

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 98

**Die Lehre vom fehlerhaften Organverhältnis
am Beispiel des fehlerhaft bestellten
Geschäftsführers der GmbH**

Von

Milena Gimmler



Duncker & Humblot · Berlin

MILENA GIMMLER

Die Lehre vom fehlerhaften Organverhältnis
am Beispiel des fehlerhaft bestellten Geschäftsführers
der GmbH

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 98

Die Lehre vom fehlerhaften Organverhältnis
am Beispiel des fehlerhaft bestellten
Geschäftsführers der GmbH

Von

Milena Gimmler



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-14884-4 (Print)
ISBN 978-3-428-54884-2 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84884-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Anfang 2016 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Uwe Blaurock, für die umfassende Betreuung dieser Arbeit sowie für die schöne und lehrreiche Zeit, die ich als studentische und wissenschaftliche Mitarbeiterin an dem von ihm geleiteten Lehrstuhl für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Freiburg verbringen durfte. Danken möchte ich weiter Herrn Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M. (University of Chicago), für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie Herrn Professor Dr. Marc-Philippe Weller für die wertvolle Möglichkeit meine Arbeit an dessen Lehrstuhl präsentieren zu können.

Besonderen Dank schulde ich meinen Eltern und Till, deren Rückhalt und Unterstützung zu dem Gelingen der Arbeit ganz wesentlich beigetragen haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Frankfurt a.M., im Februar 2016

Milena Gimmler

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einleitung	13
§ 1 Problemstellung	13
§ 2 Die „Lehre vom fehlerhaften Organverhältnis“ als möglicher Lösungsansatz	14
§ 3 Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung	18

2. Kapitel

Grundlagen	20
§ 1 Organverhältnis und begleitende Rechtsverhältnisse	20
A. Inhalt des Organverhältnisses und Begriff der Organstellung	20
B. Das Anstellungsverhältnis	22
C. Das Mitgliedschaftsverhältnis	25
§ 2 Der (fehlerhafte) Bestellungsakt	26
A. Zustandekommen	26
I. Bestellung im Gesellschaftsvertrag	26
II. Bestellung durch Beschluss	26
III. Gerichtliche Bestellung eines Notgeschäftsführers	27
IV. Eintragung ins Handelsregister	28
B. Rechtsnatur	28
C. Fehlerhaftigkeit	31
I. Fehlerhafte Rechtsgeschäfte nach bürgerlichem Recht	31
II. Fehlerhafte Beschlüsse im Gesellschaftsrecht	32
III. Fehlerhafter Bestellungsakt	34
§ 3 Begriff des fehlerhaften Organs	36

3. Kapitel

Herleitung der Lehre vom fehlerhaften Organverhältnis	39
§ 1 Tatsächliches Korrekturbedürfnis	39
A. Zurechnung und Wirksamkeit von (Rechts-)Handlungen	41
I. Außenverhältnis	42
1. Zurechnung von Vertretungshandlungen	42
a) Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht	43
aa) Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht vermittelt Bestellsungsakt	43
bb) Erteilung rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht durch Mitgeschäftsleiter	45
cc) Zwischenergebnis	46
b) Rechtsschein	46
aa) Positive Publizität des Handelsregisters gem. § 15 Abs. 3 HGB	47
(1) Vertrauenstatbestand	48
(2) Zurechnung des Vertrauenstatbestandes	48
(3) Redlichkeit des Dritten	49
(4) Rechtsfolge	50
bb) Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht	50
(1) Zurechenbarer Rechtsscheintatbestand	51
(a) Rechtsscheininhalt	52
(b) Anknüpfungspunkt hinsichtlich Schaffung relevanten Rechtsscheins	53
(c) Mitglieder des Bestellungsorgans kannten und duldeten das Auftreten des fehlerhaften Geschäftsleiters	53
(d) Keine Kenntnis der Mitglieder des Bestellungsorgans vom Auftreten des Geschäftsleiters	55
(2) Schutzwürdigkeit des Dritten	56
cc) Zwischenergebnis	56
c) Genehmigung	57
aa) Anwendbarkeit der §§ 177 ff. BGB auf Vertretergeschäfte des fehlerhaften Geschäftsleiters	58
bb) Organzuständigkeit und Beschränkung der Genehmigungsfähigkeit auf delegierbare Vertretungsgeschäfte	58
cc) Zwischenergebnis	59
2. Zurechnung von zu Schadensersatz verpflichtenden Handlungen	60
a) Fehlerhafter Geschäftsleiter als „verfassungsmäßig berufener Vertreter“	61
b) Zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen	63
c) In Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung	66
d) Zwischenergebnis	66
3. Wissenszurechnung	67

II. Gesellschaftsinterne Rechtshandlungen	69
1. Zurechnung von Vertretungshandlungen	69
a) Rechtsschein	70
b) Einwand fehlerhafter Bestellung	72
c) Zwischenergebnis	73
2. Rechtshandlungen im eigenen Namen	73
a) Mitwirkung an Organbeschlüssen	73
b) Sonstiges internes Rechtshandeln	75
c) Zwischenergebnis	78
B. Pflichten des fehlerhaften Geschäftsführers	78
I. Organpflichten	79
1. Pflichten aus dem Organverhältnis	83
a) Sonderrechtsbeziehung aus Geschäftsführung ohne Auftrag	83
b) Einheitliches gesetzliches Schutzpflichtverhältnis	83
c) Sonderrechtsbeziehung kraft Leitung	85
2. Gesetzliche Organpflichten	89
a) Insolvenzantragspflicht gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO	90
b) Kartellrechtliche Verantwortlichkeit	93
3. Zwischenergebnis und weitergehende Überlegungen	95
II. Pflichten aus das Organverhältnis begleitenden Rechtsverhältnissen	96
1. Pflichten aus dem Anstellungsverhältnis	96
a) Abgrenzung zu den Organpflichten des Geschäftsführers	96
b) Anstellungsvertragliche Bezugnahme auf Organpflichten	99
2. Pflichten aus dem Mitgliedschaftsverhältnis	102
3. Zwischenergebnis	102
C. Rechte des fehlerhaften Geschäftsführers	103
I. Organrechte	103
1. Rechte aus dem Organverhältnis	103
2. Gesetzliche Organrechte	104
II. Vergütungsansprüche des fehlerhaften Geschäftsführers	104
1. Anwendbarkeit des § 326 BGB	105
2. Vergütungsansprüche als Gegenleistung im Sinne des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB	107
a) Erhaltung der Vergütungsansprüche nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB	107
aa) Anknüpfungspunkte für die Verantwortung des Gläubigers	108
bb) Alleinige oder weit überwiegende Gläubigerverantwortlichkeit	110
b) Erhaltung der Vergütungsansprüche über Treu und Glauben	111
3. Zwischenergebnis	112

D. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit	113
I. Innenhaftung	113
1. Allgemeine Organhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG	113
2. Haftung aus das Organverhältnis begleitenden Rechtsbeziehungen	115
3. Deliktische Haftung	116
4. Zwischenergebnis	117
II. Außenhaftung	118
1. Vertragliche Haftung	118
2. Haftung aus culpa in contrahendo	118
3. Haftung als falsus procurator, § 179 BGB	121
4. Deliktische Haftung	122
a) § 823 Abs. 1 BGB	123
aa) Haftung für unmittelbare Rechtsgutsverletzung	123
bb) Haftung für mittelbare Rechtsgutsverletzung	123
b) § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Schutzgesetz	127
c) § 826 BGB	128
5. Zwischenergebnis	129
E. Strafrechtliche Verantwortlichkeit	130
F. Wertende Gesamtbetrachtung	134
§ 2 Dogmatische und methodische Grundlegung der Lehre vom fehlerhaften Organverhältnis	140
A. Die fehlerhafte Bestellung des Geschäftsführers als Anwendungsfall der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis	141
B. Die fehlerhafte Bestellung des Geschäftsführers als Anwendungsfall der Lehre vom fehlerhaften Verband	146
I. Entwicklung und Grundlage der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	147
1. Entwicklung der Lehre durch die Rechtsprechung	147
2. Dogmatische Begründungsansätze	149
3. Stellungnahme zugunsten eines allgemeinen verbandsrechtlichen Prinzips	152
4. Zwischenergebnis	157
II. Fehlerhafte Strukturänderungen im Sinne der Lehre vom fehlerhaften Verband	157
III. Die fehlerhafte Bestellung als fehlerhafte Strukturänderung i.S.d. Lehre vom fehlerhaften Verband	162
C. Die Rechtsfigur der fehlerhaften Organstellung als eigenständiger Lösungsansatz	169
I. Organersatzfunktion als maßgebliche dogmatische Grundwertung	169
II. Stellungnahme	170
D. Zusammenfassung	174

4. Kapitel

Tatbestand und Rechtsfolgen der Lehre vom fehlerhaften Organverhältnis	176
§ 1 Tatbestandsvoraussetzungen	176
A. Vorüberlegung zur Ausformung des Tatbestandes	176
B. Anforderungen an den fehlerhaften Bestellungsakt	177
C. Vollzug des fehlerhaften Organverhältnisses	179
D. Grenzen des Rechtsinstitutes	182
§ 2 Rechtsfolgen	188
A. Wirksames Organverhältnis für die Vergangenheit	188
B. Beendigung des Organverhältnisses	189

5. Kapitel

Anwendungsbereich der Lehre vom fehlerhaften Organverhältnis	191
§ 1 Fehlerhaft bestellte Geschäftsleiter	191
§ 2 Fehlerhaft bestellte Aufsichtsratsmitglieder	195
§ 3 Ausblick	204

6. Kapitel

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	208
Literaturverzeichnis	212
Stichwortverzeichnis	227

1. Kapitel

Einleitung

§ 1 Problemstellung

Mag er auch Träger von Rechten und Pflichten sein, ist ein rechtsfähiger Verband als solcher mangels natürlicher Handlungsfähigkeit zunächst nicht in der Lage in zurechenbarer Weise am Rechtsverkehr teilzunehmen. Hierzu bedarf er seiner Organe. Deren Verhalten, genauer das Verhalten der Organwalter, die das jeweilige Organ besetzen, wird dem Verband in spezifisch organisationsrechtlicher Weise als eigenes zugerechnet.¹ Die Organe eines Verbandes als abstrakte Verbandsinstitution entstehen kraft dessen Organisationsverfassung. Je nach Funktion unterscheidet man zwischen Willensbildungs-, Leitungs- und Aufsichtsorganen.²

Hinsichtlich der Besetzung der Organe ist zwischen geborenen und gekorenen Organwaltern zu differenzieren. Geborene Organwalter haben die Organstellung kraft Mitgliedschaft inne.³ So müssen die Gesellschafter einer AG oder GmbH beispielsweise nicht erst in die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung hineingewählt werden. Gekorene Organwalter erlangen die Organstellung hingegen mittels eines besonderen Bestellungsaktes, welcher eine organisationsrechtliche Sonderrechtsbeziehung zwischen Organwalter und Verband begründet.⁴ Der Bestellung bedarf etwa der Geschäftsführer einer GmbH oder das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft.⁵

Wie jedes Rechtsgeschäft kann auch die Bestellung zum Organwalter an Wirksamkeitsmängeln leiden. Denkbar ist etwa, dass die Person des Bestellten gesetzliche oder statutarische Anforderungen nicht erfüllt, die Bestellung durch ein unzuständiges Organ erfolgte oder der der Bestellung regelmäßig zugrunde liegende Be-

¹ So die moderne Organtheorie. Dazu insbesondere *Schürmbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, 17 ff. Zum klassischen Streit über die Eigenzurechnung im Verbandrecht vgl. auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 247 ff.; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, 151 ff.

² *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 407 f.

³ *Jacoby*, Das private Amt, 167; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 415.

⁴ Vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 415 ff.

⁵ § 6 Abs. 3 GmbHG; § 84 Abs. 1 AktG.

stellungsbeschluss aus formellen Gründen fehlerhaft und daher nichtig oder jedenfalls wirksam angefochten worden ist.⁶

Fehlt es hiernach an einer wirksamen Bestellung, ist der Betroffene jedoch gleichwohl als Organwalter des Verbandes tätig geworden, ergeben sich vielfältige Probleme, welche zusammenfassend unter dem Schlagwort des „fehlerhaften Organs“⁷ diskutiert werden.

Das Tätigwerden des fehlerhaft bestellten Organwalters wirft Fragen im Hinblick auf die rechtliche Einordnung von diesem im Namen des Verbandes oder in Wahrnehmung vermeintlich bestehender eigener Kompetenzen vorgenommener (Rechts-)handlungen auf. Müssten diese infolge der Fehlerhaftigkeit der Bestellung insgesamt als nichtig bzw. als dem Verband nicht zurechenbar angesehen werden, könnte dies je nach Sachlage zu erheblichen Rückabwicklungsschwierigkeiten bis hin zur Funktionsunfähigkeit des Verbandes führen.

Klärungsbedürftig ist weiter, welchen Pflichten der fehlerhaft bestellte Organwalter bei Tätigwerden für den Verband unterlag und nach welchen Haftungsmaßstäben sein Handeln zu bemessen ist. Zum Schutze der Gesellschafter, der Gesellschaftsgläubiger und der Allgemeinheit könnte hier eine Gleichstellung mit einem wirksam bestellten Organwalter geboten sein. Mit der Auferlegung von Organpflichten könnte sodann auch das Zugeständnis von Organrechten erforderlich werden.

§ 2 Die „Lehre vom fehlerhaften Organverhältnis“ als möglicher Lösungsansatz

Auf der Suche nach einer sachgerechten Lösung im Umgang mit den hier vorerst nur angedeuteten, im Zusammenhang mit dem Tätigwerden eines fehlerhaft bestellten Organwalters entstehenden Problemen, erscheint es hilfreich sich klar zu machen, dass es letztlich um die auch in anderen Konstellationen auftretende Frage geht, ob und auf welche Art und Weise die Nichtigkeits- und Anfechtungsfolgen eines in Vollzug gesetzten fehlerhaften Rechtsverhältnisses der Korrektur bedürfen.

Sollten sich die mit dem Tätigwerden eines fehlerhaft bestellten Organwalters verbundenen Probleme unter Anerkennung der anfänglichen Nichtigkeit der Bestellung vermittels des allgemeinen Normenbestandes und ggf. unter Heranziehung einzelner, für den ordentlichen Organwalter geltender Normen sachgerecht bewäl-

⁶ Dazu unten 2. Kap. § 2 C. III.

⁷ Zur Abgrenzung von verwandten Konstellationen, insbesondere dem „faktischen Organ“ unten 2. Kap. § 3.

tigen lassen, wäre ein entsprechendes Korrekturbedürfnis zu verneinen.⁸ Zeigt sich demgegenüber, dass sich die Problematik des fehlerhaften Organs bei Anerkennung der anfänglichen Nichtigkeit der fehlerhaften Bestellung keiner sachgerechten Lösung zuführen lässt, scheint Raum für eine rechtsfortbildende Einschränkung der Fehlerfolgen der fehlerhaften Bestellung.

Bekannte Beispiele für eine derartige Einschränkung sind die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bzw. vom fehlerhaften Verband sowie die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis. Die im Wege richterrechtlicher Rechtsfortbildung entwickelten Rechtsinstitute führen jeweils zu einer Suspendierung der Anfechtungs- und Nichtigkeitsfolgen des fehlerhaften Dauerrechtsverhältnisses für die Vergangenheit.⁹

Eine solche Suspendierung, mit dem Ergebnis, dass der Fehler des Rechtsgeschäfts nur für die Zukunft geltend gemacht werden kann und das Rechtsverhältnis für die Vergangenheit einem wirksamen gleichsteht, erscheint auch in der Konstellation der fehlerhaften Bestellung eines Organwalters erfolgversprechend. Tatsächlich wird eine solche „Lehre vom fehlerhaften Organverhältnis“ auch vertreten.¹⁰

Hinsichtlich Wertungsgrund, Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechtsfolgen eines solchen Rechtsinstituts gehen die Meinungen allerdings weit auseinander.

Was den Wertungsgrund angeht, wird häufig pauschal auf die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bzw. vom fehlerhaften Verband und/oder die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis verwiesen.¹¹ Andere Ansichten halten diesen Ansatz für verfehlt und suchen eine originär an die Organstellung anknüpfende Begründung.¹² Im Bereich der Kapitalgesellschaften wird vertreten, dass der Lehre vom

⁸ Weitergehend hält *Stein*, Das faktische Organ, 75 f., 198 eine Korrektur über ein festes Rechtsinstitut auch dann noch für möglich, wenn sich dieser Weg gegenüber der einfachen Normanwendung als rechtssicherer und praktikabler darstellt. Dazu noch unten 3. Kap. § 2 C.

⁹ Zur Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bzw. zum fehlerhaften Verband vgl. insbesondere *Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 71 ff., 120 ff., 137 ff. Zur Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis etwa *Joussen*, NZA 2006, 963, 963 ff.

¹⁰ Die Terminologie ist dabei uneinheitlich. Vgl. *Bayer/Lieder*, NZG 2012, 1 ff. (Lehre vom fehlerhaften Bestellungsverhältnis); *Stein*, Das faktische Organ, 97 ff. (Rechtsfigur der fehlerhaften Organstellung); *Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 482 f. (Lehre vom fehlerhaften Organ); *Strohn*, DB 2011, 158, 159 (Lehre von der fehlerhaften Bestellung); *Wiesner*, in: Münch. Hdb. GesR, Bd. IV, § 20 Rn. 40 (Lehre von der fehlerhaften Organstellung).

¹¹ Vgl. etwa *Wiesner*, in: Münch. Hdb. GesR, Bd. IV, § 20 Rn. 39 (Verweis auf Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft); *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rn. 8 (Verweis auf Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft und Grundsätze vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis); *Paefgen*, in: Großkommentar, GmbHG, § 35 Rn. 41 (entsprechende Anwendung der Grundsätze über das fehlerhafte Anstellungsverhältnis).

¹² *Stein*, Das faktische Organ, 100 ff., 119 ff.; *dies.*, ZHR 148 (1984), 207, 222.