerhaften Anstellung und der fehlerhaften Organmitgliedschaft abgelehnt. Nachdem in § 7 auch eine „Heilung“ der fehlerhaften Organmitgliedschaft durch eine konkludente Bestellung verworfen wird, werden in § 8 ausführlich die als Rückabwicklungsschwierigkeiten zusammengefassten wesentlichen Probleme der fehlerhaften Organmitgliedschaft untersucht. Daraufhin wird in § 9 dargestellt, wie diese vor allem durch und bei einer gerichtlichen Bestellung für die

²⁸ *Gimmler*, Fehlerhaftes Organverhältnis, S. 146 ff., S. 174 f. (erschienen 2016).

²⁹ *Illner*, Fehlerhafte Bestellung, passim, S. 278 ff. (erschienen 2017).

³⁰ *Illner*, Fehlerhafte Bestellung, S. 212 ff.

³¹ Sogleich in § 2.

Zukunft und Vergangenheit ausgeschlossen werden können. Insbesondere wird gezeigt, dass die herrschende Ansicht für das Wohnungseigentumsrecht bereits Parallelen zwischen der fehlerhaften gerichtlichen Bestellung und einer solchen durch die Wohnungseigentümergeinschaft zieht.

Auf Grundlage der bis dahin herausgearbeiteten Erkenntnisse wird sodann in § 10 unter A und B ein eigenständiges Prinzip der Lehre vom fehlerhaften Organ entwickelt und dabei nicht zuletzt von der Lehre vom fehlerhaften Verband abgegrenzt. Im Anschluss daran werden unter C die Voraussetzungen, Einschränkungen und Folgen der Lehre vom fehlerhaften Organ konkretisiert.

Der folgende vierte Teil der Arbeit widmet sich daraufhin der Erweiterung der Lehre vom fehlerhaften Organ. Um den Kreis zum unmittelbaren Anlass der Untersuchung zu schließen, wird dabei zuvorderst in § 11 die Lehre vom fehlerhaften Organ auf den Aufsichtsrat erstreckt, wobei vor allem die BGHZ 196, 195 zugrunde liegenden Thesen gewürdigt werden. Nachdem darauf in § 12 knapp die Übertragung der Lehre vom fehlerhaften Organ auf weitere Organe erörtert wird, werden im abschließenden fünften Teil der Untersuchung deren wesentliche Ergebnisse in § 13 zusammengefasst.

§ 2 Der Begriff des fehlerhaften Organs

Nicht selten wurde und wird (auch) vom faktischen Organ gesprochen, wenn Organwähler fehlerhaft bestellt wurden.³² Symptomatisch dafür setzte sich der zweite Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der Anlass für die vorliegende Arbeit gebenden Entscheidung mit der Frage auseinander, ob bei Aufsichtsratsbeschlüssen die Stimmen fehlerhaft bestellter Aufsichtsratsmitglieder nach der „Lehre vom faktischen Organ“ wie solche wirksam bestellter Mitglieder zu behandeln seien.³³ Das muss angesichts der heutigen Dogmatik überraschen,³⁴ da Lehren faktischer Vertragsverhältnisse im Verbandsrecht

³² Vgl. nur aus der jüngeren Literatur *Dinkhoff*, Faktischer Geschäftsführer, S. 19 f., auf S. 183 f. auch ausdr. gegen unterschiedliche Behandlung; *Goette*, Die GmbH, § 8 Rn. 7; *Jacoby*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 35 Rn. 11, Rn. 19; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Vor § 35 Rn. 11 f.; *Reichert*, Hdb Vereinsrecht, Rn. 1189, Rn. 2228 f.; *Römermann*, in: Michalski, GmbHG, § 49 Rn. 20 ff.; *Schöpfli*, in: BeckOK BGB, § 27 Rn. 7; *Tebben*, in: Michalski, GmbHG, § 6 Rn. 96.

³³ BGHZ 196, 195, Rn. 18; dies, obwohl die Vorinstanz noch von der „Lehre vom fehlerhaft bestellten Organ“ gesprochen hatte (OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.1.2012 – 6 U 168/10, juris, Rn. 41, Rn. 43; vgl. BGHZ 196, 195, Rn. 5 f.).

³⁴ Auch insow. kritisch zum Urteil *Doetsch*, Fehlerhaftes Organ, S. 101; *Lieder*, ZHR 178 (2014), 282, 295; deutlich zuvor schon *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG (16. Aufl.), § 43 Rn. 1a f.: „Apostrophierung als faktisch inzwischen verpönt“. Allerdings hat sich in der Rspr. des II. Zivilsenats des BGH auch jdf. der Begriff der faktischen Gesellschaft länger gehalten (*C. Schäfer*, Fehlerhafter Verband, S. 120 mit Fn. 112), vgl. 1964

und allgemein seit langem überwunden sind.³⁵ Selbst wenn man aber eine besondere Lehre mit Parallelen hierzu begründen will, ist der Begriff des faktischen Organs zu ungenau. Denn so werden zwei völlig unterschiedliche Sachverhalte vermischt, nämlich die Tätigkeit eines zumindest tatsächlich bestellten Organwalters mit der eines „Organwalters“, die jeder Grundlage entbehrt.³⁶ Schon der fünfte Strafsenat des Reichsgerichts urteilte richtig, dass sich solche Fälle „wesentlich“ unterscheiden.³⁷ Zu Recht trennt vor diesem Hintergrund die aktuelle Literatur überwiegend streng zwischen fehlerhaften und faktischen Organen.³⁸

Im Übrigen scheint aber selbst das nicht ganz treffend. Denn nach dem bereits angesprochenen funktionell-institutionellem Organbegriff ist zwischen dem Organ als Institution und den Organwaltern als dessen Mitgliedern zu unterscheiden.³⁹ Auf dieser Basis würde man als fehlerhafte Organe auf den ersten Blick durch Satzung oder Satzungsänderung fehlerhaft errichtete Orga-

BGH, LM § 105 HGB, 19, I 2 a: „faktische, besser fehlerhafte Gesellschaft“; u.a. nach *Fischer*, LM § 105 HGB, 19, Anm.; *K. Schmidt*, AcP 186 (1986), 421, 422 Fn. 4, 423 Fn. 10 klarstellender Begriffswechsel; nach *Flume*, AT I/1 – Personengesellschaft, § 2 III (S. 14 ff.) damit erst Lehre aufgegeben. Auch sonst ist man begrifflich noch immer nicht durchgängig von den faktischen Rechtsverhältnissen abgekommen (*C. Schäfer*, Fehlerhafter Verband, S. 94), vgl. nur BAGE 138, 9, Rn. 42; BGH, NJW 1983, 748, 748; OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.4.2011 – 9 U 22/10, juris, Rn. 17, Rn. 21 f.; *Hartmann*, Insolvenzantragspflicht, S. 21 ff.

³⁵ Vgl. allgemein m.w.N. *Bork*, AT BGB, Rn. 744; *Medicus/Petersen*, AT BGB, Rn. 244 ff.; *Wolf/Neuner*, AT Bürgerliches Recht, § 37 Rn. 44 ff.; zur Lehre von der faktischen Gesellschaft unten § 4 A II 2 a cc 1.

³⁶ Vgl. *Schürnbrand*, Organschaft, S. 267.

³⁷ RGSt 71, 112, 113; letztlich bejahte das RG die Strafbarkeit zweier als Geschäftsleiter tätiger Prokuristen für ein Geschäftsführer-Sonderdelikt über das Analogiegebot des § 2 II StGB a.F. (1935–1946).

³⁸ In der Sache früh schon *K. Schmidt*, in: FS Rebmann, 419, 423 f.; anders spricht aber für beide Fälle von faktischen Organen *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 14 III 4 a (S. 419 f.) (dort in Anführungszeichen); *ders.*, in: Scholz, GmbHG (11. Aufl.), § 64 Rn. 153 f. (dort z.T. als „sog.“). Vgl. daneben für die Trennung (mit im Detail unterschiedlichen Formulierungen, die teils auch die sogleich im Haupttext folgenden Ausführungen berücksichtigen) *A. Arnold*, in: MüKo BGB, § 27 Rn. 48 ff.; *Doetsch*, Fehlerhaftes Organ, S. 67 f.; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 180 ff.; *Friedrichs*, Folgen der fehlerhaften Bestellung, S. 18 ff.; *Gimmler*, Fehlerhaftes Organverhältnis, S. 36 f.; *Habersack*, in: MüKo AktG, § 101 Rn. 68 ff.; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 228 f.; *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, § 15 III 6 (S. 211); *Oetker*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 35 GmbHG Rn. 10 f.; *Sandhaus*, Kreditgeber, S. 30 ff.; *Schürnbrand*, Organschaft, S. 267; *Sorge*, Haftung faktischer Geschäftsleiter, S. 32 f.; *Spindler*, in: MüKo AktG, § 93 Rn. 15 ff.; *M. Weber*, in: Hölters, AktG, § 84 Rn. 29 ff.; *Weick*, in: Staudinger, BGB (13. Bearb.), § 27 Rn. 21; *Wiesner*, in: MüHdb GesR IV – AG, § 20 Rn. 38 ff.; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 18 ff.

³⁹ Vgl. ausführlich m.N. unten § 3 A, insbesondere § 3 A II.

ne bezeichnen.⁴⁰ Tatsächlich fällt der Begriff des fehlerhaften Organs aber regelmäßig im Zusammenhang mit der fehlerhaften Einrichtung eines Organs, das heißt der fehlerhaften Einsetzung von Organwaltern. In Kollektivorganen macht zwar die fehlerhafte Einsetzung eines einzelnen Organwalters nach allgemeiner Rechtsgeschäfts- und Beschlusslehre nicht notwendig sämtliche Handlungen des Organs fehlerhaft.⁴¹ Unabhängig von den weiteren rechtlichen Konsequenzen der fehlerhaften Einsetzung ist das Organ indes selbst insofern fehlerhaft, als es fehlerhaft eingerichtet ist. Zudem soll die Lehre vom fehlerhaften Organ nicht zuletzt pathologische Fälle entschärfen, in denen sich eine fehlerhafte Einsetzung ausgewirkt hat. Daher wird der Begriff des fehlerhaften Organs hier als griffiges Schlagwort für die Lehre vom fehlerhaften Organ verwendet.⁴² Von einem fehlerhaft *bestellten* Organ⁴³ sollte im Rahmen des funktionell-institutionellen Organbegriffs dagegen nicht gesprochen werden, da nur Organwalter (fehlerhaft) bestellt werden können.

⁴⁰ Vgl. dazu C. Schäfer, Fehlerhafter Verband, S. 483.

⁴¹ Vgl. unten § 4 A II 1 b.

⁴² Begrifflich ebenso m.w.N. Doetsch, Fehlerhaftes Organ, S. 67 (um fehlerhafte Abberufung zu erfassen). I.Ü. ist die Unterscheidung zwischen Organwalter und Organ zwar im Wesentlichen anerkannt, wird aber auch sonst begrifflich nicht immer durchgehalten (vgl. unten § 3 Fn. 55).

⁴³ So etwa OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.1.2012 – 6 U 168/10, juris, Rn. 41, Rn. 43; Friedrichs, Folgen der fehlerhaften Bestellung, S. 18; Hüttemann/Herzog, in: Non Profit Law Yearbook 2006, 33, 34; R. Werner, WM 2014, 2207, 2207; ganz ähnlich Paefgen, in: Ulmer, GmbHG, § 6 Rn. 42 f.

Zweiter Teil

Grundlagen

§ 3 Organe in privaten Verbänden

A. Der funktionell-institutionelle Organbegriff

Um eine Grundlage für die Begründung der Lehre vom fehlerhaften Organ zu legen, sind zuvorderst Ausführungen zur fehlerfreien Organmitgliedschaft, also zu Organen als solchen erforderlich. Dementsprechend wird folgend der funktionell-institutionelle Organbegriff erörtert, der im Anschluss an das öffentliche Recht¹ in jüngerer Zeit auch für das private Verbandrecht überwiegend zugrunde gelegt wird.²

I. Der funktionelle Organcharakter: die Überwindung von Handlungsunfähigkeit

1. Die wesentliche Funktion von Organen

Private Verbände sind Organisationen, die durch ein privatrechtliches Statut³ verfasst sind, einen Zweck verfolgen und auf Mitgliedschaft beruhen, gegenüber ihren Mitgliedern aber verselbstständigt sind.⁴ Einen entscheidenden Punkt der Verselbstständigung gegenüber ihren Mitgliedern erreichen dabei rechtsfähige Verbände. Diese sind Träger eigener Rechte und Pflichten und verfolgen ihren Zweck als eigenständig am Rechtsverkehr teilnehmende Subjekte.⁵ Dafür ist es erforderlich, Willen und Wissen zu bilden, sowie entspre-

¹ Grundlegend insoweit *H. J. Wolff*, Organschaft II, S. 224 ff.

² Vgl. genauer sogleich; grundlegend *Schürnbrand*, Organschaft, passim, insb. S. 41 ff.

³ Mit *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, § 3 II 1 a (S. 159 f.) als Oberbegriff für Gesellschaftsvertrag und Satzung; vgl. auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 5 I (S. 75 ff.).

⁴ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 7 I 1 b (S. 168), ausführlich § 7 I (S. 167 ff.). Vgl. *Habersack*, Mitgliedschaft, S. 16 ff.; *Kleindiek*, Deliktshaftung, S. 165; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, § 1 I 1 (S. 3 f.); enger (Verband = Körperschaft) z.B. *Reuter*, in: MüKo BGB, Vor § 21 Rn. 53; weiter (politikwissenschaftlich) z.B. *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, § 5 III (S. 37 ff.). Vgl. auch § 2 I VereinsG. I.Ü. werden Wohnungseigentümergeinschaften heute weit überwiegend als teilrechtsfähiger Verband eigener Art angesehen; aufgrund ihrer Besonderheiten sind sie hier aber von der Untersuchung grundsätzlich ausgeklammert (vgl. m.N. unten § 9 B III).

chend rechtsgeschäftlich und tatsächlich handeln zu können, mit anderen Worten willens- und handlungsfähig zu sein.⁶

Verbände sind dies als Organisationen jedoch ohne weiteres nicht. Für als juristische Personen verfasste Verbände liegt das auf der Hand und entspricht bereits dem Erkenntnisstand des 19. Jahrhunderts: Rechtliche Konstrukte haben keine eigenen kognitiven und motorischen Fähigkeiten, sie sind insofern auch nicht selbst handlungsfähig.⁷

Aber auch rechtsfähige Verbände, die keine juristische Person sind, sind per definitionem eigenständige Rechtssubjekte gegenüber der Gesamtheit ihrer Mitglieder. Sie müssen konsequenterweise im Rechtsverkehr von diesen unabhängig und insbesondere einheitlich wollen und handeln.⁸ Daher sind Willen, Wissen und Handlungen auch der Gesamtheit ihrer Mitglieder nicht ohne weiteres ihr Willen, ihr Wissen und ihre Handlungen; auch ihre Handlungsfähigkeit beruht auf Organen.⁹ Wenn die Verbandsverfassung hierfür auf die Verbandsmitglieder abstellt, so geht es nicht um mitgliedschaftliches, sondern um organschaftliches Handeln.¹⁰ Nicht rechtsfähige Innengesellschaften müssen und können andererseits gerade mangels hinreichender Verselbstständigung keine eigene natürliche Handlungsunfähigkeit überwinden; sie bedürfen also keiner Organe, ihre Mitglieder treten lediglich als solche, allenfalls im Außenverhältnis als Vertreter für andere Mitglieder auf.¹¹

⁵ Vgl. nur *Mansel*, in: Jauernig, BGB, Vor § 21 Rn. 1; *Reuter*, in: MüKo BGB, Vor § 21 Rn. 7 ff.

⁶ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 10 I 1 a (S. 247).

⁷ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 10 I 2 c (S. 250 ff.); *Schürnbrand*, Organschaft, S. 9 ff.; dort jeweils auch schon zur dementsprechenden Interpretation von *Gierke*. Genauer unten § 3 A I 2.

⁸ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 10 I 1 a (S. 247), § 10 I 3 (S. 253 f.). Vgl. zur juristischen Person nachdrücklich *Savigny*, System II, § 90 (S. 283).

⁹ *Andreas Bergmann*, Fremddorganschaftlich verfasste Gesellschaft, S. 66 f.; *C. Schäfer*, in: MüKo BGB, § 705 Rn. 255; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 10 I 3 (S. 253 f.), missverständlich § 16 I 1 (S. 450); *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, § 8 III 2 a (S. 719); vgl. *A. Arnold*, in: MüKo BGB, § 31 Rn. 10; a.A. *Beuthien*, NJW 1999, 1142, 1145 f.; *ders.*, NJW 2005, 855, 857; *Schöpflin*, Nichtrechtsfähiger Verein, S. 16 f.

¹⁰ Vgl. *Andreas Bergmann*, in: jurisPK BGB, § 709 Rn. 3; *Flume*, AT I/1 – Personengesellschaft, § 10 I (S. 131); *Habersack*, in: Staub, HGB, § 125 Rn. 4; *Hadding/Kießling*, in: Soergel, BGB, § 714 Rn. 3, Rn. 7; *Joos*, Organschaft und Vertretung, S. 62 f.; *C. Schäfer*, in: MüKo BGB, § 705 Rn. 255 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 10 I 3 (S. 253 f.); *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 146, § 714 Rn. 2; *Schürnbrand*, Organschaft, S. 12 ff., S. 48, S. 123; *Ulmer*, in: FS Fischer, 785, 789 f.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, § 4 I 1 d (S. 296); insow. auch *Schöpflin*, Nichtrechtsfähiger Verein, S. 16 f., der aber dennoch bei Personengesellschaften keine Organe sieht; zurückhaltender *Beuthien*, NJW 1999, 1142, 1145 f.: „organgleich“; *ders.*, NJW 2005, 855, 857. Genauer ist das Handeln der Verbandsmitglieder dann Handeln als Organwalter (ausführlich unten § 3 A II 2).

¹¹ Vgl. *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 133, Rn. 159 f.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, § 4 I 1 d (S. 296).

Sachregister

Abberufung

- eines Aufsichtsratsmitglieds 320 f.
 - eines Vorstandsmitglieds 188, 255 f., 288
 - gerichtliche 257, 321
 - Pflicht zur 259, 320 f.
 - rechtsgeschäftliche 255 f.
- Amtsniederlegung 255, 260, 303, 305 ff., 320
- Pflicht zur 259, 320 f.

Amtszeit, Tätigkeit nach Ende 216 ff., 314

Anfechtungsklage

- aktienrechtliche 42 f.
- gegen Aufsichtsratswahlen 269, 272 ff., 296 ff., 302 f., 306 ff.
- missbräuchliche 1, 269, 307
- WEG-rechtliche 177

Anstellung, fehlerhafte 92 ff.

Anstellungsverhältnis 86 f., 268

Anteilsübertragung 76 f., 196 f.

Auflösung des Verbands 49 ff., 79 f., 244

Aufsichtsorgan (Begriff) 13 f.

Aufsichtsrat (s.a. bei einzelnen Maßnahmen)

- Beschlüsse 284 ff.
- Beschlussvorschläge 289 ff.
- Bestellung von Vorstandsmitgliedern 287 f.
- Billigung des Jahresabschlusses 295 ff.
- Einberufung der Hauptversammlung 292 ff.
- fakultativer 15, 323 f.
- Handeln im Innenverhältnis 284 ff.
- in der eG 322
- in der KGaA 322
- in der mitbestimmten GmbH 322
- Lehre vom fehlerhaften Organ
 - Ausschluss durch spezielle Fehlerregelungen 272 ff.

- Bedarf 275 ff.

- Einschränkungen (s. im Einzelnen bei Lehre vom fehlerhaften Organ, Einschränkungen) 314 ff.

- Folgen (s. im Einzelnen bei Lehre vom fehlerhaften Organ, Folgen) 319 ff.

- Voraussetzungen (s. im Einzelnen bei Lehre vom fehlerhaften Organ, Voraussetzungen) 312 ff.

- Pflichten (s. im Einzelnen bei Pflichten) 276 ff.

- unterbesetzter 145, 302

- Vergütungsanspruch 268, 280 ff.

- Vertretung der AG 282 ff.

Austritt 75 f.

Beirat 324

Beitritt 73, 75 f., 195 f.

Beschlüsse

- nach FamFG 81 ff.
- rechtsgeschäftliche 23 ff., 38 ff.
 - Fehlerhaftigkeit (s.a. Beschlussmängelrecht) 40 f.
 - konkludente 98 f., 114, 134, 136
 - Tatbestand 39

Beschlussmängelrecht

- aktienrechtliches 41 ff.
- ungeschriebenes 44 ff.
- WEG-rechtliches 177

Beschlussvorschläge 153 ff., 289 ff.

Beschränkung von Nichtigkeitsfolgen 62 f., 65, 187 ff.

Besonderer Vertreter 324 f.

Bestandsschutz 48, 68, 72, 80, 201 ff., 207

Bestellung

- Begriff 18, 22, 30, 218
- Bestätigungsbeschluss 299 ff.
- erneute 299 ff.

- gerichtliche 28 ff., 168 ff.
 - des WEG-Verwalters 177 ff.
 - Einbezug in die Lehre vom fehlerhaften Organ 184 f.
 - Fehlerhaftigkeit 221 f., 250 ff.
 - Nichtigkeit 173 f., 250 ff.
 - Rückabwicklungsschwierigkeiten 170 ff., 181 f., 184 f.
 - Tatbestand für Lehre vom fehlerhaften Organ 215 f., 313
 - Verhältnis zur Lehre vom fehlerhaften Organ 168 f., 184 f., 199 f., 260 ff., 309 f., 319 f.
 - von Aufsichtsratsmitgliedern 301 ff.
- konkludente 98 f.
- rechtsgeschäftliche 22 ff.
 - Annahme 26 f., 214 f.
 - des WEG-Verwalters 176
 - Fehlerhaftigkeit 219 ff., 313 f.
 - Kundgabe 25 f., 214
 - Qualifikation 22 f., 27 f.
 - Tatbestand für Lehre vom fehlerhaften Organ 211 ff., 312 f.
 - von Aufsichtsratsmitgliedern 267
 - von Vorstandsmitgliedern 287 f.
 - Zuständigkeit 23 ff., 211 ff.
- Umdeutung in Vollmacht 131 ff.
- Bestellungsverhältnis (s.a. Organmitgliedschaft) 86 f., 100, 267 f.
 - als Dauerschuldverhältnis 87 ff., 267 f.
- Betreute 244, 249 f., 318 f.
- Company Law 204 ff.
- De facto directors 204 ff.
- Doppelnatur, schuld- und organisationsrechtliche 63 ff., 189 f.
- Einberufung der Versammlung eines Organs 148 ff., 292 ff.
 - als erste Amtshandlung 230 f.
 - bei erkannt fehlerhafter Bestellung 233
 - und Registereintragung 150 ff., 223 ff., 228 f.
- Einzelnormanwendung 100 f., 182 f., 269, 278 f., 282, 291 f.
- Entsendung 24 f., 27, 210, 267, 274, 313, 320
- Faktische Gesellschaft 61 f., 269
- Faktische Organe s. Organe, faktische
- Faktische Vertragsverhältnisse 5 f.
- Fehlerhaftigkeit
 - Begriff 34 f., 222
 - von Beschlüssen nach FamFG 81 ff.
 - von Entscheidungen nach der ZPO 178 f.
 - von Rechtsgeschäften 34 ff.
 - von rechtsgeschäftlichen Beschlüssen (s.a. Beschlussmängelrecht) 40 f.
- Firmenbestattungen 237 ff.
- Freigabeverfahren 1, 307
- Führungslosigkeit
 - Insolvenzantragspflicht 119 ff.
 - Verhältnis zur Lehre vom fehlerhaften Organ 199 f., 262 ff.
 - Vertretung des Verbands 142 f.
- Geschäftsführung (s.a. Innenverhältnis, Organhandeln) 143 f., 146 f.
- Geschäftsunfähige 35, 244 ff., 250, 318 f.
- Geschlechterquote 33, 272, 274, 316 ff.
- Grundlagenänderungen 73
- Haftung (s.a. Pflichten, Sekundärpflichten; Rechtsscheinhaftung) 99 f.
 - bei Vertretung durch fehlerhaft Bestellten 128 ff., 282 ff.
 - des fehlerhaft Bestellten als Vertreter ohne Vertretungsmacht 125, 282
 - des fehlerhaft Bestellten aus GoA 111 ff., 278
 - des fehlerhaft Bestellten aus Vertrag 113 f., 278
 - für Handeln des fehlerhaft Bestellten 166 f.
 - Organhaftung 163 f.
 - Repräsentantenhaftung 164 f.
- Handlungsfähigkeit des Verbands (Prinzip) 199 ff.
- Handlungsunfähigkeit des Verbands, natürliche 9 f.
- Innenverhältnis
 - Organhandeln 13 ff., 143 ff.
 - des Aufsichtsrats 14 f., 284 ff.
 - durch Kollektivorgane 144 ff.
 - Rechtsscheinregelungen 141

- Trennung vom Außenverhältnis 48, 55 f., 59 f.
- Jahresabschluss 156 ff.
 - Billigung durch den Aufsichtsrat 295 ff.
 - Heilung 159 ff., 296 ff.
- Kapitalerhöhung 78
- Kapitalherabsetzung 78
- Kreationsorgane 24 f., 213 f.
- Lehre vom fehlerhaften Organ 267 ff.
 - Anknüpfungspunkt 184 f., 192 ff.
 - bisherige Begründungsansätze 186 ff.
 - dogmatische Begründung 198 ff.
 - Einschränkungen
 - bei besonders Schutzbedürftigen 244 ff., 250, 318 f.
 - bei Kenntnis Beteiligter 234 f.
 - bei sittenwidriger Bestellung 236 ff., 250
 - bei Verstoß gegen allgemeine Verbotsgesetze 239 ff., 250
 - bei Verstoß gegen die Geschlechterquote 316 ff.
 - bei Verstoß gegen spezifische Verbote 241 ff., 251 ff., 315 f., 318 f.
 - Folgen 254 ff., 319 ff.
 - Amtsbeendigung 188 f., 254 ff., 319 ff.
 - Führungslosigkeit 262 ff.
 - Möglichkeit gerichtlicher Bestellung 260 ff., 319 f.
 - Pflichten 258 ff., 320 f.
 - Rechte und Rechtsmacht 258, 319
 - Voraussetzungen 210 ff., 312 ff.
 - Fehlerhaftigkeit 218 ff., 313 f.
 - Registereintragung 223 ff., 312
 - Tatbestand 211 ff., 312 f.
 - Vollzug 230 ff., 312
 - Zurechenbarkeit 212 ff., 312 f.
- Lehre vom fehlerhaften Verband 47 ff.
 - Anknüpfungspunkt 73 ff., 192 ff.
 - dogmatische Begründung 60 ff.
 - Einschränkungen 68 ff.
 - Erweiterung 73 ff., 190 ff.
 - Folgen 52 f., 70, 75 ff.
 - Vollzug als Voraussetzung 65 f., 68 ff.
- Leitungsorgan
 - Begriff 13 f.
 - unterbesetztes 127 f., 145, 153 f., 157
- Minderjährige 72, 244, 246 ff., 318 f.
- Mitbestimmung 24 f., 256, 267, 316
- Nichtigkeit s. Fehlerhaftigkeit
- Organe
 - als Institutionen 16 ff.
 - Begriff 9 ff.
 - Einrichtung 21 ff.
 - faktische 5 f., 186 f.
 - fakultative 15, 322 ff.
 - fehlerhafte (Begriff) 5 ff.
 - Funktion 9 ff.
 - funktionsnotwendige/nicht ~ 15, 268
- Organmitglied (s.a. Organwalter)
 - faktisches (s.a. Organe, faktische) 186 f.
- Organmitgliedschaft (s.a. Bestellungsverhältnis)
 - fehlerhaft gewordene 222 f., 314
 - fehlerhafte 218 ff.
 - hinkende 26 f., 215, 246 ff., 250, 318 f.
- Organtheorie 11 ff.
- Organtrias 13 f.
- Organwalter 16 ff.
 - geborene 21 f., 30 f.
 - gekorene 21 ff.
 - persönliche Voraussetzungen 32 f., 81, 173 f., 220 ff., 241 ff., 251 ff., 313 ff.
- Pflichten
 - anlässlich fehlerhafter Organmitgliedschaft 258 ff., 319 ff.
 - Insolvenzantragspflicht 119 ff.
 - Leistungspflichten 101 f., 110 f., 276 f., 280
 - öffentlich-rechtliche 118 f., 123
 - Primärpflichten 101 f., 115 ff., 276 ff.
 - Schutzpflichten 101 f., 108 f., 323, 325
 - Sekundärpflichten 101 f., 107 f., 115, 276 ff.
 - Sorgfaltspflicht 102 f., 110, 117 f., 276, 280
 - Treuepflicht 103 ff., 110, 117 f., 276 f., 280, 325
 - Verschwiegenheitspflicht 104 f., 277

- Prinzip (Methodik) 66 ff.
- Rechtsscheinhafung
- bei fehlerhafter Verbandsgründung 56 ff.
 - bei Vertretung durch fehlerhaft Bestellten 123 f., 138 ff., 248 f., 282 ff.
- Registereintragung
- Anmeldung durch fehlerhaft Bestellten 138 ff.
 - Bedeutung für Einberufung 150 ff., 224 ff., 228 f.
 - Bedeutung für Haftung bei Vertretung durch fehlerhaft Bestellten 138 ff., 283
 - Bedeutung für Lehre vom fehlerhaften Organ 223 ff., 312
 - Bedeutung für Lehre vom fehlerhaften Verband 67, 69 f.
 - falsche Angaben bei Anmeldung 243 f.
- Rückabwicklungsschwierigkeiten
- als Spiegelbild von Handlungsunfähigkeit 199 ff.
 - Begriff 53 ff., 101
 - bei fehlerhaftem (Leitungs-)Organ 99 ff.
 - bei fehlerhaftem Aufsichtsrat 275 ff.
 - bei fehlerhaftem Verband 47 ff., 53 ff., 75 ff.
 - bei fehlerhafter Anstellung 92 ff.
 - Vergleichbarkeit bei fehlerhaftem Verband u. fehlerhaftem Organ 194 ff.
- Selbstorganschaft
- Prinzip 18 ff., 32, 198
 - und Lehre vom fehlerhaften Organ 196 ff.
 - Statusänderungen 73
 - Strukturänderungen 73
 - Umdeutung 131 ff.
 - Umwandlung 80
 - Unternehmensverträge 77
 - Unwirksamkeit s. Fehlerhaftigkeit
 - Verbandsgründung 49 ff.
 - Vergütungsanspruch (s.a. Anstellungsverhältnis; Anstellung, fehlerhafte) 268, 280 ff.
 - Verkehrsschutz 48, 138, 202
 - Vertragsänderungen 73
 - Vertretertheorie 11 ff.
 - Vertretung des Verbands
 - Anscheinsvollmacht 135, 137
 - Duldungsvollmacht 135 ff.
 - durch den Aufsichtsrat 282
 - durch Kollektivorgane 126 ff.
 - im Prozess 125 f., 138, 254
 - konkludente Vollmacht 134 f.
 - kraft Vollmacht 129 ff.
 - Wettbewerbsverbot 104 f., 277
 - Willensbildungsorgan (Begriff) 14
 - Wohnungseigentümergeinschaft 174 ff.
 - als Verband 175 f.
 - Verwalter 176 ff.