

**Die fremdbestimmte Verbandsentscheidung -
Einfluss Dritter auf Entscheidungen im Bereich der Satzungs-
und Selbstverwaltungsautonomie**

**Inauguraldissertation zur Erlangung des Doktorgrades des Fachbereichs
Rechtswissenschaft der Johanna Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am
Main**

von

Diplom-Kaufmann, Diplom-Volkswirt

Stephen A. Hecht, LL.M

Rechtsanwalt Steuerberater

geboren in Düsseldorf

erschienen:	2004
Datum der Promotion:	20.04.2004
Erstgutachter:	Prof. Dr. Dr. h.c. Theodor Baums
Zweitgutachter:	Prof Dr. Manfred Wolf

1. Kapitel - Einleitung und Problemstellung	22
I. Einführung	22
II. Zielsetzung	23
III. Gang der Untersuchung	25
2. Kapitel - Arten des Dritteinflusses	27
I. Schuldrechtlicher Dritteinfluss	27
II. Organschaftlicher Dritteinfluss	28
III. Statutarischer Dritteinfluss	32
IV. Dritteinfluss durch organisationsrechtliche Verträge	33
V. Faktischer, indirekter und mittelbarer Dritteinfluss	36
VI. Klassifizierung der Drittrechte	38
1. Mitgliederrechte	38
2. Organrechte	38
3. Quasi-mitgliedschaftliche Rechte	39
4. Sonderrechte	39
5. Schuldrechtliche Rechte und verbandliche Gläubigerrechte	40
6. Organisationsvertragliche Rechte	40
7. Originäre vs. derivative Rechte	41
2. Kapitel - Problematik der Fremdbestimmung	42
I. Eingriff in die Richtigkeitsgewähr	42
II. Verbandliche Selbstbestimmung	44
3. Kapitel - Organschaftlicher Dritteinfluss	48
I. Begriffsbestimmung	48
1. Formell-statutarische Drittrechte	50
2. Materiell-statutarische Drittrechte	50
3. Organschaftlich wirkende formell-statutarische Drittrechte	50
II. Arbeitshypothese	51
III. GmbH	52
1. Einfluss auf Satzungsautonomie	52

a.	Satzungsänderung und deren Ausgestaltung	52
b.	Literatur und Rechtsprechung	54
2.	Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie	55
a.	Bestellungs- und Abberufungsrechte sowie deren Ausgestaltung	55
aa.	Geschäftsführer	57
bb.	Obligatorischer Aufsichtsrat	59
(1)	Aufsichtsrat nach § 77 BetrVG 1952	60
(2)	Aufsichtsrat nach MitbestG	62
cc.	Fakultativorgane	63
b.	Weisungsrechte	65
aa.	Geschäftsführer	65
bb.	Obligatorischer Aufsichtsrat	70
cc.	Fakultativorgane	71
(1)	Aufsichtsrat nach § 52 GmbHG	71
(2)	Beiräte und sonstige Fakultativorgane	73
IV.	Verein	74
1.	Einfluss auf Satzungsautonomie	74
a.	Literatur	75
b.	Rechtsprechung	78
2.	Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie	80
a.	Bestellung und Abberufung des Vorstands sowie von Fakultativorganen	80
b.	Weisungsrechte	82
aa.	Vorstand	82
bb.	Fakultativorgane	83
V.	Aktiengesellschaft	84
1.	Einfluss auf Satzungsautonomie	84
a.	Grundsatz der Satzungsstrenge	84
b.	Satzungsänderungs- und Zustimmungsrechte	85
2.	Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie	89
a.	Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern	89
aa.	Vorstand	89
bb.	Aufsichtsrat	94
cc.	Fakultativorgane	102
b.	Weisungsrechte	103

aa. Vorstand	103
bb. Aufsichtsrat	106
cc. Fakultativorgane	106
VI. Genossenschaft	107
1. Einfluss auf Satzungsautonomie	107
2. Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie	109
a. Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern	109
aa. Vorstand	109
bb. Aufsichtsrat	113
cc. Fakultativorgane	114
b. Weisungsrechte	116
aa. Vorstand	116
bb. Aufsichtsrat	124
cc. Fakultativorgane	125
VII. Personengesellschaften	125
1. Einfluss auf Satzungsautonomie	125
2. Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie	126
a. Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern	126
aa. Geschäftsführer	126
bb. Fakultativorgane	129
b. Weisungsrechte	131
aa. Geschäftsführer	131
bb. Fakultativorgane	135
VIII. Stellungnahme	136
1. Kernproblem des organschaftlichen Dritteinflusses	136
2. Organerrichtungstheorie	136
3. Kritik an der Organerrichtungstheorie	140
a. Verbandssouveränität	140
b. Selbstorganschaft	141
c. Abspaltungsverbot	142
d. Bestimmtheitsgrundsatz, Kernbereichslehre und Gleichbehandlungsgebot	142
e. Verbandliche Treuepflicht	143
f. Organbegriff	144

aa. Zurechnungstechniken	144
bb. Verschiedene Organbegriffe	145
(1) Verbands- vs. haftungsrechtlicher Organbegriff	146
(2) Organisationsrechtlicher Organbegriff	148
(a) Materieller vs. formeller Organbegriff	148
(b) Gesellschaftsorgan vs. Gruppenorgan	149
(c) Öffentlich-rechtlicher Organbegriff	149
(d) Literaturmeinungen	150
(e) Zusammenfassung	150
4. Rechtsfolgen der Organerrichtungstheorie	151
5. Überblick	154
5. Kapitel - Schuldrechtlicher Dritteinfluss	157
I. Abgrenzungsfragen	157
II. GmbH	160
1. Einfluss auf Satzungsautonomie	160
a. Voraussetzungen	161
b. Bestandsfähigkeit	166
c. Reaktionsmöglichkeiten bei Vertragsverletzung	170
d. Verbindlichkeit und Satzungsautonomie	175
e. Zulässigkeit derartiger Verträge	178
f. Sonderfall der Kapitalerhöhung	180
2. Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie	185
a. Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern	185
aa. Geschäftsführer	185
(1) Einzelfallbezogene Vereinbarung	185
(2) Widerrufsbeschränkung	188
(3) Verstärkung der Position des Dritten	193
bb. Obligatorischer Aufsichtsrat	194
cc. Fakultativorgane	196
dd. Bemerkungen	196
b. Weisungsrechte	196
aa. Geschäftsführer	197
(1) Gegenüber der Gesellschaft	197

(2) Gegenüber dem Geschäftsführer	201
bb. Aufsichtsrat	203
(1) Gegenüber der Gesellschaft	203
(2) Gegenüber dessen Mitgliedern	203
cc. Fakultativorgane	205
III. Verein	206
IV. Aktiengesellschaft	206
1. Einfluss auf Satzungsautonomie	206
2. Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie	208
a. Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern	208
aa. Vorstand	208
bb. Aufsichtsrat	211
cc. Fakultativorgane	213
b. Weisungsrechte	213
aa. Vorstand	213
bb. Aufsichtsrat	215
cc. Fakultativorgane	215
V. Genossenschaft	215
1. Einfluss auf Satzungsautonomie	215
2. Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie	216
a. Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern	216
aa. Vorstand	216
bb. Aufsichtsrat	218
cc. Fakultativorgane	220
b. Weisungsrechte	220
VI. Personengesellschaften	221
1. Einfluss auf Satzungsautonomie	221
2. Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie	222
a. Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern	222
b. Weisungsrechte	222
aa. Geschäftsführer	222
bb. Fakultativorgane	224
6. Kapitel - Schlussbetrachtung	225

I.	Ganzheitliche Betrachtung des Dritteinflusses	225
II.	Gesamtergebnis	226
	Lebenslauf	230

Literaturverzeichnis

- 100 Jahre Genossenschaftsgesetz
100 Jahre Genossenschaftsgesetz, Quellen zur Entstehung und jetziger Stand, hrsg. vom Institut für Genossenschaftswesen der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und Werner Schubert, Tübingen 1989.
- Aha, Christof
Vorbereitung des Zusammenschlusses im Wege der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage durch ein „Business Combination Agreement“, BB 2001, S. 2225 ff.
- Bälz, Ulrich
Treuhandkommanditist, Treuhänder der Kommanditisten und Anlegerschutz, ZGR 1980, S. 1 ff.
- Barbasch, Edith
Ausgewählte Probleme der großen Familienkommanditgesellschaft, 1. Aufl., Baden-Baden 1989.
- Bartholomenczik, Horst
Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluss, AcP 144 (1938), S. 287 ff.
- Baumbach, Adolf
GmbH-Gesetz, Kommentar, 3. Aufl., München, Berlin 1941.
- Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus J.
Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), Kommentar, 30. Aufl., München 2000, zit.: *Baumbach/Hopt*.
- Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred
Aktiengesetz, Kommentar, 13. Aufl., München 1968, zit.: *Baumbach/Hueck, AktG*.
- Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred
GmbH-Gesetz, Kommentar, 17. Aufl., München 2000, zit.: *Baumbach/Hueck/Bearbeiter*.
- Baums, Theodor
Der Geschäftsleitungsvertrag - Begründung, Inhalt und Beendigung der Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer in den Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Köln 1987.
- Baums, Theodor
Geborene und gekorene Vorstandsmitglieder in der Genossenschaft, in: Festschrift 1975 Jahre Oberlandesgericht Oldenburg, Köln, Berlin, Bonn, München 1989, S. 671 ff.
- Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften
Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht, hrsg. von Welf Müller und Wolf-Dieter Hoffmann, 2. Aufl., München 2002, zit.: *Beck Hdb. Personengesellschaften/Bearbeiter*.
- Beck'sches Notar-Handbuch
Beck'sches Notar-Handbuch, hrsg. von Günter Brambring und Hans-Ulrich Jerschke, 3. Aufl., München 2000, zit.: *Beck'sches Notar-Handbuch*.
- Becker, Michael
Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund, AcP 188 (1988), S. 24 ff.
- Beuthien, Volker
Genossenschaftsgesetz mit Umwandlungsrecht, Kommentar, 13. Aufl., München 2000.
- Beuthien, Volker
Konzernbildung und Konzernleitung kraft Satzung, ZIP 1993, S. 1589 ff.
- Beuthien, Volker
Die Leitungsmachtgrenzen des Genossenschaftsvorstandes, ZfgG 1975, S. 180 ff.
- Beuthien, Volker
Die eingetragene Genossenschaft als verbundenes Unternehmen, in: Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, hrsg. von Ernst-Joachim Mestmäcker und Peter Behrens, 1. Aufl., Baden-Baden, 1991, S. 133 ff., zit.: *Beuthien, Genossenschaft*.
- Beuthien, Volker
Mitbestimmung unternehmerischer Sachentscheidungen kraft

- Beuthien, Volker / Gätsch, Andreas*
Beuthien, Volker / Gätsch, Andreas
 BGB-RGRK
Biedenkopf, Kurt / Säcker, Franz-Jürgen
Bondi, Felix
Brandner, Hans Erich
Brodmann, Erich
Brodmann, Erich
Bürkle, Annegret
Campenhausen, Axel von
Campenhausen, Axel von
Campenhausen, Axel von
Crüger, Hans
Detten, Knut von
Dietz, Rolf / Richardi, Reinhard
Dörrie, Robin
 Düringer-Hachenburg
Dütz, Wilhelm
Edenfeld, Stefan
Eisenhardt, Ulrich
- Tarif- oder Betriebsautonomie ? Teil II, ZfA 1984, S. 1 ff.
 Vereinsautonomie und Satzungsrechte Dritter, ZHR 156 (1992), S. 459 ff.
 Einfluss Dritter auf die Organbesetzung und Geschäftsführung bei Vereinen, Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, ZHR 157 (1993), S. 483 ff.
 Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, Band I §§ 1-240, 12. Aufl., Berlin, New York 1982, zit.: *RGRK/Bearbeiter*.
 Grenzen der Mitbestimmung in kommunalen Versorgungsunternehmen, ZfA 1971, S. 211 ff.
 Übertragung des Rechtes zur Besetzung gesellschaftlicher Ämter an dritte, außerhalb der Gesellschaft stehende Personen, in: Festgabe für Otto Liebmann, Berlin 1920, S. 278 ff.
 Geschäftsführungsbefugnis, Unternehmensgegenstand und Unternehmenszweck, in: Festschrift für Heinz Rowedder, München 1994, S. 41 ff.
 Aktienrecht, Kommentar, Berlin, Leipzig 1928.
 Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 2. Aufl., Berlin, Leipzig 1930, zit.: *Brodmann, GmbH*.
 Rechte Dritter in der Satzung der GmbH, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1991.
 Staatskirchenrechtliche Grundsatzfragen im Vereinsrecht, Rpfleger 1989, S. 349 ff.
 Staatskirchenrecht, 3. Aufl., München 1996.
 Religiöse Wirtschaftsbetriebe als Idealvereine ?, NJW 1990, S. 887 ff.
 Anmerkung zu BayObLG, Beschluss v. 7.2.1921, JW 1921, S. 580 ff.
 Die eingetragene Genossenschaft im Recht der verbundenen Unternehmen, Göttingen 1995.
 Betriebsverfassungsgesetz, Band 2: §§ 74 – Schluss mit Betriebsverfassungsgesetz 1952, München 1982.
 Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personenhandels-gesellschaften und der GmbH, Berlin 1994.
 Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1887, III. Band / 1. Teil, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1934.
 Tendenzaufsicht im Vereinsrecht, in: Festschrift für Wilhelm Herschel, München 1982, S. 55 ff.
 Die Rechtsbeziehungen des bürgerlich-rechtlichen Vereins zu Nichtmitgliedern, Berlin 1996.
 Zum Weisungsrecht der Gesellschafter in der nicht mitbestimmten GmbH, in: Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht, Festschrift für Gerd Pfeiffer, Köln, Berlin, Bonn, München 1988, S. 839 ff.

- Emmerich, Volker* Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1969, zit.: *Emmerich*, Öffentliche Unternehmen.
- Emmerich, Volker / Habersack, Mathias* Aktienkonzernrecht, Kommentar zu den §§ 15-22 und 291-328 AktG, 2. Aufl., München 2001.
- Emmerich, Volker / Sonnenschein, Jürgen / Habersack, Mathias* Konzernrecht, Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH, Personengesellschaften, Genossenschaft, Verein und Stiftung, 7. Aufl., München 2001.
- Enneccerus, Ludwig / Nipperdey, Hans Carl* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959.
- Erman, Walter* Bürgerliches Gesetzbuch und Nebengesetze, Handkommentar, hrsg. von Harm Peter Westermann, Band I und II, 10. Aufl., Münster, Köln 2000, zit.: *Erman/Bearbeiter*.
- Eschelbach, Thomas* Die Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil, Bonn 1989.
- Fabricius, Fritz* Erweiterung der Arbeitnehmer-Beteiligung im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft gem. § 76 BetrVG 1952 auf rechtsgeschäftlicher Basis, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, München 1983, S. 155 ff.
- Fabricius, Fritz / Kraft, Alfons / Wiese, Günter / Kreuzt, Peter / Oetker, Hartmut* Betriebsverfassungsgesetz, Band II: §§ 74 – 132 mit Kommentierung des BetrVG 1952, Gemeinschaftskommentar, 6. Aufl., Neuwied, Kriftel 1998, zit.: *GK-BetrVG/Bearbeiter*.
- Fischer* Anmerkung zu KG, Beschluss v. 5.2.1925, JW 1926, S. 598 ff.
- Fischer, Robert* Das Recht der OHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbH-Gesetz, GmbHR 1953, S. 131 ff.
- Fischer, Robert* Die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in der OHG, NJW 1959, S. 1057 ff.
- Fitting, Karl / Wlotzke, Otfried / Wißmann, Hellmut* Mitbestimmungsgesetz mit Wahlordnungen, Kommentar, 2. Aufl., München 1978.
- Fleck, Hans-Joachim* Schuldrechtliche Vereinbarungen im Entscheidungsbereich der Gesellschafter, ZGR 1988, S. 104 ff.
- Fleck, Hans-Joachim* Neuere Entwicklungen im GmbH-Recht, GmbHR 1993, S. 550 ff.
- Fleck, Hans-Joachim* Stimmrechtsabspaltung in der GmbH ?, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin, New York 1979, S. 107 ff.
- Fleck, Hans-Joachim* Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers, ZHR 149 (1985), S. 387 ff.
- Flume, Werner* Die Vereinsautonomie und ihre Wahrnehmung durch die Mitglieder hinsichtlich der Selbstverwaltung der Vereinsangelegenheiten und der Satzungsautonomie, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing, Band II, München 1982, S. 97 ff.
- Flume, Werner* Vereinsautonomie und kirchliche oder religiöse Vereinigungsfreiheit und das Vereinsrecht, JZ 1992, S. 238 ff.
- Flume, Werner* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I/1: Die Personengesellschaft, Berlin, Heidelberg, New York 1977, zit.: *Flume*, Personengesellschaft.
- Flume, Werner* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I/2: Die juristische Person, Berlin, Heidelberg, New York, Tokio 1983, zit.: *Flume*, Juristische Person.

- Flume, Werner* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokio, Hong Kong, Barcelona, Budapest 1992, zit.: *Flume*, Rechtsgeschäft.
- Föhr, Horst* Anforderungen des Grundgesetzes an den Aufbau von Verbänden, NJW 1975, S. 617 ff.
- Friedländer, Heinrich* Konzernrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.
- Frisch, Thomas* Die Behandlung von Betriebsführungsverträgen in der Fusionskontrolle, AG 1995, S. 362 ff.
- Fritz, Reinhard* Stellung und Aufgaben des genossenschaftlichen Vorstandes, 2. Aufl., Gelsenkirchen 1985.
- Gefler, Ernst* Zur zukünftigen Verfassung der Genossenschaft, in: Festschrift für Rudolf Reinhardt, Köln 1972, S. 237 ff.
- Gefler, Ernst* Der Betriebsführungsvertrag im Lichte der aktienrechtlichen Zulässigkeitsordnung, in: Festschrift für Wolfgang Hefermehl, München 1976, S. 263 ff.
- Gefler, Ernst / Hefermehl, Wolfgang / Eckardt, Ulrich / Kropff, Bruno* Aktiengesetz, Kommentar, Band I (§§ 1-75) 1973, (§§ 1-22), 1984 (§§ 23-53), 1983 (§§ 53a-75), München; Band II (§§ 76-147), München 1973/74; Band IV (§§ 179-221), München 1989; zit.: *Gefler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*.
- Gierke, Otto von* Deutsches Privatrecht, Band 1, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1985, Nachdruck München, Leipzig 1936, zit.: v. *Gierke*, Deutsches Privatrecht I.
- Gierke, Otto von* Das deutsche Genossenschaftsrecht, Band 1, Berlin 1868, Nachdruck Darmstadt 1954, zit.: v. *Gierke*, Genossenschaftsrecht I.
- GmbH-Handbuch* GmbH-Handbuch, Gesellschaftsrecht, Rechnungswesen, Steuerrecht, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Verträge und Formulare, hrsg. von der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt, Köln, Stand: April 2003, zit.: *GmbH-Handbuch I/Bearbeiter*.
- Godin, Reinhard von* Unabhängigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses einer AG von der Zustimmung Dritter, ZAkDR 1940, S. 78 ff.
- Godin, Reinhard von / Wilhelmi, Hans* Aktiengesetz, Kommentar, Band II (§§ 179-410), 3. Aufl., Berlin 1967; Band I (§§ 1-178), Band II (§§ 179-410), 4. Aufl. (ohne Auflegenzusatz zitiert), Berlin, New York 1971.
- Goldschmit, Friedrich Groschuff* Die Aktiengesellschaft, München 1927. Staatsaufsicht und Reichsführung im Handelsregisterrecht, DR 1939, S. 2128 ff.
- Großfeld, Bernhard* Genossenschaft und Eigentum, Tübingen 1975, zit.: *Großfeld*, Genossenschaft.
- Großfeld, Bernhard / Brondics, Klaus* Die Stellung des fakultativen Aufsichtsrates (Beirat) in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und in der GmbH & Co. KG, AG 1987, S. 293 ff.
- Großkommentar zum Aktiengesetz* Band I (§§ 1-144), 2. Aufl., Berlin 1961, Band II (§§ 145-304), 2. Aufl., Berlin 1965, zit.: *Gadow/Schmidt*; Band I/1 (§§ 1-75), 3. Aufl., Berlin, New York 1973; Band I/2 (§§ 76-147), 3. Aufl., Berlin, New York 1973; Band III (§§ 179-290), 3. Aufl., Berlin, New York 1973, zit.: *GroßKzAktG/Bearbeiter*, 3.A.;

- Einleitung, A-D, 1. Lieferung (Juni 1992); §§ 1-14, 2. Lieferung (Juni 1992); §§ 15-22, 10. Lieferung (März 1999); §§ 23-40, 7. Lieferung (Dezember 1996); §§ 92-94, 11. Lieferung (Mai 1999); §§ 121-130, 4. Lieferung (August 1993); §§ 179-191, 5. Lieferung (März 1995); §§ 241-255, 6. Lieferung (November 1996); MitbestG, 12. Lieferung (Oktober 1999), zit.: *GroßKzAktG/Bearbeiter*.
- Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*
Hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris, Wolfgang Schilling, Peter Ulmer, §§ 105-113, 12. Lieferung (Juli 1988); §§ 114-122, 19. Lieferung (Dezember 1999); §§ 123-130b, 17. Lieferung (August 1997); §§ 145-160, 18. Lieferung (Oktober 1998); §§ 161-177a, 9. Lieferung (Oktober 1987), zit.: *GroßKzHGB/Bearbeiter*.
- Grunewald, Barbara*
Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Tübingen 2000.
- Habersack, Mathias*
Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht, Tübingen 1996, zit.: *Habersack, Mitgliedschaft*.
- Hachenburg, Max*
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, Zweiter Band §§ 35-84, 5. Aufl., Berlin, Leipzig 1927; Erster Band §§ 1-34, 8. Aufl., Zweiter Band §§ 35-52, Berlin, New York 1997, zit.: *Hachenburg/Bearbeiter*.
- Hammen, Horst*
Zur Begründung von (organschaftlichen) Rechten Dritter im Gesellschaftsvertrag einer GmbH, WM 1994, S. 765 ff.
- Hanau, Peter /Ulmer, Peter*
Mitbestimmungsgesetz, Kommentar, München 1981.
- Handbuch des gesamten Handelsrechts*
Handbuch des gesamten Handelsrechts, hrsg. Victor Ehrenberg, Dritter Band, I. Abteilung, Leipzig 1916; Dritter Band, III. Abteilung, Leipzig 1929, zit.: *Ehrenberg/Bearbeiter*.
- Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*
Hrsg. von Joseph Listl und Dietrich Pirson, Erster Band, 2. Aufl., Berlin 1994; Zweiter Band, 2. Aufl., Berlin 1995, zit.: *HdbStKirchR/Bearbeiter*.
- Harde, Hans-Ernst*
Die Abberufung des Geschäftsführers der GmbH von der Geschäftsführung und Vertretung, Münster 1968.
- Hauswirth, Helmut*
Befugnisse und Pflichten von Organen der Aktiengesellschaft als Gegenstand von Organstreitigkeiten vor den Zivilgerichten, Tübingen 1997.
- Henn, Günter*
Handbuch des Aktienrechts, 7. Aufl., Heidelberg 2002.
- Hensche, Detlef*
Erweiterung der Mitbestimmung durch privatautonome Regelung, insbesondere in Unternehmen der öffentlichen Hand, AuR 1971, S. 33 ff.
- Herfs, Achim*
Einwirkung Dritter auf den Willensbildungsprozess der GmbH, 1. Aufl., Baden-Baden 1994.

- Hettrich, Eduard / Pöhlmann, Peter* Kommentar zu dem Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und zu umwandlungsrechtlichen Vorschriften für Genossenschaften, 2. Aufl., München 2001, zit.: *Hettrich/Bearbeiter*.
- Heymann* Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), Kommentar, hrsg. von Norbert Horn, Band 2, Zweites Buch §§ 105-237, 2. Aufl., Berlin, New York 1996, zit.: *Heymann/Bearbeiter*.
Mitbestimmungsgesetz, Kommentar, München 1978.
- Hoffmann, Dietrich / Lehmann, Jürgen / Weinmann, Heinz*
Hölters, Wolfgang
Hölters, Wolfgang Der Beirat in der GmbH, BB 1977, S. 205 ff.
Der Beirat der GmbH und GmbH & Co. KG, Köln 1979, zit.: *Hölters, Beirat*.
- Hölters, Wolfgang* Sonderprobleme des Beirats der GmbH & Co. KG, DB 1980, S. 2225 ff.
- Hommelhoff, Peter*
Hommelhoff, Peter Die vereinbarte Mitbestimmung, ZHR 148 (1984), S. 118 ff.
Die Konzernleitungspflicht, Köln, Berlin, Bonn, München 1982, zit.: *Hommelhoff, Konzernleitungspflicht*.
- Hommelhoff, Peter*
Hommelhoff, Peter Der aktienrechtliche Organstreit, ZHR 143 (1979), S. 288 ff.
Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, ZGR 1978, S. 119 ff.
- Hopt, Klaus J.* Zur Abberufung des GmbH-Geschäftsführers bei der GmbH & Co. KG, insbesondere bei der Publikumsgesellschaft, ZGR 1979, S. 1 ff.
- Huber, Ulrich* Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg 1970, zit.: *Huber, Vermögensanteil*.
- Huber, Ulrich* Betriebsführungsverträge zwischen selbständigen Unternehmen ZHR 152 (1988), S. 1 ff.
- Hublé, Jörn R.* Die statutarische Übertragung der Geschäftsführerbestellungsbe-
fugnis auf ein mit Nichtgesellschaftern besetztes Organ, Mainz 1996.
- Hübner, Heinz* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Berlin New York 1996.
- Hueck, Alfred* Stimmbindungsverträge bei Personenhandelsgesellschaften, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Band I, Berlin, München 1965, S. 401 ff.
- Hueck, Alfred* Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl., Berlin, New York 1971, zit.: *Hueck, OHG*.
- Hueck, Götz* Zur arbeitsrechtlichen Stellung des GmbH-Geschäftsführers, ZfA 1985, S. 25 ff.
- Hüffer, Uwe*
Hüffer, Uwe Aktiengesetz, Kommentar, 5. Aufl., München 2002.
Zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht als richterrechtliche Generalklausel, in: Festschrift für Ernst Steindorff, München 1990, S. 59 ff.
- Hüffer, Uwe* Der Aufsichtsrat in der Publikumsgesellschaft, ZGR 1980, S. 320 ff.
- Immenga, Ulrich* Die personalistische Kapitalgesellschaft – Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem Recht und dem amerikanischen Recht der Corporations, Bad Homburg 1976.

- Ipsen*, H. P. Anmerkung zu BVerfG, Urteil v. 1.7.1953 – 1 BvL 23/53, JZ 1953, S. 662 ff.
- Jaeniche*, Steffen Die Dritteinflussnahme bei Personengesellschaften, München 1995.
- Jauernig*, Othmar Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., München 2003, zit.: *Jauernig/Bearbeiter*.
- Klausing*, Friedrich Aktien-Gesetz, Einführungsgesetz und Amtliche Begründung, Berlin 1937.
- Kleindiek*, Detlev Strukturvielfalt im Personengesellschafts-Konzern, Köln, Berlin, Bonn, München 1991, zit.: *Kleindiek*, Strukturvielfalt.
- Kleindiek*, Detlev Deliktshaftung und juristische Person, Tübingen 1997, zit.: *Kleindiek*, Deliktshaftung.
- Klumpp*, Hermann Beiträge zur Rechtsstellung der Geschäftsführer einer G.m.b.H. nach deutschem und französischem Recht, Berlin, Leipzig 1928.
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Hrsg. von Wolfgang Zöllner, Band 1 (§§ 1-75 AktG), 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1988; Band 2 (§§ 76-117 AktG und Mitbestimmung im Aufsichtsrat), 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1996; Band 5/1 (§§ 179-240 AktG), 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1995, zit.: *KölnK/Bearbeiter*.
- König*, Hans-Joachim Der Verein im Verein, Frankfurt am Main, Berlin, Bern New York, Paris, Wien 1992.
- Kopp*, Ferdinand Religionsgemeinschaften als wirtschaftliche Vereine i.S. von § 22 BGB ?, NJW 1989, S. 2497 ff.
- Koppensteiner*, Hans-Georg Treuwidrige Stimmabgaben bei Kapitalgesellschaften, ZIP 1994, S. 1325 ff.
- Kraft*, Alfons / *Kreutz*, Peter Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Neuwied, Krefeld 2000.
- Krage*, Wolfgang Der geschäftsführende Gesellschafter der OHG als Adressat weisunggebender Beschlüsse, Göttingen 1975.
- Krause*, Detlef From Old to New Monism: An Approach to an Economic Theory of the „Constitution“ of the Firm, in: Contract and Organization, hrsg. Von Terence Daintith und Gunther Teubner, Berlin, New York 1986, S. 261 ff.
- Krieger*, Gerd Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, Köln, Berlin, Bonn, München 1981.
- Kronstein*, Heinrich Die abhängige juristische Person, München, Berlin, Leipzig 1931, Nachdruck Berlin 1973.
- Kübler*, Friedrich Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., Heidelberg 1998.
- Landwehr*, Götz Die Haftung der juristischen Person für körperschaftliche Organisationsmängel, AcP 164 (1964), S. 482 ff.
- Larenz*, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, zit.: *Larenz*, Schuldrecht.
- Larenz*, Karl / *Wolf*, Manfred Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997.
- Lawall*, Lars Sitzungsdurchbrechende Beschlüsse im GmbH-Recht, DStR 1996, S. 1169 ff.
- Lehmann*, Karl Das Recht der Aktiengesellschaft, Band I und II, Berlin 1898, Neudruck Aalen 1964.
- Leßmann*, Herbert Die Verbände in der Demokratie und ihre Regelungsprobleme, NJW 1978, S. 1545 ff.
- Lieb*, Manfred / *Eck-* Der GmbH-Geschäftsführer in der Grauzone zwischen Arbeits-

- ardt, Bernd
 Liebmann, J. / Saenger, August
 Löffler, Joachim
 Lohl, Reinhold
- Loritz, Karl-Georg
- Lutter, Marcus
- Lutter, Marcus
 Lutter, Marcus / Grunewald, Barbara
 Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter
 Lutter, Marcus / Krieger, Gerd
 Lutter, Markus / Hommelhoff, Peter
 Martens, Klaus-Peter
- Maulbetsch, Hans-Christoph
 Maurer, Hartmut
 Medicus, Dieter
 Mertens, Hans-Joachim
 Metz, Egon / Schaffland, Hans-Jürgen
 Meyer-Landrut, Joachim / Miller, F. Georg / Niehus, Rudolf J.
 Michalski, Lutz
- Mielke, Werner
- Möhring, Philipp / Schwartz, Gustav
 Molitor, Erich
- Muckel, Stefan
 Muckel, Stefan
- Mugdan, Bonno
- und Gesellschaftsrecht, Essen.
 Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 7. Aufl., Berlin 1927.
 Die abhängige Personengesellschaft, Heidelberg 1988.
 Die staatliche Betätigung bei privatrechtlichen Unternehmen nach der Haushaltsrechtsreform, AG 1970, S. 159 ff.
 Arbeitnehmerbeteiligungen und Verbandssouveränität, ZGR 1986, S. 310 ff.
 Die gescheiterte Kapitalerhöhung, in: Festschrift für Wolfgang Schilling, Berlin, New York 1973, S. 207 ff.
 Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980), S. 84 ff.
 Öffentliches Haushaltsrecht und privates Gesellschaftsrecht, WM 1984, S. 385 ff.
 Formerfordernisse für Unternehmensverträge im GmbH-Recht, NJW 1988, S. 1240 ff.
 Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Köln 2002.
 GmbH-Gesetz, Kommentar, 15. Aufl., Köln 2000.
- Das Recht der unternehmerischen Mitbestimmung, JuS 1983, S. 329 ff.
 Beirat und Treuhand in der Publikumpersonengesellschaft, Bonn 1984.
 Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., München 2002.
 Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 1999.
 Der Beirat in der GmbH - besonders der mitbestimmten, in: Festschrift für Walter Stimpel, Berlin 1985, S. 417 ff.
 Genossenschaftsgesetz, Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Kommentar, 33. Aufl., Berlin, New York 1997, zit.: *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*.
 GmbH-Gesetz, Kommentar, Berlin, New York 1987, zit.: *Meyer-Landrut/Bearbeiter*.
- GmbH-Gesetz, Kommentar, Band 2 (§§ 35-86 GmbHG), München, 2002.
 Die Leistung der unverbundenen Aktiengesellschaft, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1990.
 Satzungsgestaltung nach neuem Aktienrecht, Berlin 1938.
- Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, ihre Voraussetzungen und Folgen, in: Festschrift für Victor Ehrenberg, Leipzig 1927, S. 41 ff.
 Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, Berlin 1997.
 Kirchliche Vereine in der staatlichen Rechtsordnung, in: Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland; Hrsg. von Joseph Listl und Dietrich Pirson, Erster Band, 2. Aufl., Berlin 1994, S. 827 ff.; zit.: *HdbStKirchR/Muckel*.
 Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Berlin 1899, Nachdruck Aalen 1979.

- Müller, Klaus* Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, Band I (§§ 1-33), Bielefeld 1991; Band II (Anh. IV nach §§ 33 bis 42), Bielefeld 1996; Band III (§§ 43-64c), Bielefeld 1998.
- Mummelhoff, Winfried* Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit – Die staatliche Mitwirkung bei der Verselbständigung des bürgerlichen Vereins, Köln, Berlin, Bonn, München 1979.
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts* Band I, BGB-Gesellschaft, OHG, PartG, EWIV, hrsg. von Bodo Riegger und Lutz Weipert, München 1995; Band II, Kommanditgesellschaft, Stille Gesellschaft, hrsg. von Bodo Riegger und Lutz Weipert, München 1991; Band III, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, hrsg. von Hans-Joachim Priester und Dieter Mayer, München 1996; Band IV, Aktiengesellschaft, 2. Aufl.; hrsg. von Michael Hoffmann-Becking, München 1999, alle zit.: *MünchHdb. Bd /Bearbeiter*.
- Münchener Kommentar* Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, 4. Aufl., München 2001; Band 4, Schuldrecht Besonderer Teil (§§ 607-704), 3. Aufl., München 1997, alle zit.: *MüKo/Bearbeiter*.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Musielak, Hans-Joachim* Band 1 (§§ 1- 53), hrsg. von Bruno Kropff und Johannes Semler, 2. Aufl., München 2000, zit.: *MünchKAktG/Bearbeiter*.
- Neumann, Renate* Grundkurs BGB, 6. Aufl., München 1999.
- Nitschke, Manfred* Rechtliche Möglichkeiten der Mitglieder zur Teilnahme an der Willensbildung in der eingetragenen Genossenschaft, Tübingen 1982.
- Noack, Ulrich* Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, Bielefeld 1970.
- Palandt, Otto* Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1994.
- Parisius, Rudolf / Crüger, Hans Paul, Wilhelm Paulick, Heinz Paulick, Heinz* Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 63. Aufl., München 2003, zit.: *Palandt/Bearbeiter*.
- Priester, Hans-Joachim* Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 20. Aufl., Berlin, Leipzig 1930.
- Priester, Hans-Joachim* Das Führerprinzip im privaten Vereinsrecht, JW 1934, S. 8 ff.
- Raiser, Thomas* Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, Karlsruhe 1956.
- Raiser, Thomas* Anpassung der Stellung des Vorstands der eingetragenen Genossenschaft an die des Vorstands der Aktiengesellschaft als Problem de lege ferenda, in: Festschrift für Georg Draheim, 2. Aufl., Göttingen 1971, S. 211 ff.
- Raiser, Thomas* Nichtkorporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften, DB 1979, S. 681 ff.
- Reichert, Bernhard* Drittbindung des Stimmrechts und Satzungsautonomie, in: Festschrift für Winfried Werner, Berlin, New York 1984, S. 657 ff.
- Reichert, Bernhard* Mitbestimmungsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., Berlin, New York 2002, zit.: *Raiser, MitbestG*.
- Reichert, Bernhard* Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., München 1992, zit.: *Raiser, Kapitalgesellschaften*.
- Reichert, Bernhard* Weisungen an Aufsichtsratsmitglieder ?, ZGR 1978, S. 391 ff.
- Reichert, Bernhard* Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 9. Aufl., Neuwied, Krefeld, Berlin 2003.

- Renaud, Achilles*
Reul, Adolf
Reuter, Dieter
Reuter, Dieter
Reuter, Dieter
Reuter, Dieter
Reuter, Dieter
Reuter, Dieter
Reuter, Dieter
Ritter, Carl
Rohleder, Michael
Roth, Günter H. / Altmeppen, Holger
Röttger, Robert
Rowedder, Heinz / Schmidt-Leithoff, Christian
Säcker, Franz Jürgen
Saenger, Ingo
Sauter, Eugen / Schweyer, Gerhard / Waldner, Wolfram
Savigny, Friedrich Karl von
Schaible, Jörg
Schlegelberger
Schmidt, Karsten
- Das Recht der Actiengesellschaften, 2. Aufl., Leipzig 1875.
Das Konzernrecht der Genossenschaften, 1. Aufl., Baden-Baden 1997.
Probleme der Mitgliedschaft beim Idealverein, ZHR 145 (1981), S. 273 ff.
Der Beirat der GmbH, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992, S. 631 ff.
Bestellung und Anstellung von Organmitgliedern im Körperschaftsrecht, in: Festschrift für Wolfgang Zöllner, Köln, Berlin, Bonn, München 1998, S. 487 ff.
Der Beirat der Personengesellschaft, in: Festschrift für Ernst Steindorff, München 1990, S. 229 ff.
Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen – Ein Beitrag zum Problem der Gestaltungsfreiheit im Recht der Unternehmensformen, Frankfurt am Main 1973, zit.: *Reuter, Perpetuierung*.
Stimmrechtsvereinbarungen bei treuhänderischer Abtretung eines GmbH-Anteils – Besprechung der Entscheidung vom 11.10.1976 – II ZR – 119/75, ZGR 1978, S. 633 ff.
Die Personengesellschaft als abhängiges Unternehmen, ZHR 146 (1982), S. 1 ff.
Die „Wesenselemente“ der Personengesellschaft in der neueren Rechtsprechung, GmbHR 1981, S. 129 ff.
Aktiengesetz, Kommentar, Berlin, München 1939.
Die Übertragbarkeit von Kompetenzen auf GmbH-Beiräte, Köln 1991.
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 4. Aufl., München 2003.
Die Kernbereichslehre im Recht der Personenhandelsgesellschaften, Heidelberg 1989.
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 4. Aufl., München 2002, zit.: *Rowedder/Bearbeiter*.
Die Anpassung des Gesellschaftsvertrages der GmbH an das Mitbestimmungsgesetz, DB 1977, S. 1845 ff.
Beteiligung Dritter bei Beschlussfassung und Kontrolle im Gesellschaftsrecht, Berlin 1990.
Der eingetragene Verein, 17. Aufl., München 2001, zit.: *Sauter/Schweyer*.
System des heutigen Römischen Rechts, Band 2, Neudruck der Ausgabe von 1840, Aalen 1981.
Der Gesamtverein und seine vereinsmäßig organisierten Untergliederungen, 1. Aufl., Baden-Baden 1992.
Handelsgesetzbuch, Kommentar, erläutert von Ernst Gebler, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Hildebrandt, Georg Schröder, Band III/1. Halbband (§§ 105-160), 5. Aufl., München 1992; Band III/2. Halbband (§§ 161- 177a, §§ 335- 342 = §§ 230-237 n.F.), 5. Aufl., München 1986, zit.: *Schlegelberger/Bearbeiter*.
Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 2002, zit.: *K. Schmidt, GesR*.

- Schmidt, Karsten* Selbstorganschaft – Eine Skizze, in: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 307 ff.
- Schmidt, Karsten* Die obligatorische Gruppenvertretung im Recht der Personengesellschaften und der GmbH, ZHR 146 (1982), S. 525 ff.
- Schmidt, Karsten* Rechtsschutz des Minderheitsgesellschafters gegen rechtswidrige ablehnende Beschlüsse, NJW 1986, S. 2019 ff.
- Schmidt, Karsten* Die Handels-Personengesellschaft in Liquidation, ZHR 153 (1989), S. 270 ff.
- Schmidt, Karsten* Eintragung „religiöser Wirtschaftsvereine“?, NJW 1988, S. 2574 ff.
- Schmidt, Karsten* Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH, NJW 2001, S. 3577 ff.
- Schmidt, Karsten* Die Behandlung treuwidriger Stimmen in der Gesellschafterversammlung und im Prozess, GmbHR 1992, S. 9 ff.
- Schmidt, Karsten* „Kündigung der Geschäftsführung und Vertretung“ durch den Personengesellschafter, DB 1988, S. 2241 ff.
- Schmidt, Reiner* Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsform, ZGR 1996, S. 345 ff.
- Schmidt-Rimpler, Walter* Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), S. 130 ff.
- Schmidt-Rimpler, Walter* Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Berlin, München 1965, S.1 ff.
- Schmidt-Rimpler, Walter* Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974, S. 3 ff.
- Schneider, Uwe H.* Prolegomena zu einem Konzernrecht für Personengesellschaften, ZGR 1975, S. 253 ff.
- Schneider, Uwe H.* Konzernbildung, Konzernleitung und Verlustausgleich im Konzernrecht der Personengesellschaften, ZGR 1980, S. 511 ff.
- Schneider, Uwe H..* Die Haftung von Mitgliedern des Beirats einer Personengesellschaft, DB 1973, S. 953 ff.
- Schneider, Uwe H..* GmbH und GmbH & Co KG in der Mitbestimmung, ZGR 1977, S. 335 ff.
- Schneider, Uwe H.* Die Teilnahme von Vorstandsmitgliedern an Aufsichtsratssitzungen, ZIP 2002, S. 873 ff.
- Schockenhoff, Martin* Der Grundsatz der Vereinsautonomie, AcP 193 (1993), S. 35 ff.
- Schockenhoff, Martin* Vereinsautonomie und Autonomie kirchlicher Vereine, NJW 1992, S. 1013 ff.
- Scholz, Franz* Klein-Kommentar zum GmbH - Gesetz, Köln 1947.
- Scholz, Franz* GmbH-Gesetz, Kommentar, Band I §§ 1-44 mit Anh. Konzernrecht, 9. Aufl., Köln 2000, Band II §§ 45-85, 9. Aufl., Köln 2002, zit.: *Scholz/Bearbeiter*.
- Schubert, Rolf / Steder, Karl-Heinz* Genossenschafts-Handbuch, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, den steuerlichen und wettbewerbsrechtlichen Regelungen sowie Sammlung einschlägiger Rechtsvorschriften, Band I und II, Berlin Stand: Februar 2001.
- Semrau, Susanne* Die Dritteinflussnahme auf die Geschäftsführung von GmbH und Personengesellschaften, Köln 2000.

- Sieger, Jürgen J. / Schulte, Norbert Simon, Stefan* Vereinbarungen über Satzungsänderungen, GmbHR 2002, S. 1050 ff.
Bestellung und Abberufung des Aufsichtsrats in GmbH und GmbH & Co. KG, GmbHR 1999, S. 257 ff.
- Soergel, Hans Theodor* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil 1 (§§ 1-103), 13. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 2000 (ohne Auflagenzusatz zitiert); Band 2, Allgemeiner Teil 2 (§§ 104-240), 13. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1999 (ohne Auflagenzusatz zitiert); Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1987; Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978; Band 4, Schuldrecht III (§§ 705-853), 11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1985; alle zit.: *Soergel/Bearbeiter*.
- Staub* Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Zweiter Band (§§ 178-342), 12. und 13. Aufl., Berlin und Leipzig 1926, zit.: *Staub/Bearbeiter*.
- Staudinger, Julius von* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsge-
setz und Nebengesetzen,
Erstes Buch, Allgemeiner Teil §§ 1-89, 12. Aufl., Berlin 1980; §§
21-103, 13. Aufl., Berlin 1995 (ohne Auflagenzusatz zitiert);
Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 652-740, 12.
Aufl., Berlin 1991, zit.: *Staudinger/Bearbeiter*.
- Staufer, Wolfgang* Die Beschränkung der statutarischen Autonomie durch das Ge-
nossenschaftsgesetz, Tübingen 1974.
- Steinbeck, Anja* Vereinsautonomie und Dritteinfluss, Berlin 1999.
- Stöber, Kurt* Handbuch zum Vereinsrecht, 8. Aufl., Köln 2000.
- Stober, Rolf* Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, NJW
1982, S. 449 ff.
- Stritzke* Vom Werden des neuen Vereinsrechts, JW 1933, S. 2094 ff.
- Sudhoff, Heinrich* Personengesellschaften, 7. Aufl., München 1999.
- Teichmann, Arndt* Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, München 1970,
zit.: *Teichmann, Gestaltungsfreiheit*.
- Teichmann, Robert / Koehler, Walter Teubner, Gunther* Aktiengesetz, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1939.
- Theissen, Rolf* Der Beirat zwischen Verbandssouveränität und Mitbestimmung –
Zu den Schranken der Beiratsverfassung in der GmbH, ZGR
1986, S. 565 ff.
- Thomas, Heinz / Putzo, Hans* Die „verdrängende“ Stimmrechtsausübung in der GmbH, DB
1993, S. 469 ff.
- Timm, Wolfram* Zivilprozessordnung, Kommentar, 22. Aufl., München, 1999.
- Tipke, Klaus* Anmerkung zum Urteil des LG Bochum 12 O 67/86, ZIP 1986,
S. 1386 ff.
- Tuhr, Andreas von* Die Steuerrechtsordnung, Band I, 2. Aufl., Köln 2000.
- Ulmer, Peter* Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1,
Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin 1910/1957.
Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH
?, in: Festschrift für Winfried Werner, Berlin, New York 1984, S.
911 ff.

- Ulmer, Peter* Nochmals: Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH ?, in: Festschrift für Heribert Wiedemann, München 2002, S. 1297 ff.
- Ulmer, Peter* Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht ?, NJW 1987, S. 1849 ff.
- Van Venrooy, Gerd J.* Beeinträchtigung der dienstvertraglichen Freistellung des GmbH-Geschäftsführers von Weisungen durch den GmbH-Gesellschaftsvertrag und durch Gesellschafterbeschlüsse, GmbHR 1982, S. 175 ff.
- Vollmer, Lothar* Die mitbestimmte GmbH – Gesetzliches Normalstatut, mitbestimmungsrechtliche Satzungsgestaltungen und gesellschaftsrechtlicher Minderheitenschutz, ZGR 1979, S. 135 ff.
- Voormann, Volker* Die Stellung des Beirats im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Köln, Berlin Bonn, München 1990, zit.: *Voormann, Beirat*.
- Voormann, Volker* Die Stellung des Beirats im Genossenschaftsrecht, ZfG 1984, S. 237 ff.
- Waldmann* Gilt der Grundsatz, dass Beschlüsse einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft nicht von der Mitwirkung Dritter abhängig gemacht werden können, ohne jede Ausnahme ?, DFG 1940, S. 105 ff.
- Wasse, Günter* Die Werke und Einrichtungen der evangelischen Kirche: ein Beitrag zum kirchlichen Organisationsrecht, Göttingen 1954.
- Weber, Christoph* Privatautonomie und Außeneinfluss im Gesellschaftsrecht, Tübingen, 2000.
- Weber, Heinz-Otto* Die eingetragene Genossenschaft als wirtschaftlicher Sonderverein, Göttingen 1984.
- Werner, Winfried* Vertretung der Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern, ZGR 1989, S. 369 ff.
- Werra, Mathias* Zum Stand der Diskussion um die Selbstorganschaft, Berlin 1991.
- Westermann, Harm Peter* Handbuch der Personengesellschaften, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht, 4. Aufl., Köln 1994, Stand: Dezember 2002, zit.: *H. P. Westermann, Handbuch*.
- Westermann, Harm Peter* Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin, Heidelberg, New York 1970, zit.: *H. P. Westermann, Vertragsfreiheit*.
- Westermann, Harry* Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens im Aktien- und Genossenschaftsrecht, in: Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Köln, Berlin, Bonn, München 1972, S. 517 ff.
- Westermann, Harry* Zum Rechtsbegriff des Verbundes bei Genossenschaft, in: Festschrift für Georg Draheim, 2. Aufl., Göttingen 1971, S. 196 ff.
- Westhoff, Norbert* Bankenvertreter in den Beiräten mittelständischer Unternehmen, Bonn 1984.
- Wiedemann, Heribert* Gesellschaftsrecht - Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Band I - Grundlagen, München 1980, zit.: *Wiedemann, GesR*.

- Wiedemann, Heribert* Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, Berlin, München 1965, zit.: *Wiedemann, Übertragung.*
- Wiedemann, Heribert* Verbandssouveränität und Außeneinfluss, in: Festschrift für Wolfgang Schilling, Berlin, New York 1973, S. 105 ff.
- Wiedemann, Heribert* Die Legitimationswirkung von Willenserklärungen im Recht der Personengesellschaften, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, S. 585 ff.
- Wiedemann, Heribert* Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, WM 1975, Sonderbeilage IV 1975, S. 5 ff.
- Wiedemann, Heribert* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 9.12.1968 – II ZR 33/67, JZ 1969, S. 469 ff.
- Wiedemann, Heribert* Erfahrungen mit der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, hrsg. von Marcus Lutter und Heribert Wiedemann, ZGR Sonderband 13, Berlin, New York 1998, S. 5 ff.
- Wieland, Karl* Handelsrecht, Zweiter Band – Die Kapitalgesellschaften, München, Leipzig 1931.
- Winkler, Karl* Materielle und formelle Bestandteile in Gesellschaftsverträgen und Satzungen und ihre verschiedenen Auswirkungen, DNotZ 1969, S. 394 ff.
- Winter, Martin* Organisationsrechtliche Sanktionen bei Verletzung schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen ?, ZHR 154 (1990), S. 259 ff.
- Winter, Martin* Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, München 1988, zit.: *Winter, Treuebindungen.*
- Wolff, Hans J. /
Bachof, Otto* Verwaltungsrecht II (Organisations- und Dienstrecht), 4. Aufl., München 1976, zit.: *Wolff/Bachof, VerR II.*
- Würdinger, Hans* Aktiengesetz und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1981.
- Zöller, Richard* Zivilprozessordnung, Kommentar, 23. Aufl., Köln 2002, zit.: *Zöller/Bearbeiter.*
- Zöllner, Wolfgang* Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992, S. 85 ff.
- Zöllner, Wolfgang* Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, Berlin, München 1963, zit.: *Zöllner, Schranken.*
- Zutt, Jürg* Stimmbindungen gegenüber Dritten, Ergebnisse einer Umfrage, ZHR 155 (1991), S. 213 ff.

1. Kapitel - Einleitung und Problemstellung

I. Einführung

„Zu den Grundproblemen des Gesellschaftsrechts gehört die Frage, *ob* und *wie* sich ein Verband absichtlich einer Fremdsteuerung durch Nichtgesellschafter unterwerfen kann“¹.

Diese von *Wiedemann* vor über 25 Jahren aufgeworfene Frage hat an Aktualität nichts verloren. Um die Spannbreite der von dieser Frage betroffenen Thematik aufzuzeigen, sind nachfolgende Beispiele angeführt, deren gemeinsamer Kern sich auf die Zulässigkeit von Dritteinfluss reduzieren lässt:

- *Beispiel Nr. 1:* Dem Hauptabnehmer eines Zulieferbetriebs (*GmbH*) wird im Gesellschaftsvertrag ein Mitbestimmungsrecht bei der Produktpolitik eingeräumt, um die Geschäftsbeziehung zu stärken. Zur Verkürzung der Entscheidungswege darf er dabei dem Geschäftsführer Weisungen direkt erteilen. In einem anderen Fall wird dieses Weisungsrecht in einem schuldrechtlichen Kooperationsvertrag zwischen dem Abnehmer und der *GmbH* aufgenommen².

- *Beispiel Nr. 2:* Die *A-Aktiengesellschaft* erhielt vom Land B die Konzession, den gesamten Bahnbetrieb im Land zu betreiben. Um dem Land gleichwohl einen verkehrspolitischen Einfluss auf die Unternehmenspolitik zu bewahren, wurde in die Satzung eine Vorschrift aufgenommen, nach der das Land, vertreten durch den zuständigen Verkehrsminister, die Besetzung und Abberufung des Vorstands bestimmen kann. Ferner wurde in der Satzung ein Genehmigungsvorbehalt für Satzungsänderungen festgehalten³.

- *Beispiel Nr. 3:* Die Satzung eines religiösen *Vereins* (etwa Caritas-Verein oder Diakonisches Werk) sieht vor, dass u.a. Satzungsänderungen, Auflösung des Vereins, Etat und Jahresabschluss der schriftlichen Genehmigung eines kirchlichen Würdenträgers (Bischof) bedürfen⁴. Ferner werden Aufsichtsrechte sowie Mitwirkungsrechte bei der Vorstandsbestellung eingeräumt⁵.

- *Beispiel Nr. 4:* Um die Arbeitsmotivation und die Loyalität gegenüber dem Unternehmen zu erhöhen, räumen die Gesellschafter einer nicht mitbestimmten *GmbH* den Arbeitnehmern das Recht ein, Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats bzw. Beirats zu benennen⁶.

- *Beispiel Nr. 5:* Der Vorstand einer sanierungsbedürftigen *Aktiengesellschaft* (bzw. *GmbH*) vereinbart mit der Hausbank die Gewährung weiterer Kredite unter der Zusage, dass die Aktionäre (Gesellschafter) ihrerseits das Grundkapital (Stammkapital) erhöhen⁷.

- *Beispiel Nr. 6:* Der Fremd-Geschäftsführer einer *GmbH* vereinbart mit der Gesellschaft, dass die Gesellschafterversammlung ihr Weisungsrecht nicht ausüben darf. Diese Regelung wird einerseits im Gesellschaftsvertrag aufgenommen, andererseits wird sie im Anstellungsvertrag festgehalten.

¹ So *Wiedemann*, FS für Schilling (1973), S. 105.

² Vgl. *Herfs*, S. 42.

³ In Anlehnung an den „rumänischen Eisenbahnfall“ - *RGZ* 3, S. 123 ff.; dieser Fall spielte zu einer Zeit, in der der Vorstand der *Aktiengesellschaft* noch weisungsabhängig war. Gemäß § 76 I AktG scheidet dies heute aus.

⁴ Nach *BayObLG*, NJW 1980, S. 1756 ff.

⁵ Nach *LG Oldenburg*, JZ 1992, S. 250 ff.

⁶ Vgl. *Weber*, S. 10, 11.

⁷ Vgl. *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 110.

- *Beispiel Nr. 7:* Eine *KG* ist in einem Konzern eingegliedert. Die Konzernspitze hat eine *GmbH* eingeschaltet, die die Mehrheit des Kapitals der *KG* besitzt und alleinige Komplementärin ist. Daneben sind weitere Gesellschafter als Kommanditisten beteiligt. Der Geschäftsführer der *GmbH* ist aufgrund eines Dienstvertrags mit der Konzernspitze verpflichtet, bei allen wichtigen Beschlüssen gemäß deren Weisungen zu stimmen⁸.

- *Beispiel Nr. 8:* Die *A-Bank* gewährt der *B-Aktiengesellschaft* ein hohes Darlehen. Zwar sind Kredit-sicherungsmittel vorhanden, doch möchte darüber hinaus die Bank Einfluss auf grundlegende Geschäftsmaßnahmen erlangen, die eventuell die Kreditrückführung gefährden könnten. Daher wird in den Darlehensvertrag folgender Passus aufgenommen: „Das Darlehen wird sofort fällig, wenn die Hauptversammlung einen Beschluss über eine Umwandlung, Verschmelzung oder den Abschluss eines Unternehmensvertrags fasst.“

In allen obigen Beispielen besteht - wenn auch zunächst nicht offensichtlich - eine gemeinsame rechtliche Problematik: jeweils in allen Fällen wirkt ein Dritter, d.h. jemand, der nicht Mitglied des Verbands (bzw. Gesellschafter) ist, auf den Verband ein. Diese Einflussnahme reicht von der Mitwirkung des Dritten in einem Organ über das Einräumen statutarischer, d.h. in der Satzung enthaltene Drittrechte bis hin zu „bloßen“ schuldrechtlichen Weisungsrechten.

II. Zielsetzung

Die obigen Beispiele geben zugleich die im Rahmen dieser Abhandlung untersuchte rechtliche Problematik wieder: den rechtlichen Einfluss Dritter auf einen Verband und auf verbandsinterne Entscheidungen. Dabei soll sich die Untersuchung auf die Einflussnahme Dritter in den Bereichen Willensbildung, Geschäftsführung und Bestellung sowie Abberufung von Organmitgliedern konzentrieren. In diesem Zusammenhang wird der Begriff des Dritten ausschließlich in einem rechtlichen Sinne verstanden. Insofern ist entscheidend, ob die einflussnehmende Person unmittelbar Verbandsmitglied ist oder nicht. Ein nur mittelbar Beteiligter ist daher Dritter (etwa ein Treugeber)⁹; unerheblich ist auch eine bestehende Organmitgliedschaft des Dritten (wie beispielsweise des Fremdgeschäftsführers), da es lediglich bedeutsam ist, ob der Dritte dem Verband rechtlich als Mitglied angehört oder nicht.

Dabei verfolgt die Untersuchung im wesentlichen zwei Ziele. Die Vielfältigkeit obiger Beispiele zeigt, dass es verschiedene Arten des Dritteinflusses gibt. Zunächst sind daher die Beispiele rechtlich zu strukturieren und klassifizieren. Als Ergebnis zeigt sich, dass sich die verschiedenen Einflussnahmemöglichkeiten in zwei Kategorien

⁸. In Anlehnung an *A. Hueck*, FS für Nipperdey (1965), S. 401, 423.

aufteilen lassen: einerseits in Dritteinfluss, der in der Verbandsverfassung (Gesellschaftsvertrag, Satzung und Statut) enthalten ist und deren materiell-rechtliche Qualität teilt (sog. materiell-statutarischer Dritteinfluss) und andererseits in solchen, der auf externer vertraglicher Grundlage basiert und in keinem Zusammenhang zu der Verbandsverfassung steht. Das Besondere an der ersten Kategorie ist, wie sich zeigt, dass sie sich am Verbandszweck und am Gegenstand der Verbandstätigkeit orientieren muss. Das heißt: ein Dritter, dem diese Einflussmöglichkeit zusteht, kann sie rechtmäßig nur verwenden, um verbandliche Interessen zu verfolgen, nicht dagegen seine isolierten Sonder- und Individualinteressen. Der Handlungs- bzw. Pflichtenrahmen dieser Einflussart ist dann die verbandsrechtliche (organschaftliche) Treuepflicht. Nur bei der zweiten Kategorie ist es - wie sich im Folgenden zeigt - dem Dritten dagegen möglich, eigene Sonder- und Individualinteressen - losgelöst von dem Verbandszweck und der verbandlichen Treuebindung - zu verfolgen. Die rechtliche Schwierigkeit bei deren Unterscheidung ist, dass die zweite Kategorie - obwohl nur schuldrechtlicher Natur - formell in der Satzung enthalten sein kann (sog. formell-statutarischer Dritteinfluss), wie z.B. die namentliche Nennung des Fremdgeschäftsführers bzw. die Festsetzung seiner Bezüge im Gesellschaftsvertrag. Falls dem Dritten Rechte zugewiesen werden, die sowohl materieller als auch nur formeller Bestandteil des Statuts sein können, ist daher genau zu ermitteln, ob es sich um formell-statutarischen oder materiell-statutarischen Dritteinfluss handelt.

Des Weiteren ist der Einfluss Dritter aus verschiedenen Blickwinkeln zu beurteilen. Einerseits aus Sicht des Verbands und seiner Mitglieder - von diesem Standpunkt aus ist in erster Linie der Verband vor gefährdendem Dritteinfluss zu schützen. Andererseits kann man die Einflussmöglichkeiten aus Sicht des einflussnehmenden Dritten bewerten, d.h. ob und mit welchem Erfolg er seine Sonder- und Individualinteressen im Verband verfolgen und durchsetzen kann. Zwar mag es dem historischen Idealbild entsprechen, dass der Verband seine Willensbildung autonom, d.h. im Kreise seiner Mitglieder, ohne den Einfluss verbandsfremder Interessen, bilden soll¹⁰, doch stimmt dies jedenfalls heute nicht immer mit der tatsächlichen Lage überein. Der Dritteinfluss wird vielfach nicht nur als Gefahr¹¹, sondern auch als Chance für den Verband angesehen, um fremdes unternehmerisches oder technologisches Wissen in den Ver-

⁹ Vgl. insofern die Ausführung bei *Loritz*, ZGR 1986, S. 310 ff.

¹⁰ Vgl. *König*, § 15 I, S. 272; *K. Schmidt*, GesR, § 17 I 1a, S. 486 ff.; *Weber*, S. 129.

¹¹ Vgl. hierzu *Dütz*, FS für *Herschel* (1982), S. 55, 75; *Teubner*, ZGR 1986, S. 565, 569, 570.

band zu transferieren¹². Zudem kann z.B. der Verband durch Einräumen rechtlicher Einflussmöglichkeiten die Bereitschaft potentieller Fremdinvestoren erhöhen, da der investierende Dritte durch ein Mitspracherecht unmittelbaren Einfluss auf den wirtschaftlichen Erfolg ausüben kann. Der eingeräumte Dritteinfluss dient dann gewissermaßen als Kreditsicherungsmittel. Vor diesem Hintergrund ist das zweite Ziel der Abhandlung, die unterschiedlichen Einflussmöglichkeiten unter dem Gesichtspunkt zu untersuchen, inwieweit sie dem Dritten ermöglichen, seine eigenen, grundsätzlich nicht verbandskonformen Interessen durchzusetzen.

Die Untersuchung soll sich auf die folgenden Verbände erstrecken: *GbR*, *OHG* und *KG* (wobei in vielen Fällen nicht differenziert wird, da wegen der Gemeinsamkeit der gesamthänderischen Grundstruktur keine Strukturunterschiede bestehen¹³), *Verein*, *GmbH*, *Aktiengesellschaft* sowie *Genossenschaft*.

Dabei wird im Rahmen dieser Abhandlung der moderne juristische Verbandsbegriff zugrunde gelegt, wonach ein privatrechtlicher Verband eine durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung verfasste, auf Mitgliedschaft beruhende und gegenüber den Mitgliedern verselbständigte, einem Verbandszweck dienende Organisation ist¹⁴. Nicht die Rechtsfähigkeit, sondern die Existenz eines Geschäftsführungs- sowie Willensbildungsorgans und die damit verbundene organisatorische Verselbständigung der Verbandssphäre gegenüber der Mitgliedersphäre sind die zentralen Merkmale des so verstandenen Verbands¹⁵. Ausgehend von diesem Verbandsbegriff wird daher versucht, verbandsübergreifende Ergebnisse zu formulieren, statt die Unterschiede der einzelnen Verbandstypen herauszuarbeiten.

III. Gang der Untersuchung

Das nachfolgende zweite Kapitel dient vor allem terminologischer Klärungen. Es stellt die Arten des Dritteinflusses vor und klassifiziert sie, da bisher keine einheitliche Begrifflichkeit in der Literatur vorliegt. Insbesondere sind die grundlegenden Unterschiede zwischen sog. Gläubigerrechten und Organrechten herauszuarbeiten. Anschließend behandelt das dritte Kapitel die verbandsrechtliche Problematik der Fremdbestimmung, welche im Eingriff in die Richtigkeitsgewähr verbandlicher Entscheidungen liegt. Das vierte Kapitel beleuchtet im Folgenden den organschaftlichen

¹². Vgl. Herfs, S. 41; Teubner, a.a.O.

¹³. Vgl. Müko/Ulmer, Vor § 705, Rdn. 11 ff., m.w.N.

¹⁴. So K. Schmidt, GesR, § 7 I 2a, S. 168; vgl. auch Habersack, Mitgliedschaft, § 3 I 1, S. 17; Kleindiek, Deliktshaftung, § 7 B IV 2, S. 165; Lutter, AcP 180 (1980), S. 84, 92; Müko/Ulmer, § 705, Rdn. 125 ff.; Wiedemann, GesR, § 1 I 1, S. 3 ff.; Zöllner, Schranken, § 1 II, S. 5.

¹⁵. So Habersack, a.a.O.

Dritteinfluss, wobei zunächst auf die sog. „formell-statutarischen“, „materiell-statutarischen“ sowie „organschaftlich wirkenden formell-statutarischen“ Drittrechte einzugehen ist. Auch wird die hier verfolgte Arbeitshypothese herausgearbeitet. Das *fünfte* Kapitel untersucht dann den schuldrechtlichen Dritteinfluss. Das letzte, *sechste* Kapitel bringt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit.

2. Kapitel - Arten des Dritteinflusses

Zunächst sind die aus den obigen Beispielen ersichtlichen Drittrechte zu ordnen und zu klassifizieren, da bisher keine einheitliche Begrifflichkeit in der Literatur besteht. Dabei ist Dritteinfluss zunächst als die Möglichkeit eines Dritten zu verstehen, in irgendeiner Weise Einfluss auf den Verband bzw. dessen Mitglieder nehmen zu können.

I. Schuldrechtlicher Dritteinfluss

Durch den Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrags entsteht ein durch Ansprüche i.S.v. § 194 I BGB festgelegter, vom Verband nur noch bedingt zu steuernder Dritteinfluss. Dessen Besonderheit ergibt sich aus dem Wesen des Vertrags als Ergebnis eines zwischen den Vertragspartnern erzielten Kompromisses. Regelmäßig bewegen sich die Interessen der Vertragspartner in gegensätzlicher Richtung. Durch den Vertragsabschluss einigen sie sich und bringen ihre zuvor unterschiedlichen Positionen zum Ausgleich. Der Vertrag hält die gemeinsam definierte Position fest und erlangt infolgedessen rechtliche Verbindlichkeit, nicht aber die Motive der Vertragsparteien. Auch erfolgt durch den Vertragsabschluss keine Verschmelzung der Parteiinteressen zu einem gemeinsamen Vertragszweck. Vielmehr sind gegenseitige Verträge durch gegenläufige Interessen und Motive geprägt.

Hieraus folgt, dass die Vertragspartei, die einen auf Dritteinfluss abzielenden Vertrag mit dem Verband abschließt, ihre eigennützigen Interessen grundsätzlich verfolgt und verfolgen darf, die aber keineswegs mit dem allgemeinen Verbandsinteresse übereinstimmen müssen. Ob dieser Vertrag allerdings rechtlich anzuerkennen ist, falls er unmittelbare oder mittelbare Nachteile für den Verband bzw. dessen Organe mit sich bringt, ist eine wichtige Frage, die in den nachfolgenden Kapiteln zu beantworten ist. Eine weitere Eigenschaft auf Austausch von Leistungen gerichteter gegenseitiger schuldrechtlicher Verträge sind die nur rudimentär ausgeprägten Loyalitäts- bzw. Treupflichten¹⁶. Sie sollen eine geordnete Vertragsdurchführung ermöglichen, orientieren sich daher nur am konkreten Vertragsinhalt. Ein dadurch begründeter Fremdeinfluss unterliegt insofern regelmäßig nicht der verbandsrechtlichen, sondern der schuldrechtlichen Treupflicht. Insofern kollidiert der Vertragsinhalt - zumindest normentechnisch - grundsätzlich nicht mit dem verbandlichen Organisationsrecht und ist auch nicht verbandsrechtlich kontrollierbar. Es ist daher auch nicht möglich,

¹⁶. Zu schuldrechtlichen Treupflichten vgl. *Jauernig/Vollkommer*, § 242, Rdn. 16 ff.

im Wege verbandsrechtlicher Rechtsbehelfe, wie der Anfechtungs-, Nichtigkeits- oder Feststellungsklage, diese Einflussart auf verbandsrechtliche Treue- bzw. Rechtsverstöße zu überprüfen. Diese Erkenntnis wird - wie sich später zeigt - prozessual durch eine insofern fehlende (verbandsrechtliche) Klagebefugnis ergänzt¹⁷.

Schließlich ist ein weiteres Kriterium zu erläutern: Schuldrechtlicher Dritteinfluss kann keinen unmittelbaren organisationsrechtlichen Einfluss begründen, d.h. schuldrechtlicher Dritteinfluss kann, vorbehaltlich seiner grundsätzlichen Zulässigkeit, keine Wirksamkeits- bzw. Tatbestandsvoraussetzung für eine interne Verbandsmaßnahme sein. Hierzu *Beispiel Nr. 9*:

Die Hausbank gewährt der A-GmbH ein Darlehen in Höhe von € 500.000, damit die GmbH ihren Tätigkeitsbereich auf einen vermeintlichen Zukunftsmarkt ausdehnen kann. Der GmbH stehen als Kreditsicherungsmittel keine nennenswerten Vermögenswerte zur Verfügung. Auch die Gesellschafter sind mittellos, so dass der Hausbank bei allen maßgeblichen Entscheidungen im zukünftigen Geschäftsfeld ein *Mitspracherecht* in Form eines Zustimmungsvorbehalts eingeräumt wird. Dies wird im *Darlehensvertrag* festgehalten. Im Laufe der Tätigkeit beschließt die Gesellschafterversammlung eine grundlegende Geschäftsmaßnahme, die der Hausbank zu risikoreich erscheint. Sie verweigert ihre Zustimmung. Trotzdem weist die Gesellschafterversammlung den Geschäftsführer zur Umsetzung an.

Es stellt sich die Frage, ob der erwähnte Gesellschafterbeschluss trotz der fehlenden Zustimmung wirksam oder - in Anlehnung an § 182 BGB - endgültig unwirksam ist, anders gewendet: ob die Zustimmung eines Dritten Wirksamkeits- bzw. Tatbestandsvoraussetzung für den Beschluss ist; ferner, ob dem Dritten, um den Beschluss gerichtlich überprüfen zu lassen, ein eigenes Anfechtungsrecht zusteht. Auf diesen Punkt geht das *vierte* Kapitel ein.

II. Organschaftlicher Dritteinfluss

Wegen seiner unterschiedlichen dogmatischen Grundlage ist vom schuldrechtlichen Dritteinfluss der organschaftliche Dritteinfluss zu trennen, also ein Dritteinfluss, der sich aus einer Organstellung ergibt. Hierzu eine Abwandlung des *Beispiels Nr. 9*:

In den Gesellschaftsvertrag wird durch Satzungsänderung und registerliche Eintragung ein entsprechendes *Mitspracherecht* der Bank aufgenommen¹⁸. Die Gesellschafterversammlung fasst einen Beschluss, wonach eine neue Geschäftspolitik verfolgt werden

¹⁶ Zu schuldrechtlichen Treuepflichten vgl. *Jauernig/Vollkommer*, § 242, Rdn. 16 ff.

¹⁷ Vgl. S. 171 ff.

¹⁸ Eine derartige Satzungsbestimmung könnte wie folgt aussehen: Der A-Bank wird bei allen grundlegenden Beschlüssen der Gesellschafterversammlung, die für den Bestand und die weiteren geschäftlichen Entwicklung von Bedeutung sind, ein Zustimmungsrecht eingeräumt. Die Zustimmung bzw. deren Verweigerung ist dem Versammlungsleiter binnen 14 Tagen nach Beschlussfassung schriftlich mitzuteilen. Wenn keine Mitteilung erfolgt, gilt dies als erklärte Zustimmung der A-Bank.

soll. Die Hausbank verweigert die Zustimmung, da das Unternehmen eines anderen guten Kunden sich gerade diesem Geschäftsfeld zuwendet und die Konkurrenz fürchtet. Ihre Verweigerung teilt sie ordnungsgemäß mit. Der Geschäftsführer bereitet dennoch die Umsetzung der neuen Geschäftspolitik entsprechend vor.

Es stellen sich auch hier die selben, bereits oben erörterten Fragen, nämlich ob die Zustimmung der Hausbank Wirksamkeits- bzw. Tatbestandsvoraussetzung für den Beschluss ist, ferner wie sich die interessenwidrige Verweigerung der Zustimmung verbandsrechtlich auswirkt sowie, ob der Bank ein eigenes Anfechtungsrecht zusteht, weil der Beschluss in nicht satzungsgemäßer Weise gefasst wurde.

Gleichwohl muss man zunächst auf den/die Unterschiede beider Einflussarten eingehen. Organschaftlicher Dritteinfluss ist zunächst organschaftlicher Natur, der - allgemein gehalten - dem Verbandsinteresse unterliegt und sich am Verbandszweck und Gegenstand der Verbandstätigkeit zu orientieren hat¹⁹. Die organschaftlichen Kompetenzen als Mitglied eines Kontroll-, Geschäftsführungs- oder Fakultativorgans werden dem Dritten - genauso wie dem jeweiligen Gesellschafter - nicht zur Verfolgung eigennütziger Interessen, sondern als fremdnützig bzw. uneigennützig Rechte eingeräumt²⁰. Im Unterschied zur schuldrechtlichen Einflussnahme kann der Dritte also keine Eigeninteressen verfolgen, ohne verbandliche Sanktionen zu unterliegen²¹.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass die Vertragsparteien den schuldvertraglichen Dritteinfluss grundsätzlich nur einvernehmlich im Wege eines Aufhebungsvertrags aufheben können. Dagegen verbleibt beim organschaftlichen Einfluss dem Verband bzw. dessen zuständigem Organ die Kompetenz, jederzeit die dem Dritten eingeräumte Einflussmöglichkeit wieder zu entziehen (sog. Kompetenz-Kompetenz)²², sei es durch Änderung der entsprechenden Satzungsklausel oder durch Abberufung des Dritten in seiner Eigenschaft als Organ (z.B. Geschäftsführers). Die organschaftliche Fremdbestimmung ist also immer selbstbestimmt und auch zukünftig selbst bestimmbar.

Schließlich ist noch ein weiterer, signifikanter Unterschied hervorzuheben: die organschaftliche Kompetenzzuweisung - wie z.B. in der Abwandlung des *Beispiels Nr. 9* das Zustimmungsrecht - hat zur Folge, dass sie verbandsintern von sämtlichen Or-

¹⁹. Brandner, FS für Rowedder (1994), S. 41, 44; K. Schmidt, GesR, § 4 II 3, S. 64 ff.; H. Westermann, FS Schnorr v. Carolsfeld (1972), S. 517, 531; Würdinger, § 10 II 1b, S. 40, 41; BGH, NJW 1995, S. 192, 193.

²⁰. Vgl. Beuthien/Gätsch, ZHR 156 (1992), S. 459, 469; Bürkle, S. 50 ff.; Hauswirth, B II 3c b, S. 63; Herfs, S. 67; Krause, S. 219, 224; MüKo/Ulmer, § 709, Rdn. 8, 53; Ulmer, FS für Wiedemann (2002), S. 1297, 1304 ff.; Winter, Treuebindung, S. 23; Zöllner, Schranken, § 29 I, S. 318 ff.; für die GmbH: Lutter/Hommelhoff, § 43, Rdn. 15, 21; für die Aktiengesellschaft: Würdinger, a.a.O.; für die Genossenschaft: Müller, § 24, Rdn. 10; für den Verein: Reichert, Rdn. 400; für die Personenhandelsgesellschaft: Baumbach/Hopt, § 109, Rdn. 23 ff.

²¹. Vgl. § 43 I u. II GmbHG, § 93 I u. II AktG; so auch Herfs, S. 44, 45.

²². Vgl. Herfs, S. 44; Reichert, Rdn. 742, 749, 750; Steinbeck, § 6, S. 65; dies., § 7 II 1b, S. 72.

ganen zu beachten ist. Auf die Abwandlung bezogen heißt das: die Zustimmung der Bank ist grundsätzlich Wirksamkeits- bzw. Tatbestandsvoraussetzung des Gesellschafterbeschlusses. Ob allerdings der Beschluss formell- oder materiell-rechtlich fehlerhaft oder sogar rechtmäßig, aber schwebend unwirksam i.S.v. § 182 BGB ist, wenn die Zustimmungsverweigerung rechtmäßig war, sei hier noch dahingestellt. Anzumerken ist jedoch, dass die Zustimmungsverweigerung der Bank rechtswidrig ist, da sie aus Gründen verweigert wurde, die dem Verbandsinteresse nicht entsprechen. Aus deren Rechtswidrigkeit folgt deren Unwirksamkeit, also Nichtigkeit, da die treuwidrige Zustimmungsverweigerung mit der treu- bzw. rechtswidrigen Stimmabgabe zu vergleichen ist, welche nach herrschender Meinung ebenfalls nichtig ist²³. Die verweigerte Zustimmung spielt daher bei der Beschlussfassung keine Rolle.

Zur weiteren Erläuterung sei das *Beispiel Nr. 10* angeführt:

In einen Darlehensvertrag zwischen der A-GmbH und ihrer Hausbank wird wiederum eine Vertragsklausel aufgenommen, wonach die Hausbank als Ersatz für reale Kreditsicherheiten den Geschäftsführer bestellen und abberufen kann. Im Folgenden kommt es zu Zerwürfnissen zwischen dem bisherigen Geschäftsführer B und der Bank, welche ihn darauf hin abberuft und C zum neuen Geschäftsführer ernennt. Die Gesellschafterversammlung der A-GmbH betrachtet indes B weiterhin als Geschäftsführer.

In einem anderen Fall wird nicht in den Darlehensvertrag, sondern in den Gesellschaftsvertrag durch satzungsändernden Beschluss eine entsprechende Bestellungs- und Abberufungskompetenz der Bank aufgenommen. Auch hier kommt es zum Streit und den entsprechenden Reaktionen.

Für alle Beteiligten stellt sich in beiden Fällen die Frage, wer Geschäftsführer ist, d.h. ob die Abberufung des B und die Bestellung des C organisationsrechtlich wirksam waren oder nicht.

Im Ausgangsfall haben die „Abberufung“ des B und die „Bestellung“ des C keine organisationsrechtliche, sondern nur eine schuldrechtliche Wirkung, B ist daher weiterhin Geschäftsführer. Die Bank hat - sofern rechtlich zulässig - nur einen Anspruch auf Abberufung des B und Neubestellung des C. Anders ist allerdings die Rechtslage in der Abwandlung: Dort wurde C wirksam zum Geschäftsführer bestellt und B wirksam abberufen. Grund dieser unterschiedlichen Rechtsfolgen ist die Rechtsnatur der jeweiligen Einflussart, dort in Form eines schuldrechtlichen Gläubigerrechts und hier in Form eines Organrechts. Wie sich nun diese unterschiedliche verbandsinterne Wirkung erklären lässt, gilt es im Folgenden zu beantworten.

²³ Vgl. OLG Hamburg, ZIP 1991, S. 1430, 1434; Lutter/Hommelhoff, Anh. 47, Rdn. 46; MüKo/Ulmer, § 709, Rdn. 53; a.M. Koppenteiner, ZIP 1994, S. 1325; vgl. auch Steinbeck, § 6, S. 64, 65.

Die rechtsdogmatische Einordnung der Gläubigerrechte ist unproblematisch, da sie als schuldrechtliche Ansprüche (i.S.v. § 194 BGB) zu qualifizieren sind und ihre rechtliche Grundlage in einem Schuldvertrag zwischen außenstehenden Dritten und dem Verband haben. Derartige Gläubigerrechte begründen also einen Anspruch auf ein bestimmtes Tun oder Unterlassen, § 194 I BGB. Die Eigenart des Anspruchs erfordert indes ein bestimmtes Verhalten des Anspruchsverpflichteten (hier der *GmbH*), ohne welches der anspruchsgemäße Zustand (Abberufung des B und Bestellung des C) nicht bestünde. Charakteristisch für den Anspruch ist daher, dass der Gläubiger auf die Mitwirkung des Schuldners (hier der *GmbH*) angewiesen ist²⁴. In dem *Beispiel Nr. 10* wäre dies ein entsprechender Widerrufs- und Bestellungsbeschluss der Gesellschafterversammlung als dem dafür zuständigen Organ (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Solange dieser Beschluss nicht erfolgt, ist weiterhin B Geschäftsführer und damit - ungeachtet des vertragsmäßigen Verlangens der Bank - abzuwählen und C zum Geschäftsführer zu bestellen. Ohne eine freiwillige Anspruchserfüllung seitens der *GmbH* ändert sich daran erst einmal auch nichts. Die Bank wäre vielmehr auf die üblichen Mittel der Klage und Zwangsvollstreckung angewiesen, um ihr Ziel zu erreichen. Ob sie dabei gegen die *GmbH* klagen und ggf. vollstrecken kann, behandelt das *vierte Kapitel*.

Von den Gläubigerrechten unterscheiden sich die Organrechte hinsichtlich ihrer Rechtsnatur. Deren Rechtsgrundlage ist die organisationsrechtliche Einordnung der Organe als Pflichtensubjekte. Die Organe sind unbedingt auf den Verbandszweck und den Gegenstand der Verbandstätigkeit ausgerichtet und stehen somit in einem Pflichtenverhältnis zum und innerhalb des Verbands²⁵. Aus diesem Pflichtenrahmen ergeben sich spiegelbildlich Organrechte. Ob allerdings unter der Bezeichnung Organ“recht“ ein subjektives Recht oder eine materielle, fremdnützige Wahrnehmungszuständigkeit zu verstehen ist, ist umstritten, für die vorliegende Untersuchung jedoch ohne Bedeutung²⁶. Denn nicht die genaue Einordnung der Organrechte in das System der subjektiven Rechte als vielmehr deren verbandsinterne Wirkungsweise ist hier entscheidend. Insofern ähneln die Organrechte den Gestaltungsrechten, die eine einseitige Einwirkung des Rechtsinhabers auf ein Rechtsverhältnis erlauben, so dass

²⁴. Vgl. *Larenz/Wolf*, § 18, Rdn. 1 ff., S. 349 ff.

²⁵. Vgl. auch *Hauswirth*, S. 65.

²⁶. Vgl. zur Rechtsnatur: *Enneccerus/Nipperdey*, § 72, S. 428 ff.; *Hauswirth*, S. 129; *Hommelhoff*, ZHR 143 (1979), S. 288, 302, m.w.N.; *Larenz/Wolf*, § 15, Rdn. 115, S. 314.

dieser nicht auf die Mitwirkung des Schuldners angewiesen ist²⁷. Gestaltungsrechte kann man insofern auch als eine Art Normsetzungsbefugnis bezeichnen, da sie bestimmen, was für den Gestaltungsgegner verbindlich ist²⁸.

Die Ausübungswirkung von Organrechten entspricht der der Gestaltungsrechte, da beide der Mitwirkung eines Dritten nicht bedürfen, um die beabsichtigten Rechtsfolgen bzw. eine verbindliche Rechtslage herzustellen²⁹. Sei es bewusst oder unbewusst, hat schon *Kronstein* diese Gemeinsamkeit aufgezeigt, als er das Recht eines Dritten zur Vorstandsbestellung als körperschaftliches Gestaltungsrecht beschrieb. Sinngemäß führt er aus: solange der Dritte den Vorstand nicht bestelle, habe die Gesellschaft keinen Vorstand. Ein von einem anderen Gesellschaftsorgan bestellter Vorstand sei in nichtiger Weise bestellt worden und daher nicht existent. Das dem Dritten überlassene Organschaftsrecht sei ein ausschließliches Recht zur Gestaltung der Vorstandschaft³⁰. Die von *Kronstein* verwendete Bezeichnung als „körperschaftliche Gestaltungsrechte“ trifft grundsätzlich zu, nicht jedoch deren Reduzierung auf die Körperschaften. Diese gestaltende Wirkung haben alle Organrechte verbandsübergreifend; insofern sind sie auch als „Quasi-Gestaltungsrechte“ zu bezeichnen.

Auf die Einzelheiten, insbesondere die Zulässigkeit organschaftlicher Einflussmöglichkeiten Dritter, geht das *vierte* Kapitel ein.

III. Statutarischer Dritteinfluss

Statutarischer Dritteinfluss wird vielfach als Synonym für den organschaftlichen Dritteinfluss verwandt³¹. Doch stellt sich bei genauer Betrachtung diese Kategorie als keine eigenständige rechtliche, sondern lediglich als deskriptive Einordnung heraus. Statutarisch, abgeleitet von dem Wort „Statut“, bedeutet zunächst nämlich nur: im Statut (= Gesellschaftsvertrag oder Satzung) als Bestandteil enthalten. Eine Aussage zur rechtlichen Qualifizierung erfolgt dabei gerade nicht; diese ist vielmehr erst im Wege der Auslegung der Satzungsbestimmung zu ermitteln. Eine vergleichbare Abgrenzungs- und Auslegungsproblematik ergibt sich bei der dogmatischen Einordnung von Satzungsbestandteilen einer Körperschaft. Hier wie dort stellt sich die Frage, ob die betrachtete Satzungsvorschrift korporativer oder individueller Natur ist. Im letzte-

²⁷. Vgl. *M. Becker*, AcP 188 (1988), S. 24, 25; *Enneccerus/Nipperdey*, § 73 I 3, S. 441 ff.; *Larenz/Wolf*, § 15, Rdn. 78, S. 306; *Medicus*, § 12, Rdn. 79; *Gesetzliche Beispiele* sind die *Anfechtung*, §§ 119 ff. BGB; *Aufrechnung*; §§ 387 ff. BGB; zu weiteren Beispielen *M. Becker*, AcP 188 (1988), S. 24, 42 ff.

²⁸. *Larenz/Wolf*, a.a.O.

²⁹. So auch *Eschelbach*, S. 56.

³⁰. *Kronstein*, S. 20.

³¹. Vgl. etwa *Steinbeck*, § 6, S. 64 ff.

ren Fall liegt nur eine schuldrechtliche Satzungsbestimmung vor - etwa die erwähnte Festlegung der Bezüge des Fremdgeschäftsführers³². Setzt man also statutarischen Dritteinfluss mit organschaftlichem Einfluss gleich, besteht insofern eine Verwechslungsgefahr, als jeder statutarische Dritteinfluss per se als organschaftlicher Dritteinfluss erscheint, obgleich schuldrechtlicher Dritteinfluss auch im Statut, eben statutarisch, enthalten sein kann und somit hierunter fällt.

IV. Dritteinfluss durch organisationsrechtliche Verträge

Konzernbegründende Unternehmensverträge, insbesondere Beherrschungsverträge i.S.d. § 291 I AktG vermitteln organisationsrechtlichen/-vertraglichen Dritteinfluss³³.

Während die beiden zuvor erörterten Arten von Dritteinfluss ihrer Rechtsnatur nach Gegenpole darstellen (einerseits Schuld- und andererseits Organisationsrecht), ist die Rechtsnatur dieser Einflussart zweideutig. Einigkeit besteht insoweit, dass Unternehmensverträge zumindest schuldrechtliche Beziehungen zwischen den verbundenen Unternehmen begründen³⁴. Jedoch gehen die Auswirkungen derartiger Verträge weiter als die einfacher Austauschverträge, da „sie letztlich die Satzung der abhängigen Gesellschaft weithin verdrängen“³⁵. Es hat sich daher zwischenzeitlich herausgebildet, dass konzernrechtliche Unternehmensverträge als Organisationsverträge zu qualifizieren sind, da deren Rechtsfolgen einen weitreichenden Eingriff in die Kompetenzverteilung des beherrschten Verbands bedeuten. Wegen dieser strukturändernden Auswirkung laufen derartige Verträge auf eine Satzungsänderung im materiellen Sinne hinaus³⁶. Dies wird im Folgenden erläutert.

Mit dem *aktienrechtlichen* Beherrschungsvertrag tritt an die Stelle der eigenverantwortlichen Leitung des Vorstands (§ 76 AktG) die fremdbestimmte Geschäftsführung durch das herrschende Unternehmen aufgrund dessen Weisungskompetenz (§ 308 AktG). Zudem wird die strenge Kapitalbindung zu Gunsten des herrschenden Unternehmens gelockert (§ 291 III AktG). Bei der *GmbH* ist der Geschäftsführer der abhängigen *GmbH* fortan verpflichtet, in Abweichung zu §§ 46, 37 I GmbHG Weisun-

³² Vgl. S. 50.

³³ Vgl. *Baumbach/Hopt*, § 105, Rdn. 105, m.w.N.; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbH-KonzernR, Rdn. 20; v. *Detten*, § 3 H, S. 129; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 11, S. 156 ff.; *GroßKzHGB/Ulmer*, Anh. § 105, Rdn. 13; *Kleindiek*, Strukturvielfalt, § 2 A II, S. 20 ff., m.w.N.; *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 13, Rdn. 50; *Müller*, Anh. II § 93 s, Rdn. 40; *Großfeld*, Genossenschaft, S. 33 ff.; *Reul*, § 6 F III, S. 179; *K. Schmidt*, GesR, § 17 III 1, S. 499 ff. und § 39 II 2, S. 1216 ff., m.w.N.

³⁴ Vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 11 III, S. 161 ff.

³⁵ So *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 11 III, S. 162, m.w.N.

³⁶ Vgl. zur *GmbH*: *Lutter/Hommelhoff*, NJW 1988, S. 1240, 1241; *Hachenburg/Ulmer*, § 53, Rdn. 139; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbH-KonzernR, Rdn. 37a; zur *Personenhandelsgesellschaft*: *Kleindiek*, Strukturvielfalt, § 4 A III, S. 72 ff.; zur *Genossenschaft*: v. *Detten*, § 3 A IV, S. 70 ff.; *ders.*, § 3 G II 1b, S. 110 ff.; *Reul*, § 10 B II, S. 228; zum *Verein*: *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 37 II 3, S. 534 und § 11 III, S. 161.

gen des herrschenden Unternehmens zu befolgen. Auch bei den übrigen Verbänden haben Beherrschungsverträge derartige Rechtsfolgen³⁷.

Für die vorliegende Untersuchung sind indes nur jene Beherrschungsverträge interessant, die zwischen einem Dritten und dem zu beherrschenden Verband bestehen³⁸. Erst durch den Beherrschungsvertrag erlangt der Dritte einen organisationsrechtlichen Einfluss. Dagegen besteht sowohl vor als auch nach Abschluss des Beherrschungsvertrags keine mitgliederschaftlich vermittelte Einflussnahme. Aber auch während seiner Laufzeit erlangt der Dritte keine Verbandsmitgliedschaft und wird nicht in einen „erweiterten Verbandskreis“ aufgenommen³⁹.

Mittelpunkt des Beherrschungsvertrags ist das Weisungsrecht i.S.d. § 308 AktG (analog). Als Weisung bezeichnet man dabei jede Handlung des herrschenden Unternehmens, durch die es dem geschäftsführenden Organ des abhängigen Verbands ausdrücklich oder konkludent, unmittelbar oder mittelbar bestimmte Maßnahmen bei der Geschäftsführung des Verbands vorschreibt oder empfiehlt⁴⁰. Dieses Weisungsrecht umfasst - verbandsübergreifend - die Leitung des abhängigen Verbands. Das herrschende Unternehmen kann infolgedessen dem zur Geschäftsführung zuständigen Organ Weisungen hinsichtlich aller Fragen der Geschäftsführung und Vertretung erteilen⁴¹. Dabei sind die verbandspezifischen Einzelheiten allerdings noch unklar⁴². Auch umfasst das Weisungsrecht Maßnahmen im innerkorporativen Bereich (z.B. Einberufung der Mitgliederversammlung, Vorbereitung einer Kapitalerhöhung)⁴³, nicht jedoch Grundlagenentscheidungen⁴⁴.

Vor diesem Hintergrund stellt sich nun die Frage, was der Unterschied zwischen organisationsrechtlichem, schuldrechtlichem und organschaftlichem Dritteinfluss ist. Letzterer - so bereits ausgeführt - muss sich am Verbandszweck und Gegenstand der Verbandstätigkeit orientieren. Das Verbandsinteresse ist die entscheidende Richtlinie und der entsprechende Handlungsmaßstab dieser Einflussart. Im Gegensatz dazu kann der Dritte grundsätzlich durch schuldrechtlichen Dritteinfluss Sonderinteressen verfolgen, die sich nicht am eigentlichen Verbandsinteresse orientieren müssen. Da-

³⁷. Für die *Personenhandelsgesellschaft* vgl. Kleindiek, Strukturvielfalt, § 7 B II, S. 99 ff.; für die *Genossenschaft*: v. Detten, § 3 H, S. 129; Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 36 IV 1, S. 527, 528; Reul, § 6 F I 4, S. 169; für den *Verein*: Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 37 II 3, S. 534.

³⁸. Vgl. zu dieser besonderen Fallgruppe: Huber, ZHR 152 (1988), S. 1, 22 ff.; Kleindiek, Strukturvielfalt, § 7 A I, S. 94; Schneider, ZGR 1975, S. 253, 269 ff.; ders., ZGR 1980, S. 511, 518; Löffler, S. 28; vgl. zur *GmbH*: Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbH-KonzernR, Rdn. 19; Timm, ZIP 1986, S. 1386, 1388; zur *Aktiengesellschaft* vgl. Timm, ZIP 1986, S. 1386, 1388; van Venrooy, BB 1986, S. 612 ff.; *Genossenschaft*: v. Detten, § 3 A III 2, S. 67; Reul, § 6 F I 7, S. 174.

³⁹. Timm, ZIP 1986, S. 1386, 1388.

⁴⁰. So etwa Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 23 IV 1, S. 361.

⁴¹. Vgl. Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 23 IV 1, S. 364, 365; Scholz/Emmerich, Anhang Konzernrecht, Rdn. 181.

⁴². Vgl. auch v. Detten, § 3 A III 1c, S. 67, m.w.N.

⁴³. Vgl. Emmerich/Habersack, § 308, Rdn. 40, 41, m.w.N.

gegen nimmt der organisationsvertragliche Dritteinfluss eine Zwischenstellung ein. Man könnte nun infolge eines auf die Geschäftsführung bezogenen eingeräumten Weisungsrechts der Auffassung sein, die Ausübung jenes Rechts habe sich - wie das „normale“ Weisungsrecht der Verbandsmitglieder in ihrer Eigenschaft als Verband-organ⁴⁵ - an das Verbandsinteresse zu halten. Doch ist gerade Folge des Beherrschungsvertrags, dass das herrschende Unternehmen den beherrschten Verband seinem Sonderinteresse unterordnen darf⁴⁶, da durch die Ausrichtung des beherrschten Verbands auf ein fremdes Interesse dessen Verbandszweck verändert wird⁴⁷.

Dieser neudefinierte Verbandszweck ist ursächlich für die genannte Zwischenstellung. Einerseits kann infolge der Konzernausrichtung das herrschende Unternehmen nachteilige, nicht dem Interesse des beherrschten Verbands dienende Weisungen erteilen, ohne eine unmittelbare Kompensationspflicht auszulösen (vgl. § 308 I S.2 AktG). Andererseits wird aber der Verbandszweck zu Gunsten des Konzernzwecks und -interesses neu definiert, so dass der bisherige Verbandszweck - zumindest für die Laufzeit des Beherrschungsvertrags - für die Verbandsorgane nicht verbindlich ist. Die erste Folge der Vertragskonzernierung entspricht daher dem schuldrechtlichen Dritteinfluss in der Weise, dass das herrschende Unternehmen ein außenstehendes Interesse - das übergeordnete Konzerninteresse - legitimerweise verfolgen kann, während die zweite Folge dem organschaftlichen Dritteinfluss entspricht, da sich auch der organisationsvertragliche Dritteinfluss am neu definierten Verbandszweck und -interesse orientieren muss; dieser bzw. dieses muss sich allerdings wiederum am übergeordneten Konzerninteresse orientieren.

Die praktische Bedeutung des organisationsvertraglichen Dritteinflusses ist aber nicht zu überschätzen. Der Abschluss eines Beherrschungsvertrags mit einem außenstehenden Dritten ist in der Regel sehr selten. Denkbar wäre er als Vorbereitung einer organisatorischen Eingliederung des beherrschten Verbands in das herrschende Unternehmen, die z.B. in einer Verschmelzung endet. Dennoch rechtfertigt die dogmatische Bedeutung eine Auseinandersetzung hiermit. Es wird sich zeigen, dass zwischen dem materiell-statutarischen und dem organisationsvertraglichen Einfluss auffallende Parallelen bestehen: genauer „zeigt sich hier sogar die entscheidende Verbindungslinie zwischen dem inneren Verbandsrecht und dem Konzernrecht“⁴⁸.

⁴⁴. Vgl. für die *Aktiengesellschaft*: Hüffer, § 291, Rdn. 10; gilt aber letztlich für alle Verbandstypen.

⁴⁵. Ein derartiges Recht besteht bei der *GmbH* gem. § 37 I GmbHG, bei der *GbR*, *OHG* und *KG* fakultativ gem. §§ 705, 709, 710 BGB, 109, 116 II, 161 II HGB und bei der *Genossenschaft* fakultativ gem. § 27 I S.2 GenG.

⁴⁶. Vgl. Kleindiek, Strukturvielfalt, § 5 A, S. 77, m.w.N.

⁴⁷. BGHZ 105, S. 324, 331 (*Supermarkt-Fall*).

⁴⁸. K. Schmidt, GesR, § 5 I 3c, S. 87.

Es ist also festzuhalten, dass organisationsvertraglicher Dritteinfluss eine Zwischenstellung einnimmt, da er sich sowohl an einem außenstehenden Verbandsinteresse - dem übergeordneten Konzerninteresse - als auch an einem durch die Konzernierung neu ausgerichteten eigenen Verbandsinteresse orientieren muss.

V. Faktischer, indirekter und mittelbarer Dritteinfluss

Zum Schluss sind Fallgruppen zu erörtern, bei denen nicht die rechtliche Grundlage, sondern deren Wirkungsweise im Vordergrund steht.

Faktischer Dritteinfluss entsteht regelmäßig dann, wenn ein Dritter wirtschaftlich derart mächtig ist, dass es ihm möglich ist, seine Interessen zu verfolgen, ohne dass es einer rechtlichen Absicherung bedarf⁴⁹. Häufig ist dieses Phänomen in Wertschöpfungsketten zu finden, wenn etwa der Pkw-Hersteller durch seine starke Nachfragemacht entscheidenden Einfluss auf die Produktpolitik des Zulieferers besitzt. Diese Art Fremdbestimmung resultiert in erster Linie aus einer wirtschaftlichen Machtstellung.

Auch beim indirekten Einfluss tauchen Fragen auf, welche anhand des *Beispiels Nr. 8* erläutert werden⁵⁰. Zwar erfolgt durch die Ausgestaltung des Darlehensvertrags keine direkte Einflussnahme auf die Willensbildung, doch wird sie indirekt (faktisch) im Geltungsbereich der Klausel eingeschränkt, da ein hoher Liquiditätsabfluss regelmäßig finanzwirtschaftliche Probleme (Zahlungsschwierigkeiten, Zahlungsunfähigkeit) mit sich bringt. Der Außenstehende kann durch diese Art von Vertragsgestaltung entscheidenden internen Einfluss gewinnen. Dennoch: der Verband ist weiterhin in seiner Selbstbestimmung formal rechtlich frei, da die Willensbildung unberührt bleibt. In dem Beispiel ist die Hauptversammlung der *B-Aktiengesellschaft* rechtlich nicht daran gehindert, Beschlüsse zu fassen, die die Klausel umfasst. Auch wird durch die Vertragsklausel weder die Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung schuldrechtlich eingeschränkt noch auf die Bank übertragen. Doch nimmt die Bank erheblich auf die verbandsinterne Willensbildung Einfluss. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ergibt sich gleichwohl folgendes Problem: im Außenverhältnis gegenüber der Bank wurde die *B-Aktiengesellschaft* durch den Vorstand (§ 78 AktG) vertreten. Dies ist hinsichtlich des Darlehensvertrags kein Problem, da dessen Abschluss als Akt der Geschäftsführung in die Kompetenz des Vorstands fällt, § 76 I AktG. Die von der Klausel betroffenen Maßnahmen sind jedoch Strukturänderungen,

⁴⁹. Vgl. hierzu auch *Steinbeck*, § 6, S. 65.

welche nur die Hauptversammlung vornehmen kann (§ 179 AktG). Die Geschäftsleitung zwingt daher (faktisch) die Hauptversammlung, auf die von der Klausel betroffenen Strukturveränderungen zu verzichten, wenn der durch die Darlehensrückführung bedingte Liquiditätsabfluss bestandsgefährdend ist. Eine ähnliche Situation liegt auch beim *Beispiel Nr. 5* vor⁵¹. Dort verpflichtet der Vorstand - vorbehaltlich der Zulässigkeit nach §§ 182, 187 AktG - die Gesellschaft (letztlich die Aktionäre) im Außenverhältnis zu einer Satzungsänderung. Die Parallele zum vorherigen Beispiel liegt darin, dass hier ebenfalls nicht der eigentliche Willensbildungsprozess beschnitten wird, sondern der Vorstand seine Kompetenz überschreitet, d.h. die verbandsinterne Kompetenzverteilung missachtet, indem er Maßnahmen bzw. deren Unterlassung (*Beispiel Nr. 8*)⁵² verspricht, die nicht in seinem Machtbereich liegen. Auf den Kernbereich reduziert, geht es bei diesen Fällen in erster Linie um das Problem der verbandsinternen Kompetenzverteilung, also um die Frage, ob die im Außenverhältnis grundsätzlich unbeschränkte Vertretungsmacht des Vorstands (§ 82 I AktG) den Abschluss derartiger Verträge deckt. Erst in zweiter Linie ist die verbandliche Willensbildung betroffen, aber nur in der Weise, dass erstens die Fassung eines bestimmten Willens eine verbandsexterne Rechtsfolge (*Beispiel Nr. 8* - Rückführung des Darlehens)⁵³ bedingt und zweitens die unterlassene Kapitalerhöhung die Kreditgewährung gefährdet und ggf. einen Regress wegen Nichterfüllung auslöst. Auf diese Fragestellungen ist noch im *fünften* Kapitel einzugehen.

Mit den vorherigen Fallgruppen ist der mittelbare Dritteinfluss verwechselbar, welcher durch eine rechtliche Beteiligung eines Verbands an einem anderen entsteht. *Beispiel Nr. 7* erläutert dies⁵⁴: Die Konzernspitze kann infolge ihrer Beteiligung an der *GmbH*, die wiederum mehrheitlich an der *KG* beteiligt ist, durch das ihr als Gesellschafterin gem. §§ 46, 37 II GmbHG zustehende Weisungsrecht dem Geschäftsführer der *GmbH* Anweisungen erteilen. Da der Geschäftsführer infolge der Komplementärstellung der *GmbH* in der *KG* geschäftsführungsbefugt ist, schlagen die Weisungen auf die *KG* durch, obwohl die Konzernspitze nicht deren Gesellschafterin ist. Im rechtlichen Sinne ist die Konzernspitze daher eine verbandsfremde Person. Da bisher die Geschäftsleitung nicht legitimiert wurde (etwa durch Beherrschungsvertrag), müssen sich die Geschäftsführungstätigkeiten der *Komplementär-GmbH* aus-

⁵⁰. Vgl. S. 23.

⁵¹. Vgl. S. 22.

⁵². Vgl. S. 23.

⁵³. Vgl. S. 23.

⁵⁴. Vgl. S. 23.

schließlich am Interesse und Gesellschaftszweck der *KG* orientieren. Das Verfolgen eines außenstehenden Konzerninteresses könnte im Schadensfall zu einer Sanktion wegen gesellschaftsrechtlichen Treueverstosses führen⁵⁵. Diese Fallgruppe berührt daher typische Fragestellungen des Konzernrechts; dies ist jedoch nicht Thematik der vorliegenden Untersuchung.

VI. Klassifizierung der Drittrechte

Die zuvor beschriebenen Einflussarten werden im Folgenden ihrer rechtsdogmatischen Grundlage nach klassifiziert, um die anschließende Diskussion zu erleichtern.

1. Mitgliederrechte

Die Verbandsmitgliedschaft begründet Rechte und Pflichten, welche entweder auf gesetzlicher oder auf vertraglicher Grundlage (Satzung, Statut oder Gesellschaftsvertrag) beruhen. Diese Rechte gehen aus der Mitgliedschaft hervor und stehen dem Mitglied kraft seiner Mitgliedschaft zu, d.h. der Verband bzw. dessen Mitglieder verleihen oder übertragen sie ihm nicht⁵⁶.

2. Organrechte

Organrechte resultieren zunächst aus einer konkreten Organstellung. Die Organzugehörigkeit beruht dabei grundsätzlich auf Wahl, Ernennung oder Bestellung, nicht auf Vertragsautonomie zwischen Verband und designiertem Organmitglied. Der Organwaller⁵⁷ verfügt insofern über Amtsbefugnisse zur Wahrnehmung fremder (Verbands-) Interessen, übt daher keine unmittelbaren Mitgliederrechte aus, auch wenn er seine Organstellung aufgrund seiner Verbandsmitgliedschaft erworben hat (= geborenes Organ). Die unterschiedliche Wahrnehmung von eigen- und fremdnützigen Interessen (Verbandsmitgliedschaft einerseits und Organmitgliedschaft andererseits) ist ein wichtiger Grund, warum zwischen der jeweiligen Ausübung von Organ- und Mitgliedschaftsrechten zu unterscheiden ist⁵⁸.

⁵⁵ Vgl. *K. Schmidt*, NJW, 2001, S. 3577, 3579 ff.

⁵⁶ Ähnlich *K. Schmidt*, GesR, § 19 II 3a, S. 557; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 14, Rdn. 12; *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 485; *Habersack*, Mitgliedschaft, § 21 I, S. 371; *Kraft/Kreutz*, C II 1, S. 36; *Lutter*, AcP 180 (1980), S. 84, 88, 102; *MüKo/Ulmer*, § 705, Rdn. 153 ff.; *Staudinger/Weick*, § 35, Rdn. 2; *Wiedemann*, GesR, § 7 II, S. 366; *ders.*, GesR, § 2 I 1b bb, S. 95; *ders.*, Übertragung, § 2 III 1, S. 39.

⁵⁷ Für diese Person haben sich die Begriffe *Amtsträger*, *Organträger* und *Organwaller* eingebürgert, vgl. *Wolff/Bachof*, VerR II, § 74 IV, S. 57 ff.; *Beuthien/Gätsch*, ZHR 156 (1992), S. 459, 469 (Fn. 49); *Herfs*, S. 66 ff.; *Maurer*, § 21 6, Rdn. 38, S. 514; *Ulmer*, FS für *Wiedemann* (2002), S. 1297, 1307; *Wiedemann*, GesR, § 4 II 3a, S. 212.

⁵⁸ *Habersack*, Mitgliedschaft, § 3 II, S. 20; *Ulmer*, FS für *Wiedemann* (2002), S. 1297, 1305; *Wiedemann*, Übertragung, § 2 I 2a, S. 35.

3. Quasi-mitgliedschaftliche Rechte

Manche Autoren unterscheiden von den Mitgliedschaftsrechten die quasi-mitgliedschaftlichen Rechte, worunter Rechte zu verstehen sind, die einem Dritten zustehen, der zwar Mitglied in einem Verbandsorgan, aber nicht im Verband ist, z.B. dem Fremd-Geschäftsführer einer *GmbH*⁵⁹. Ob der Dritte durch die Bestellung zum Organ tatsächlich eine derart mitgliedsähnliche Rechtsstellung erlangt, ist allerdings fraglich. Beispielsweise werden bei der *GmbH* quasi-mitgliedschaftliche Rechte des Fremdgeschäftsführers, z.B. das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung sowie ein Antrags- oder Rederecht, ohne satzungsmäßige oder rechtliche Billigung der Gesellschafterversammlung abgelehnt⁶⁰. Bei *Aktiengesellschaft* und *Verein* steht nach herrschender Meinung dagegen den Verwaltungsmitgliedern ein organschaftliches Teilnahmerecht an der Haupt- bzw. Mitgliederversammlung zu⁶¹. Doch darf dieser Streit, was die Bezeichnung dieser Rechte als quasi-mitgliedschaftliche indes nahe legt, nicht darüber hinwegtäuschen, dass es dabei letztlich um die Frage geht, was für Organrechte dem jeweiligen Organwalter und in welchem rechtlichen Umfang sie ihm zustehen. Bei genauer Betrachtung dienen die Bezeichnungen „quasi-mitgliedschaftlich“ oder „mitgliedsähnlich“ nur der inhaltlichen Beschreibung von vermeintlichen Organrechten.

4. Sonderrechte

Eine besondere Art mitgliedschaftlicher Rechte sind Sonderrechte, welche eine auf der Mitgliedschaft beruhende, über die allgemeine Rechtsstellung der Mitglieder hinausreichende Rechtsposition begründen und ohne Willen des Mitglieds nicht entzogen werden können. Sie müssen notwendigerweise eine satzungsmäßige Grundlage haben⁶². Kernvorschrift ist dabei § 35 BGB. Da ein Sonderrecht unlöslich mit der Mitgliedschaft verbunden ist, kann der Verband bzw. dessen Mitglieder dieses einem Dritten nicht einräumen⁶³.

⁵⁹. *Beispiel*: In der Gesellschafterversammlung der A-*GmbH* soll über die Entlastung des Geschäftsführers entschieden werden. Mehrere Gesellschafter verweigern dies. Der Geschäftsführer möchte seine Position innerhalb der Versammlung erläutern, die Teilnahme wird ihm verwehrt. Fraglich ist, ob dem Geschäftsführer ein Teilnahmerecht zusteht, ohne dass dies in der Satzung oder im Anstellungsvertrag begründet ist. Vgl. zur „vereinsrechtlichen Quasimitgliedschaft“ *Edenfeld*, § 10 3, S. 76 ff.

⁶⁰. Vgl. zur *GmbH*: *Scholz/K. Schmidt*, § 48, Rdn. 16; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 48, Rdn. 5, m.w.N.

⁶¹. Vgl. *Hüffer*, § 118, Rdn. 10; *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 118, Rdn. 25-28; *Schneider*, ZIP 2002, S. 873, 876; für den *Verein*: *Edenfeld*, § 10 II 3b, S. 80; *Reichert*, Rdn. 513 ff.

⁶². *Flume*, Juristische Person, § 8 II, S. 271 ff.; *MüKo/Reuter*, § 35, Rdn. 6; *Palandt/Heinrichs*, § 35, Rdn. 1.

⁶³. Vgl. auch *Steinbeck*, § 7 II 2, S. 68.

5. Schuldrechtliche Rechte und verbandliche Gläubigerrechte

Schuldrechtliche Rechte sind Rechte, die einem Verbandsmitglied oder einem Dritten zustehen können und deren Rechtsgrundlage ein von der Mitgliedschaft unabhängiges Rechtsverhältnis (etwa Treuhand- oder Anstellungsvertrag) ist⁶⁴. Sie können sowohl den Mitgliedschaftsrechten als auch den Organrechten inhaltlich entsprechen, gleichwohl sich deren dogmatische Grundlagen erheblich voneinander unterscheiden. Dagegen stehen verbandliche Gläubigerrechte (Beispiel: Anspruch auf Dividende oder Gewinnanteil oder auf Anteil am Liquidationserlös) rechtsdogmatisch zwischen den mitgliedschaftlichen und schuldrechtlichen Rechten. Ihre Eigenart ist, dass sie der Verbandsmitgliedschaft entspringen und damit primär den verbandsrechtlichen, nicht etwa den allgemeinen vertraglichen Bindungen (etwa der „einfachen“ Treuepflicht) unterliegen. Einmal entstanden, lösen sie sich indes von der Mitgliedschaft und sind selbständig im Wege der Abtretung (§ 398 BGB) übertragbar und werden dann zu „normalen“ schuldrechtlichen Rechten⁶⁵.

6. Organisationsvertragliche Rechte

Bezogen auf das hier untersuchte Problem der Einflussnahme auf die Willensbildung reduzieren sich die organisationsvertraglichen Rechte auf das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens (§ 308 AktG analog), dessen Voraussetzung ein Beherrschungsvertrag i.S.d. § 291 I AktG (analog) ist. Dieses Recht richtet sich aber nicht an das eigentliche Willensbildungsorgan, sondern an die Geschäftsführung. Danach ist das herrschende Unternehmen befugt, dem geschäftsführenden Organ der abhängigen Gesellschaft Weisungen zu erteilen⁶⁶.

Zwischen einem organschaftlichen Weisungsrecht und einem organisationsvertraglichen Weisungsrecht gibt es deutliche Parallelen. Beide ermöglichen es einem Dritten, grundsätzlich einen erheblichen Fremdeinfluss auf die Selbstverwaltung des abhängigen Verbands auszuüben, der eine Gefahr für dessen Überlebensfähigkeit darstellen könnte. Ebenfalls besteht in beiden Fällen für das Geschäftsführungsorgan zunächst eine generelle Verbindlichkeit bzw. eine Pflicht, der erteilten Weisung Folge zu leisten. Hiervon besteht nur in Ausnahmefällen eine Befreiung (§§ 308 III, 309 AktG analog). Gleichwohl gibt es einen entscheidenden Unterschied, der letztendlich das

⁶⁴ Vgl. Dütz, FS für Herschel (1982), S. 55, 58; Raiser, Kapitalgesellschaften, § 27, Rdn. 3, S. 299.

⁶⁵ So Raiser, Kapitalgesellschaften, § 27, Rdn. 4, S. 299.

⁶⁶ Vgl. nur Emmerich/Sonnenschein/Habersack, § 23 III 2, S. 361 ff.; vgl. zur Frage der Zulässigkeit bei: *Personenhandels-gesellschaft: Baumbach/Hopt*, § 105, Rdn. 105, m.w.N.; *Kleindiek*, Strukturvielfalt, § 18, S. 315 ff.; allerdings mit Einschränkungen; zur *Genossenschaft: Großfeld*, Genossenschaft, S. 33 ff., m.w.N.; v. *Detten*, § 3 H, S. 129; *Reul*, § 6 F III, S. 179 ff.; zum *Verein: Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 37 II 3, m.w.N., S. 534.

organisationsvertragliche Weisungsrecht in eine andere Wertungskategorie hebt. Während letzteres sich am Konzerninteresse orientiert, muss sich das organschaftliche Weisungsrecht ausschließlich am konkreten Verbandsinteresse orientieren⁶⁷; oder was dasselbe sagen will: nur bei dem organisationsvertraglichen Weisungsrecht können konkret nachteilige Weisungen an die Geschäftsführung des abhängigen Verbands erfolgen. Ein Remonstrationsrecht des weisungsgebundenen geschäftsführenden Organs besteht insofern nur im Rahmen des § 308 II S.2 AktG (analog)⁶⁸. Zwar sind Weisungen, die sich ausschließlich am konzernfremden Drittinteresse orientieren, nichtig, doch kann das herrschende Unternehmen - und dies ist in der hiesigen Systematik entscheidend - seine übergeordneten Interessen - sofern man sich einen Beherrschungsvertrag mit einem Dritten überhaupt vorstellen kann - verfolgen.

7. Originäre vs. derivative Rechte

Im Unterschied zu den vorherigen Arten stellen originäre und derivative Rechte keine eigenen Kategorien dar, sondern kennzeichnen einen bestimmten rechtsdogmatischen Ursprung. Originäre Rechte entstehen kraft Mitgliedschaft, also allein aus der Verbandszugehörigkeit. Dagegen leiten sich derivative Rechte von originären Rechten ab. Sie werden entweder rechtsgeschäftlich übertragen oder durch eine verbandsinterne Kompetenzzuweisung begründet.

Diese Differenzierung hat u.a. Bedeutung für die Bestandsfestigkeit bzw. Abänderbarkeit jener Rechte, mehr aber auch nicht. Insbesondere ist zu erkennen, dass sich diese Einteilung auf die vorher besprochenen Rechte beziehen kann, beispielsweise sind die Mitgliedschaftsrechte originär, die meisten Organrechte dagegen derivativ begründet⁶⁹.

⁶⁷. Vgl. S. 28 ff.

⁶⁸. Vgl. *Emmerich/Habersack*, § 308, Rdn. 52.

⁶⁹. Vgl. auch *Herfs*, S. 67.

3. Kapitel - Problematik der Fremdbestimmung

I. Eingriff in die Richtigkeitsgewähr

Die hier vertretene Auffassung, den Einfluss Dritter als Chance für den Verband zu sehen, darf natürlich nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Einfluss Dritter u.U. eine erhebliche Gefahrenquelle für den Verband und seine Mitglieder in sich birgt⁷⁰. Dies wird anhand der Willensbildung im *Beispiel Nr. 4* erläutert⁷¹: das Schaffen eines fakultativen Aufsichtsrats unter Beteiligung der Arbeitnehmer soll die Arbeitsmotivation durch Partizipation am betrieblichen Entscheidungsprozess erhöhen⁷². Daneben lassen sich weitere Motive nennen, welche die im Aufsichtsrat vertretenen Arbeitnehmer verfolgen mögen: Kontrolle des unternehmerischen Machtpotentials, Demokratisierung des Unternehmens, Kooperation von Kapital und Arbeit, Abbau von Fremdbestimmung über die Belegschaft sowie Optimierung des Arbeitnehmerschutzes⁷³. Diese Motive - deren rechtspolitische Legitimität und Berechtigung außer Acht gelassen - treten indes zum Teil in den Hintergrund, da sich der Aufsichtsrat u.U. zu einem Forum entwickelt, in dem Konflikte zwischen Anteilseignern und der Arbeitnehmerschaft ausgetragen werden, die gegenläufigen Interessen entspringen. Ebenfalls ist an das *Beispiel Nr. 1*⁷⁴ erinnert. Dort kann der Hauptabnehmer u.U. auf Grund seiner wirtschaftlichen Machtstellung dazu neigen, Weisungen zu erteilen, die ausschließlich für ihn vorteilhaft sind und sich daher nicht am Interesse des Zulieferers orientieren. Auf Grund eines möglichen Interessenkonfliktes fordert z.B. *Schneider* ein derartiges statutarisches Weisungsrecht nur im Rahmen des Konzernrechts (durch einen Beherrschungsvertrag) zuzulassen⁷⁵.

Die spezifische Gefahr von Fremdeinfluss liegt daher auf der Hand, nämlich, dass Sonder- und Individualinteressen die Ergebnis- und Beschlussfindung im Verband negativ beeinflussen können. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass bei einem Mitglied bzw. Gesellschafter der Einfluss derartiger Sonder- und Individualinteressen sogar rechtfertigt, diesen von der Beschlussfassung mittels Stimmverbot auszuschließen⁷⁶.

⁷⁰ Vgl. *Voormann*, *Beirat*, § 13 2, S. 112.

⁷¹ Vgl. S. 22.

⁷² Vgl. *Weber*, S. 10, 11.

⁷³ *Martens*, *JuS* 1983, S. 329, 330; vgl. auch *K. Schmidt*, *GesR*, § 16 IV 1d, S. 479.

⁷⁴ Vgl. S. 22.

⁷⁵ *Scholz/Schneider*, § 37, Rdn. 43; vgl. S. 68.

⁷⁶ Vgl. für die GmbH: vgl. *Lutter/Hommelhoff*, § 47, Rdn. 13 ff.; für die Aktiengesellschaft: *Hüffer*, *Kommentierung* zu § 136; für die Genossenschaft: *Hettrich/Gräser*, § 43, Rdn. 18 ff.; für den Verein: *Reichert*, Rdn. 931; für die Personengesellschaften: *Baumbach/Hopt*, § 119, Rdn. 8 ff.; *MüKo/Ulmer*, § 709, Rdn. 60 ff.; vgl. auch *K. Schmidt*, *GesR*, § 21 II 2, S. 608 ff.

Der Einfluss von Partikularinteressen führt also regelmäßig dazu, dass der verbandliche Willensakt sich nicht ausschließlich am Verbandsinteresse (bei Beschlüssen, die eine Geschäftsführungsmaßnahme zum Gegenstand haben) bzw. am Interesse der einzelnen Verbandsmitglieder (bei Grundlagenbeschlüssen) orientiert. Der herrschenden Lehre von der Richtigkeitsgewähr von Rechtsgeschäften folgend bedeutet dies, dass nicht mehr per se von der „Richtigkeit“ des Willensakts ausgegangen bzw. diese vermutet werden kann⁷⁷. Ausgehend von der Überlegung, dass das gemeinsame Zusammenwirken der Mitglieder bzw. Gesellschafter an der Beschlussfassung regelmäßig „zu einem Ausgleich entgegengesetzter Interessen im Sinne des Richtigen führt“⁷⁸, gewährleistet also verbandsrechtlich unkontrollierter, eigennütziger Fremdeinfluss die angeführte Richtigkeitsgewähr nicht⁷⁹. Entsprechend bedenklich sind alle Einflussarten der im zweiten Kapitel unter Punkt VI. angeführten Klassifizierung, die es ermöglichen, eigene, verbandsfremde Interessen zu verfolgen. Dies betrifft vorliegend in erster Linie schuldrechtliche Einflussmöglichkeiten. Die entscheidende Frage, die es gilt zu beantworten, ist daher, wie einer Gefährdung des Verbands vor schädigendem Dritteinfluss unter Berücksichtigung der schützenswerten Interessen rechtlich verbundener Dritter wirksam entgegen zu treten ist.

Einen anderen zu dieser Problematik vertretenen Gesichtspunkt fasst *Reuter* wie folgt zusammen⁸⁰: „Der Einfluss Dritter bedroht tendenziell den Zusammenhang zwischen Entscheidungsmacht und Verantwortlichkeit, der unerlässlich ist, damit die Gesellschaft am Privatrechtsverkehr beteiligt werden kann. Fehlt dieser Zusammenhang, so versagt die für den Gläubigerschutz grundlegende Vorstellung, der Schuldner werde im eigenen Interesse Vermögenseinbußen zu vermeiden suchen. Ebenso läuft die Präventivfunktion des Haftungsrechts leer, wird doch ein Dritter als Inhaber der Entscheidungsmacht im Zweifel nicht dadurch beeindruckt, dass sein Fehlverhalten einem anderen, nämlich der Gesellschaft und den Gesellschaftern, Nachteile bringt.“ Hiernach besteht also ein notwendiger Zusammenhang zwischen verbandlicher Entscheidungsmacht und Verantwortlichkeit, also Haftung⁸¹. Es wird noch im weiteren Verlauf argumentiert werden, dass organschaftlicher Dritteinfluss nur durch eine entsprechende Organhaftung eingebunden bzw. legitimiert werden kann. Hierdurch

⁷⁷. Grundlegende Ausführungen bei *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), S. 130 ff.; *ders.*, FS für Nipperdey (1955), S.1 ff.; *ders.*, FS für Raiser (1974), S. 3 ff.; vgl. auch *Flume*, Rechtsgeschäft, § 1 6a, S. 8; *K. Schmidt*, GesR, § 5 III 4a, S. 121.

⁷⁸. So *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), S. 130 ff.

⁷⁹. So *K. Schmidt*, GesR, § 19 III 4a, S. 560 ff..

⁸⁰. So *Reuter*, ZGR 1978, S. 633, 640, m.w.N.; ähnlich schon *ders.*, Perpetuierung, S. 153; vgl. kritisch *Weber*, S. 47 ff., S. 179 ff., m.w.N., S. 203.

⁸¹. Weitere Nachweise bei *Weber*, S. 18 ff.; *ders.*, kritisch auf S. 203.

greift dann die von *Reuter* betonte „Präventivfunktion des Haftungsrechts“ wieder und macht insofern die von ihm geäußerten Bedenken am Dritteinfluss hinfällig.

II. Verbandliche Selbstbestimmung

Liegt also die Gefahr der Fremdbestimmung offen - die negative Beeinträchtigung der Richtigkeitsgewähr verbandlicher Entscheidungen -, stellt sich die Frage, wie und durch welche Maßnahmen die verbandliche Selbstbestimmung zu schützen ist. Hierzu eignet sich ein Vergleich zwischen Verband und natürlicher Person, da bei letzterer die Anerkennung der Selbstbestimmung und das Verbot einer generellen Fremdbestimmung unproblematisch ist. Wenn die Ausgestaltung oder Beschränkung der vergleichbaren verbandsrechtlichen Selbstbestimmung (Verbandssouveränität)⁸² mit den im Vergleich zu den natürlichen Personen gebotenen Modifikationen abgelehnt wird, bedürfte dies einer schwerwiegenden Begründung, da das dem Zivilrecht verfassungsrechtlich vorgegebene Prinzip der Selbstbestimmung (Art. 2 I GG) über Art. 19 III GG ebenfalls für *Personengesellschaften* und *Körperschaften* gilt⁸³. Selbstbestimmung heißt insofern, dass jede Person und jeder Verband für sich selbst verantwortlich ist und kein Dritter einen abhängigkeitsbegründenden (negativen) Einfluss auf eine Person oder einen Verband ausüben darf. Wann nun ein unzulässiger Dritteinfluss auf diese so verstandene Selbstbestimmung vorliegt, hängt von dem jeweiligen Einzelfall ab. Generell ist dessen Grenze dort erreicht, wo rechtliche Gestaltungen die Selbstbestimmung des Einzelnen oder des Verbands aufheben, so dass eine Fremdverantwortung die eigene Verantwortung ersetzt und die Person oder der Verband weitgehend fremdbestimmt wird⁸⁴. Von Gesetzes wegen werden zum Schutz der Selbstbestimmung normative, feste Schranken in Form von Verbotsgesetzen (§ 134 BGB) aufgestellt. Daneben bestehen soziale bzw. sittliche Grenzen (§§ 138, 242 BGB).

In diesem gesetzlichen Rahmen (Art. 2 I, 19 III GG; 134, 138, 242 BGB) ist nicht nur die Selbstbestimmung des Einzelnen zu sehen, sondern entsprechend auch die des

⁸². Vgl. *Flume*, Personengesellschaft, § 14 I, S. 207 ff.; *GroßKzHGB/Ulmer*, § 109, Rdn. 31, 55; *Herfs*, S. 53 ff.; *Kleindiek*, Strukturvielfalt, § 7, S. 94 ff.; *Loritz*, ZGR 1986, S. 310, 317 ff.; *Mertens*, FS für Stimpel (1985), S. 417, 420; *Priester*, FS für *Werner* (1984), S. 657, 663 ff.; *Rohleder*, §§ 7, 8, S. 73 ff.; *Schlegelberger/Martens*, § 109, Rdn. 9 ff.; *K. Schmidt*, GesR, § 5 I 3a, S. 83 ff.; *Schneider*, ZGR 1975, S. 253, 269 ff.; *Schockenhoff*, NJW 1992, 1013 ff.; *Steinbeck*, § 5, S. 63; *Teubner*, ZGR 1986, S. 565, 567 ff.; *Voormann*, Beirat, § 13 2, S. 111 ff.; *Wiedemann*, FS für Schilling (1973), S. 105, 111; *ders.*, FS für H. Westermann (1974), S. 585, 595; *ders.*, GesR, § 7 II 1b, S. 371; *Zöllner*, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), S. 85, 119.

⁸³. Denkbar wäre als rechtliche Grundlage auch Art. 9 I GG, vgl. hierzu *Steinbeck*, § 4 II 2, S. 19; *dies.*, § 5 II, S. 33 ff.; vgl. auch *LG Aachen*, DVBl. 1976, S. 914; *Föhr*, NJW 1975, S. 617, 619 ff.; *Leßmann*, NJW 1978, S. 1545, 1548 ff. - Zu bedenken ist aber, dass Art. 9 I GG primär ein *Abwehrrecht* gegen den Staat ist, so auch *Schockenhoff*, AcP 193 (1993), S. 35, 59, m.w.N.

⁸⁴. Z.B. Vertrag mit 50jähriger Laufzeit unter Ausschluss einer Kündigungsmöglichkeit, sog. Kneblungsvertrag, der wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB nichtig ist, vgl. *Palandt/Heinrichs*, § 138, Rdn. 39.

Verbands⁸⁵. Das sich aus dem Grundgesetz und dem BGB ergebende Selbstbestimmungsrecht und dessen Schutz sind jedoch nur entsprechend auf den Verband anzuwenden, da - vor dem Hintergrund der von *Savigny* entwickelten Fiktionstheorie - die Erkenntnis gilt, dass das unabänderliche, weil naturrechtlich abgeleitete „Urrecht“ auf Anerkennung als Rechtssubjekt nur dem Menschen zusteht⁸⁶. Insofern hinkt der Vergleich zwischen natürlicher Person und Verband⁸⁷. Wie bereits erwähnt, ist aber der Blick auf die natürliche Person nützlich, da bei jener die Selbstbestimmung und deren Schutz unproblematisch rechtlich anerkannt werden. Unter Berücksichtigung der Unterschiede zwischen natürlicher Person und Verband darf indes bei der verbandlichen Selbstbestimmung und deren Schutz nichts Abweichendes gelten. Geht man also insoweit von der Vergleichbarkeit des Verbands mit der Einzelperson aus⁸⁸, gilt Folgendes: „Wie ... die Einzelperson nicht ihre Privatautonomie aufgeben kann, so kann auch die körperschaftliche juristische Person ... sich nicht ihrer Autonomie begeben“⁸⁹, entspricht doch der autonome Verband historisch dem gesetzlichen Idealtypus⁹⁰.

Die verbandliche Selbstbestimmung realisiert sich dabei rechtlich auf den Ebenen der Selbstverwaltungs- und Satzungsautonomie⁹¹. Letztere bezieht sich auf die Autonomie der Mitglieder bzw. Gesellschafter, in ihrer Eigenschaft und Gesamtheit als Willensbildungsorgan über die rechtlichen Grundlagen des Verbands (Gesellschaftsvertrag, Satzung oder Statut) zu entscheiden; erstere dagegen auf die Kompetenz, alle Angelegenheiten selbst und in eigener Verantwortung tatsächlich zu regeln (z.B. Maßnahmen der Geschäftsführung).

Mit der Satzungsautonomie nicht zu verwechseln ist die Frage nach der verbandlichen Rechtsfähigkeit und deren Erlangung. Diese Frage zielt auf das Außenverhältnis des Verbands ab, ob er als solcher, losgelöst von seinen Mitgliedern, Träger von Rechten und Pflichten sein kann, während die Satzungsautonomie eine rein innerverbandliche Kompetenz anspricht.

Es wurde bereits betont, dass der Vergleich zwischen Verband und natürlicher Person hinkt. Der Grund dafür ist, dass die natürliche Person eine originäre Autonomie, der Verband dagegen eine derivative besitzt. Erstere legt kraft ihrer eigenen, originären

⁸⁵ Vgl. *Weber*, S. 205, 206, S. 211 ff.

⁸⁶ *Kleindiek*, Deliktshaftung, § 7 A III, S. 156, m.w.N.; vgl. auch *Steinbeck*, § 5 II 4b aa, S. 43 ff.

⁸⁷ *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit, § 17 I, S. 191.

⁸⁸ Vgl. v. *Gierke*, Deutsches Privatrecht I, S. 470.

⁸⁹ *Flume*, Juristische Person, § 7 I 3, S. 196.

⁹⁰ So auch *König*, § 15 I, S. 272.

⁹¹ Vgl. *Flume*, Juristische Person, § 7 I 2, S. 190; *ders.*, FS für Coing II (1982), S. 97, 98; *Lukes*, FS für H. Westermann, S. 325, 327, m.w.N.; *Weber*, S. 204 ff.

Autonomie die Richtlinien ihrer Selbstbestimmung fest. Letzterer erhält - im Falle einer Körperschaft - seine Legitimation aus einem besonderen Gründungsvorgang, der das Schicksal des Verbands zukünftig von dem seiner Mitglieder trennt⁹². Auch bei den *Personengesellschaften* wird durch die Verbandsgründung die Gesamthand als Zuordnungssubjekt geschaffen, die sich nicht nur auf eine Vermögensordnung reduziert, sondern sich zu einer rechtlichen Eigenständigkeit erhebt. Entsprechend bezieht sich die Autonomie auf die Gesamthand als solche⁹³.

Das Wesensmerkmal des Verbands, dass er nicht um seiner selbst willen, sondern als Zweckgebilde besteht, bedingt - im Gegensatz zu der natürlichen Person, die ihre Rechtfertigung in sich trägt - die Existenz eines Verbandszwecks und dessen Verfolgung. Dies ist nachfolgend erläutert: Im Gegensatz zu einem Statut ist den „normalen“ Schuldverträgen i.S.d. § 241 BGB eigen, dass die Vertragspartner unterschiedliche Interessen verfolgen. Der Vertragsabschluss ist dann als Kompromiss anzusehen. In dem Statut erzielen die Gründungsmitglieder eine Einigung über bestimmte, gemeinsam zu verfolgende Interessen, die sich grob in einen gemeinsamen Zweck und eine Förderungspflicht einteilen lassen⁹⁴. Durch die vertragliche Festlegung auf die Förderung des mit dem Zusammenschluss verfolgten Zwecks wird dieser „vergemeinschaftet“. Insofern ist von der Verschmelzung der Interessen zu einem gemeinsamen Zweck zu sprechen⁹⁵, so dass es unerheblich ist, ob „die individuellen Zwecke, Interessen und Leistungen der Gesellschafter gleichgerichtet sind oder nicht“⁹⁶. Darüber hinaus ist der gemeinsame Verbandszweck ein konstituierendes Merkmal des Verbands⁹⁷. Insofern ist er ein überindividueller, nicht unbedingt mit den einzelnen Mitgliedern parallel laufender Zweck⁹⁸. Von dem Verbandszweck unterscheidet allerdings die herrschende Literatur den Gegenstand der Verbandstätigkeit (den sog. Unternehmensgegenstand)⁹⁹, obwohl die praktische Unterscheidung und deren Bedeutung umstritten ist¹⁰⁰.

Bisher leuchtet nicht ein, in welchem Zusammenhang der Verbandszweck und der Gegenstand der Verbandstätigkeit mit der verbandlichen Selbstbestimmung stehen. Es besteht jedoch der Folgende: beide bestimmen die Leitlinien des Verbands, dessen

⁹² So die herrschende modifizierte Normentheorie, vgl. *MüKo/Reuter*, § 25, Rdn. 16 ff.; *K. Schmidt*, *GesR*, § 5 I 1 c, S. 77 ff.

⁹³ Vgl. *K. Schmidt*, § 8 III, S. 203, m.w.N.

⁹⁴ Vgl. *MüKo/Ulmer*, § 705, Rdn. 109.

⁹⁵ So *MüKo/Ulmer*, § 705, Rdn. 115.

⁹⁶ So *K. Schmidt*, *GesR*, § 4 I 2 b, S. 60.

⁹⁷ So *K. Schmidt*, a.a.O.

⁹⁸ Anders *Reuter*, *ZHR* 146 (1982), S. 1, 15; *ders.*, *GmbHR* 1981, S. 129, 137; *ders.*, *FS für Steindorff* (1990), S. 229, 234; vgl. auch *Kleindiek*, *Strukturvielfalt*, § 6 B I, S. 88; *Steinbeck*, § 5 III, S. 63.

⁹⁹ *Wiedemann*, *GesR*, § 3 I 3 a, S. 155; *ders.*, § 6 III 1 b, S. 329; *Scholz/Emmerich*, § 1, Rdn. 2; *Hachenburg/Ulmer*, § 1, Rdn. 8; ähnlich auch *Lutter/Hommelhoff*, § 1, Rdn. 2; kritisch *Kübler*, § 5, S. 32.

Entwicklung und Betätigung¹⁰¹. Solange das zuständige Organ diese nicht ändert, haben die übrigen Organe und die Mitglieder in ihrer Eigenschaft als Organe ihre Kompetenzen und Pflichten nach den so festgelegten Leitlinien zu richten, wobei der Gegenstand der Verbandstätigkeit der eigentliche Maßstab ist, weil er enger formuliert und somit praktisch besser umsetzbar ist¹⁰². Daraus folgt u.a., dass die Tätigkeit im Rahmen der Geschäftsführung sich ausschließlich am Gegenstand der Verbandstätigkeit zu orientieren hat; insofern kann von der Uneigennützigkeit der Geschäftsführung gesprochen werden¹⁰³.

Dies bedeutet zusammenfassend, dass die verbandliche Selbstbestimmung durch die Festlegung des Verbandszwecks und den Gegenstand der Verbandstätigkeit determiniert wird, solange die Mitglieder nicht übereinkommen, diese zu ändern. Schon *Bartholomeyczik* fasste dies wie folgt zusammen: „Der Autonomie der Mitglieder steht die Heteronomie der anderen Organe gegenüber. Vorstand und Aufsichtsrat dürfen den Gesellschaftszweck nicht konkretisieren, sondern lediglich objektivieren.“¹⁰⁴

Diese Feststellung gewinnt im weiteren Verlauf der Untersuchung eine wichtige Bedeutung, da - wie bereits eingangs betont - der Dritteinfluss danach zu unterteilen ist, ob er mit einer Verpflichtung einhergeht (einhergehen muss), den Verbandszweck sowie den Gegenstand der Verbandstätigkeit zu fördern oder nicht.

¹⁰⁰ Vgl. *Brandner*, FS für Rowedder (1994), S. 41, 43, m.w.N.

¹⁰¹ Vgl. *Beuthien*, ZfG 1975, S. 180, 185; *Wiedemann*, GesR, § 1 I 1b bb, S. 10.

¹⁰² Vgl. *K. Schmidt*, GesR, § 4 II 3, S. 69 ff.; vgl. auch *Baumbach/Hopt*, § 114, Rdn. 2, 3, zu *Personenhandelsgesellschaften*; für die *Aktiengesellschaft* vgl. *Holz Müller-Entscheidung*, BGHZ 83, S. 122 ff.

¹⁰³ So etwa *A. Hueck*, FS Nipperdey (1965), S. 401, 410; *ders.*, OHG, § 11 III 3, S. 173; vgl. auch *Baumbach/Hueck/Zöllner*, Anh. § 47 Rdn. 49; *MüKo/Ulmer*, § 709, Rdn. 53.

¹⁰⁴ *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), S.287, 293.

4. Kapitel - Organschaftlicher Dritteinfluss

Ausgangspunkt des organschaftlichen Dritteinflusses ist zunächst die Erkenntnis, dass statutarischer Dritteinfluss nur der Oberbegriff für schuldrechtlichen und organschaftlichen Dritteinfluss ist. Eine eigene rechtsdogmatische Kategorie bezeichnet der statutarische Dritteinfluss indes nicht. Auf diese Unterscheidung soll im Folgenden vertieft eingegangen werden, da die praktische Abgrenzung, wann im Einzelfall lediglich schuldrechtlicher Dritteinfluss vorliegt, obwohl in dem Statut aufgeführt, schwierig ist.

I. Begriffsbestimmung

Das Statut bezeichnet man üblicherweise als Herrschafts- und Organisationsvertrag, bei dem Organisations- und Schuldrecht nebeneinander stehen¹⁰⁵. Insofern unterliegt es - im Vergleich zu den „einfachen“ schuldrechtlichen Verträgen - einer Sonderbehandlung, die sich u.a. zu Sonderregeln über die Satzungsauslegung, Satzungsänderung und Rechtsnachfolge kraft Mitgliedschaft verdichtet¹⁰⁶. Doch gilt diese Sonderbehandlung nur für „echte“, „materielle“, „korporative“ oder „körperschaftliche“ Bestimmungen des Statuts. Hiervon sind die „unechten“, „formellen“, „nicht korporativen“ oder „individualrechtlichen“ Bestimmungen zu unterscheiden. Letztere sind zwar im Statut enthalten, zählen aber nicht zu den organisationsrechtlichen Vorschriften des Verbands. Ihrer Rechtsnatur nach sind sie schuldrechtliche Regelungen. Beispielsweise ist wiederum das im *GmbH*-Gesellschaftsvertrag aufgeführte Gehalt eines Fremdgeschäftsführers anzuführen¹⁰⁷.

Es stellt sich somit die Frage, wie jene formellen Vorschriften des Statuts von den materiellen zu unterscheiden sind. Denn nicht alles, was im Statut geregelt ist, bildet einen „echten“ Bestandteil desselben¹⁰⁸. Trotz der theoretisch einfachen Abgrenzung bereitet indes die tatsächliche regelmäßig Schwierigkeiten. Zumindest bei den körperschaftlich strukturierten Verbänden ist nach ständiger Rechtsprechung „eine Satzungsbestimmung dann dem körperschaftlichen - und nicht dem individualrechtlichen - Bereich zuzurechnen, wenn sie nicht nur für die derzeitigen, bei Inkrafttreten

¹⁰⁵. *Baumbach/Hopt*, § 105, Rdn. 47; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 2, Rdn. 5; *GroßKzHGB/Ulmer*, § 105, Rdn. 139 ff.; *Flume*, Personengesellschaft, § 1 II, S. 4; *Hüffer*, § 23, Rdn. 7; *Land/Weidmüller/Metz/Schaffland*, § 5, Rdn. 2; *Wiedemann*, GesR, § 3 II 1a, S. 159.

¹⁰⁶ Vgl. insofern *K. Schmidt*, GesR, § 5 I 1d, S. 78.

¹⁰⁷ *BGHZ* 18, S. 205, 208.

¹⁰⁸ Vgl. *Baumbach/Hopt*, § 109, Rdn. 11; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 3, Rdn. 55; *GroßKzHGB/Ulmer*, § 109, Rdn. 5; *Hachenburg/Ulmer*, § 3, Rdn. 55; unklar *Hettrich/Pöhlmann*, § 16, Rdn. 1; *Hüffer*, § 23, Rdn. 3, 4; unklar *Land/Weidmüller/Metz/Schaffland*, § 16, Rdn. 2; *Priester*, DB 1979, S. 681 ff.; *Roth/Altmeyen*, § 3, Rdn. 49 ff.; *Rowedder/Zimmermann*, § 53, Rdn. 6-8.; *K. Schmidt*, a.a.O.; *Scholz/Emmerich*, § 3, Rdn. 61; *Ulmer*, FS für *Wiedemann* (2002), S. 1297, 1308; *Wiedemann*, a.a.O.; *Winkler*, DNotZ 1969, S. 394.

der Bestimmung vorhandenen Gesellschafter oder einzelne von ihnen gilt, sondern für einen unbestimmten Personenkreis, zu dem sowohl gegenwärtige als auch künftige Gesellschafter gehören, von Bedeutung ist¹⁰⁹. Ein anderer Ansatz unterscheidet zwischen notwendig korporativen, notwendig nichtkorporativen und solchen zwischen diesen Fallgruppen liegenden Satzungsbestandteilen. Erstere seien solche, die entweder als Satzungsbestandteile gesetzlich vorgeschrieben (z.B. §§ 57 BGB, 23 II AktG, 3 I GmbHG, 6, 7 GenG) oder zwar nicht vorgeschrieben, aber nur als Organisationsregeln möglich sind (z.B. mehrfaches Stimmrecht). Notwendig nichtkorporative Bestandteile seien dagegen solche, die mit der Mitgliedschaft weder verbunden sind noch verbunden sein könnten (z.B. Vereinbarungen mit Dritten, die weder Mitglieder noch Organe sind). Bei letzteren sei im Einzelfall abzuwägen, ob die Bestimmung Teil der Organisation oder nur formell mit dem Statut verbunden ist, da insofern ein Gestaltungswahlrecht der Mitglieder bzw. Gesellschafter bestehe¹¹⁰.

Eine ähnliche Abgrenzungsproblematik stellt sich auch bei den statutarischen Drittrechten. Formell im Statut enthalten, ist deren Rechtsnatur zu ermitteln, so dass fraglich ist, welche statutarischen Drittrechte tatsächlich Organ- und nicht nur im Statut enthaltene Gläubigerrechte sind¹¹¹. Diese Frage ist vor dem Hintergrund zu stellen, dass Drittrechte grundsätzlich inhaltsgleich als Organ- oder als Gläubigerrechte statutarisch begründet werden können¹¹². In Anlehnung an obige Rechtsprechung können daher Drittrechte organschaftlicher Rechtsnatur sein, wenn sie sowohl für die gegenwärtige als auch für die zukünftige Verbandsorganisation - für einen unbestimmten Personenkreis - Bedeutung haben, also nicht nur den gegenwärtigen, sondern auch einen zukünftigen Mitgliederbestand binden, insbesondere sowohl gegenwärtig als auch zukünftig von den übrigen Organen zu beachten sein sollen. Dagegen spricht eine höchstpersönliche Zuweisung an einen Dritten gegen eine organschaftliche Natur der zugewiesenen Rechtsposition. Hieraus ergibt sich, dass im Ergebnis die rechtliche Qualifizierung der Drittrechte von einer entsprechenden Auslegung und nicht von deren bloßen statutarischen Aufnahme abhängt. Aufgrund dieser Überlegungen bestehen folgende Arten des statutarischen Dritteinflusses, die das Ergebnis einer Auslegung sein können:

¹⁰⁹. BGHZ 123, S. 347, 350; ständige Rspr.: BGHZ 14, S. 25, 36 ff.; 18, S. 205, 207 ff.; 48, S. 141, 144; 116, S. 359, 364; BGH, WM 1973, S. 510, 511; BGH, WM 1974, S. 372, 373.

¹¹⁰. Vgl. Hachenburg/Ulmer, § 53, Rdn. 12 ff.; K. Schmidt, GesR, § 5 I 1d, S. 78 ff.; Scholz/Priester, § 53, Rdn. 6, m.w.N.

¹¹¹. Vgl. S. 32 ff.

¹¹². So auch Ulmer, FS für Werner (1984), S. 911, 927 ff.

1. Formell-statutarische Drittrechte

Als formell-statutarische Drittrechte sind solche Drittrechte zu bezeichnen, die formell in dem Statut enthalten sind. Im Sinne der weiter unten erfolgenden Klassifizierung handelt es sich dabei um schuldrechtlichen Dritteinfluss in Gestalt von Gläubigerrechten. Sie sind nicht Bestandteil der normativen Verbandsordnung, unterliegen daher auch nicht den Besonderheiten der Satzungsauslegung und -änderung. Rechtlich können sie ihre Grundlage in einem Vertrag zu Gunsten Dritter i.S.v. § 328 BGB, d.h. in einer Regelung zwischen allen Mitgliedern oder einzelnen Mitgliedern und dem Verband haben, mit dem Dritten als Begünstigten¹¹³. Die Aufnahme dieser Drittrechte im Statut ist daher nur eine Art Verlautbarung¹¹⁴. Derartige Drittrechte behandelt das *fünfte* Kapitel, da die statutarische Aufnahme keinen rechtsdogmatischen Unterschied zu den außerhalb des Statuts begründeten Drittrechten bedeutet.

2. Materiell-statutarische Drittrechte

In Abgrenzung zu den formell-statutarischen Drittrechten müssten die statutarischen Organrechte eigentlich organschaftlich-statutarische oder materiell-statutarische Drittrechte heißen, doch wäre diese Bezeichnung tautologisch, da Organrechte per definitionem nicht einem Dritten in seiner Eigenschaft als Verbandsfremdem (also ad personam), sondern nur - so der hier vertretene Ansatz - als Teil der Verbandsorganisation zustehen können. Daher müssen sie als Teil der Verbandsordnung notgedrungen statutarisch geregelt sein, sofern sie nicht schon gesetzlich vorgesehen oder gesetzlich zwingend festgelegt sind. Insofern könnten Organrechte als statutarische Rechte im engeren Sinne, schuldrechtlich-statutarische Drittrechte dagegen als solche im weiteren Sinne bezeichnet werden. Gleichwohl ist zu betonen, dass die Bezeichnung als statutarische Drittrechte keine rechtliche Aussagerelevanz hinsichtlich deren dogmatischer Qualität hat, da statutarisch eben nur die formelle Aufnahme des Drittrechts im Statut bedeutet.

3. Organschaftlich wirkende formell-statutarische Drittrechte

Wurde also verdeutlicht, dass formell-statutarischer und materiell-statutarischer Dritteinfluss voneinander zu unterscheiden sind, stellt sich die Frage, ob hinsichtlich der Rechtsfolgen - der gestaltenden Wirkung von Organrechten - eine Synthese zwi-

¹¹³. Vgl. hierzu *Hammen*, WM 1994, S. 765 ff.; *Ulmer*, FS für Werner (1984), S. 911 ff.; *ders.*, FS für Wiedemann (2002), S. 1297, 1312 ff.

schen beiden Arten möglich ist, also ob einem Dritten ad personam verbandsintern wirkende Rechte eingeräumt werden können, die Bestandteil des materiellen Statuts sind. Es geht dabei darum, ob der Verband bzw. dessen Mitglieder dem Dritten derartige Rechte einräumen können, ohne dass dieser dem Verband als Mitglied oder als Organ angehört. Hieran schließt sich die Frage an, ob derartige Rechte nur mit Zustimmung des Dritten beseitigt werden, also ob sie ihm eine dem Sonderrecht i.S.d. § 35 BGB vergleichbare unentziehbare Stellung vermitteln können. Wenn dies unzulässig ist, fragt sich allerdings in einem nächsten Schritt, ob das dem Dritten statutarisch zugewiesene Recht als Organrecht qualifiziert werden kann oder muss, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen der so kompetenziell ausgestattete Dritte zu einem Verbandsorgan wird. Die Beantwortung dieser Fragen obliegt den folgenden Ausführungen.

II. Arbeitshypothese

Es zeigt sich im weiteren Verlauf, dass materiell-statutarische, d.h. organschaftliche Drittrechte nur in einem engen Rahmen zulässig sind. Nur durch eine organmäßige Einbindung und der daraus resultierenden Verantwortung (Haftung und Kontrolle) kann einem derartigen Einfluss Dritter auf die Satzungs- und Selbstverwaltungsautonomie zugestimmt werden. Dabei muss indes immer gewährleistet sein, dass den Mitgliedern die Kompetenz-Kompetenz zusteht. Das heißt: organisationsrechtlich muss der materiell-statutarische Dritteinfluss jederzeit - zumindest für die Zukunft - abänderbar sein¹¹⁵. Für die Vergangenheit binden Entscheidungen des Dritten, die aufgrund einer derartigen materiell-statutarischen Bestimmung erfolgen, grundsätzlich die übrigen Organe, es sei denn, die Mitgliederversammlung (als oberstes Organ) fasst - soweit dies bei den einzelnen Verbänden zulässig ist - einen Beschluss, der die Entscheidung des Dritten (als Organ) aufhebt (sog. *actus contrarius*). Mit welcher Stimmenmehrheit ein derartiger Beschluss zu fassen ist, richtet sich nach der für die Statutenänderungen erforderlichen Mehrheit.

Die Antwort auf obige Fragen soll zum leichteren Verständnis des Nachfolgenden hier kurz dargestellt werden: es ist verbandsrechtlich unzulässig, einem Dritten i.S.d. § 35 BGB gesicherte Rechte auf die Satzungs- und Selbstverwaltungsautonomie ad personam einzuräumen. Um die verbandliche Entscheidungssouveränität zu gewähr-

¹¹⁴. Vgl. *Scholz/Priester*, § 53, Rdn. 6; ähnlich auch *Ulmer*, FS für *Werner* (1984), S. 911, 914 ff.; *ders.*, FS für *Wiedemann* (2002), S. 1297, 1309.

¹¹⁵. Vgl. etwa *Reichert*, Rdn. 742, 749, 750.

leisten, sind derartige Rechte als Organrechte zu qualifizieren. Dies erfolgt dadurch, dass durch die statutarische Zuweisung ein Fakultativorgan errichtet und der Dritte seinerseits zu einem Organwalter bestellt wird. Der hier vertretene Ansatz entspricht demnach letztlich „nur“ der Errichtung fakultativer Organe. Insofern gilt es bei allen untersuchten Verbänden, die nachfolgende Untersuchungsfolge einzuhalten: erstens ist zu klären, ob die entsprechenden Kompetenzen ad personam übertragbar sind. Da dies - nach dem hier vertretenen Ansatz und der ganz überwiegenden Meinung - nicht möglich ist, ist zweitens der Frage nachzugehen, ob jene Kompetenzen auf ein anderes Fakultativorgan zu übertragen sind. Falls dies zulässig ist, ist drittens zu untersuchen, ob jenes Organ ausschließlich mit Dritten besetzbar ist sowie ob dieses Organ nur eine Organwalterstelle haben kann.

Nachfolgend wird der bisherige Diskussionsstand zur Zulässigkeit von statutarischem Dritteinfluss auf die Satzungs- und Selbstverwaltungsautonomie in Rechtsprechung und Literatur dargestellt und im Rahmen dessen der hier vertretene Ansatz entwickelt. Es sei erwähnt, dass dabei grundsätzlich nicht zwischen formell-statutarischem und materiell-statutarischem bzw. organschaftlichem Dritteinfluss unterschieden wird, da die Literatur dieser Unterscheidung nicht folgt bzw. die bestehenden Unterschiede nicht ausspricht. Auch wird die unterschiedliche verbandssinterne Bindungswirkung dabei nur ungenügend beachtet.

III. GmbH

1. Einfluss auf Satzungsautonomie

Es stellt sich nun die Frage, ob die Gesellschafter einem Dritten erstens eine eigene Satzungsänderungskompetenz und/oder zweitens ein entsprechendes Zustimmungrecht oder ein ähnliches Recht einräumen können.

a. Satzungsänderung und deren Ausgestaltung

Begrifflich liegt zunächst eine Satzungsänderung nur vor, wenn die Gesellschafterversammlung materielle Satzungsbestandteile ändert¹¹⁶. Formelle Bestandteile fallen nicht hierunter, sondern werden nach den Regeln des ihnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses geändert, regelmäßig durch einen Aufhebungs- oder Änderungsvertrag i.S.d. § 305 BGB a.F.. Hinsichtlich des Gegenstands der Satzungsänderung ist zwischen Änderung der gesamten Satzung oder einzelner materieller Bestandteile

¹¹⁶ Im nachfolgenden werden die Begriffe „Satzung“ und „Gesellschaftsvertrag“ synonymisch verwendet.

zu unterscheiden. Nach herrschender Meinung liegt indes eine Satzungsänderung auch dann vor, wenn der bisherige Satzungstext lediglich redaktionell erweitert, gekürzt oder in sonstiger Weise geändert wird¹¹⁷. Statutarischer Dritteinfluss auf die Satzungsautonomie kann dabei durch die nachfolgenden Instrumente - ungeachtet deren rechtlicher Zulässigkeit - ausgestaltet werden:

- Ein Recht zur Satzungsänderung ist ein Recht, das unabhängig von einem satzungsändernden Beschluss der Gesellschafterversammlung die Satzung materiell-rechtlich ändert. Insofern bedarf es zur Wirksamkeit nur noch einer entsprechenden registerlichen Eintragung¹¹⁸. Dieses Änderungsrecht könnte neben einem entsprechenden Recht der Gesellschafterversammlung bestehen (im Sinne einer konkurrierenden Zuständigkeit) oder dem Dritten mit verdrängender Zuständigkeit zugewiesen sein.
- Bei einem Zustimmungsrecht bedarf es weiterhin eines Beschlusses des für die Satzungsänderung zuständigen Organs. Die Zustimmung des Dritten wäre jedoch Tatbestands- bzw. Wirksamkeitsvoraussetzung für die Satzungsänderung, d.h. der Dritte könnte von sich aus nicht die Satzung ändern, aber durch seine Zustimmungsverweigerung die Satzungsänderung verhindern, also am status quo der Satzung festhalten. Diese blockierende Wirkung wird vielfach auch als Vetorecht bezeichnet¹¹⁹.
- Ein Initiativrecht ermöglicht es dem Dritten von sich aus, die Initiative zu einer Satzungsänderung zu ergreifen (Einleitung des entsprechenden Beschlussverfahrens). Auch dieses Recht könnte als verdrängendes Recht ausgestaltet sein, so dass die Gesellschafterversammlung von sich aus nicht tätig werden kann, d.h. nur dem Dritten wäre die Einleitung einer Satzungsänderung vorbehalten. Ein konkurrierendes Initiativrecht könnte vorsehen, dass der Dritte neben der Gesellschafterversammlung das Verfahren zur Satzungsänderung initiieren kann.
- Ein Präsentationsrecht sähe dagegen vor, dass der Dritte entweder ausschließlich oder konkurrierend die Anträge zur Satzungsänderung stellen kann, so dass die Gesellschafterversammlung darüber abstimmen müsste oder an die durch die präsentierten Anträge vorgesehenen Möglichkeiten der Satzungsänderung sogar ge-

¹¹⁷. Vgl. für Verein: Reichert, Rdn. 409; Stöber, Rdn. 613; für Aktiengesellschaft: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 179, Rdn. 31, m.w.N.; für Genossenschaft: Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, § 16, Rdn. 2, m.w.N.; für GmbH: Baumbach/Hueck/Zöllner, § 53, Rdn. 10a.

¹¹⁸. Edenfeld, § 13 II 1, S. 90.

¹¹⁹. Vgl. LG Aachen, DVBl. 1976, S. 914, 915.

bunden wäre. Die Einleitung des Änderungsverfahrens wäre nicht vom Präsentationsrecht umfasst.

b. Literatur und Rechtsprechung

Der Unterschied zwischen der *GmbH* einerseits und der nachfolgend behandelten *Aktiengesellschaft* sowie *Genossenschaft* andererseits wird häufig dahingehend charakterisiert, dass bei der ersteren im Innenverhältnis weitgehende Gestaltungsfreiheit herrsche, während bei den letzteren aufgrund der Satzungsstrenge jene Freiheit weitestgehend eingeschränkt sei. Dies trifft dem Grunde nach auch gem. § 46 II GmbHG zu, jedoch nur für die Vorschriften der §§ 46-51 GmbHG. Zwingend dagegen sind die Vorschriften über die Satzungsänderungen, §§ 53 ff. GmbHG. Insofern besteht eine Parallele zur *Aktiengesellschaft* und *Genossenschaft*; bezogen auf das vorliegende Problem insbesondere dadurch, dass der Wortlaut des § 53 I, II GmbHG dem Wortlaut des § 16 I GenG und dem früheren Wortlaut des § 274 I HGB 1897¹²⁰ weitgehend entspricht. Davon ausgehend kann es nicht verwundern, dass die Diskussion über die Zulässigkeit derartiger Drittrechte bei der *GmbH* weitgehende Parallelen zur Diskussion bei der *Aktiengesellschaft* und der *Genossenschaft* aufweist; insofern ist auf die dortigen Ausführungen zu verweisen. Daher reduziert sich die nachfolgende Darstellung des Diskussionsstandes auf eine grundlegende reichsgerichtliche Entscheidung und auf einen Ansatz von *Ulmer*. Die überwiegende Literaturmeinung und die Rechtsprechung lehnen sowohl eine eigenständige Satzungsänderungskompetenz eines Dritten als auch ein entsprechendes Zustimmungsrecht ab, da die Generalversammlung als oberstes Organ autonom sei¹²¹.

Das *Reichsgericht* lehnte sowohl ein eigenes („unmittelbares“) Satzungsänderungsrecht als auch ein Zustimmungsrecht eines Dritten ab, da eine Satzungsänderung eine innere Gesellschaftsangelegenheit sei und die Gesellschaft dem Dritten gegenüber eine geschlossene Einheit darstelle¹²². Sinngemäß führte es aus, dass dies zwar nicht

¹²⁰ Wortlaut des § 274 I HGB vom 10.05.1897: „Eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags kann nur durch die Generalversammlung beschlossen werden. Die Vornahme von Änderungen, die nur die Fassung betreffen, kann durch Beschluss der Generalversammlung dem Aufsichtsrat übertragen werden.“

¹²¹ Auswahl von älterer Literatur (vor 1945): *Brodmann*, GmbH, § 53, Anm. 3; *Ehrenberg/Feine*, Bd. I, § 44 III, S. 597; *Hachenburg*, 5.A., § 53, Anm. 8; *a.M. Liebmann/Saenger*, § 53, Anm. 2; neuere Literatur: *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 53, Rdn. 43; im Ergebnis *Beuthien/Gätsch*, ZHR 156 (1992), S. 459, 477; *Bürkle*, S. 134, 135; *Hachenburg/Ulmer*, § 53, Rdn. 84; wohl auch *Herfs*, S. 83 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, § 53, Rdn. 7; ausführlich *Priester*, FS für Werner (1984), S. 657, 662 ff.; *Rowedder/Zimmermann*, § 53, Rdn. 46; *Scholz/Priester*, § 53, Rdn. 63; *RGZ* 169, S. 65, 80, 81; *KG*, OLGE 42, S. 225 ff.; *KG*, OLGE 44, S. 237 ff. = *JW* 1926, S. 598 mit Anm. von *Fischer*; *KG*, *JW* 1930, S. 1412 ff. Zu dem Primat der Generalversammlung: *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 46, Rdn. 48; *dies.*, § 53, Rdn. 26; *Hachenburg/Hüffer*, § 45, Rdn. 14; *Herfs*, S. 75; *Lutter/Hommelhoff*, § 53, Rdn. 7; *Rowedder/Koppensteiner*, § 45, Rdn. 9 ff.; *Scholz/Priester*, § 53, Rdn. 62; *Scholz/K. Schmidt*, § 45, Rdn. 8; *BHGZ* 43, S. 261, 264; *OLG Düsseldorf*, BB 1982, S. 762; *LG Berlin*, GmbHR, 1952, S. 12 ff.

¹²² *RGZ* 169, S. 65, 80, 81; eine Entscheidung des *LG Berlin*, GmbHR 1952, S. 12 ff., stellt weitgehend auf die Argumentation des *Reichsgerichts* ab.

aus dem Wortlaut des § 53 GmbHG, sondern aus der Stellung der Gesellschafterversammlung als oberstem Gesellschaftsorgan folge. Die weiteren Erfordernisse, welche gem. § 53 II S.2 GmbHG statutarisch vorgesehen werden können, bezögen sich nur auf das Zustandekommen eines satzungsändernden Beschlusses; hierunter können keine Rechte Dritter fallen¹²³.

Auch *Ulmer* verneint im Einklang mit der herrschenden Meinung ein unmittelbares Satzungsänderungsrecht sowie ein entsprechendes Zustimmungsrecht. Doch variiert sein dogmatischer Ansatz: nicht nach der ausschließlichen, zwingenden Kompetenz der Gesellschafterversammlung nach § 53 GmbHG sei zu fragen, sondern auf die Rechtsnatur der Satzung abzustellen. Sein Ansatz geht dahin zu problematisieren, ob die Satzung an sich ein geeigneter Ort für die Begründung derartiger Rechte nach Art von § 328 I-BGB sei und die fehlende Verbandszugehörigkeit des begünstigten Dritten einen Hinderungsgrund bilde¹²⁴. Sein Augenmerk gilt nicht der Begründung organschaftlicher Rechte, die der Dritte dann als Organwalter wahrnimmt, sondern solcher Rechte, die ihm ad personam eingeräumt werden. Dies könne - so *Ulmer* - statutarisch nicht erfolgen, da sich die Satzung aufgrund ihrer Rechtsnatur als Organisationsvertrag auf die Ausgestaltung der gesellschaftsrechtlichen Rechtsbeziehungen beschränke. Zwar könne die Satzung Drittbeziehungen enthalten, doch gehe es bei diesen Bestimmungen nur darum, die *GmbH* als solche sowie den betroffenen Gesellschafter zu begünstigen oder zu belasten, so dass nur die Gesellschaft oder der Gesellschafter, nicht auch der statutarisch benannte Dritte verlangen könne, dass nach der entsprechenden Satzungsbestimmung verfahren werde¹²⁵. Ferner stützt *Ulmer* seine Meinung darauf, dass sich die verbandliche Treuepflicht für den Dritten nicht aus der Satzung ableiten lassen könne, was mit dem untrennbaren Zusammenhang zwischen Gesellschafterstellung und der Gesamtheit der daraus resultierenden Rechte und Pflichten unvereinbar sei¹²⁶.

2. Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie

a. Bestellungs- und Abberufungsrechte sowie deren Ausgestaltung

Ein terminologisch als Bestellungs- oder Abberufungsrecht bezeichnetes Recht kann unterschiedlichen Inhalts sein. Dieser ist insofern durch Auslegung zu ermitteln. Als Leitlinie kann dazu die nachfolgende Darstellung dienen, wobei darauf zu achten ist,

¹²³ RGZ, a.a.O.

¹²⁴ *Ulmer*, FS für Werner (1984), S. 911, 923; *ders.*, FS für Wiedemann (2002), S. 1297, 1317.

¹²⁵ *Ulmer*, FS für Werner (1984), S. 911, 924, 925.

dass inhaltliche Zwischenstufen bestehen, die zu einer anderen Einteilung führen können¹²⁷. Auch ist die Begriffsbildung in der Literatur uneinheitlich, so dass nicht der Wortlaut des statutarischen Drittrechts, sondern dessen Sinn und Zweck entscheidend ist¹²⁸.

- Bei einem unmittelbaren Bestellungsrecht, auch Entsendungs- oder Optionsrecht genannt¹²⁹, ersetzt die Entscheidung des Dritten mit verdrängender oder konkurrierender Wirkung einen Bestellungsbeschluss der Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 5 GmbHG oder des sonst intern zuständigen Organs. Die Beschlussfassung und dessen Vollzug fallen in einem Akt zusammen. Zur endgültigen Bestellung ist nur noch die Annahmeerklärung des designierten Organwalters erforderlich. Falls dieser zustimmt, ist der durch den Dritten Ernante mit gesellschaftsintern-bindender Wirkung zum Organwalter bestellt worden.
- Dagegen ist der Dritte bei einem Präsentationsrecht berechtigt, der Gesellschaft einen Kandidaten als Organwalter zu präsentieren, dessen Bestellung die Gesellschafterversammlung (oder das zuständige Organ) nur aus einem wichtigen Grund verweigern kann. Letztlich handelt es sich um ein rechtsverbindliches Vorschlagsrecht, das grundsätzlich mit einer entsprechenden Zustimmungspflicht der Gesellschafter (oder des zuständigen Organs) einhergeht¹³⁰.
- Der Inhaber eines Vorschlagsrechts hat nur ein unverbindliches Recht des Inhalts, dass er der Gesellschafterversammlung (oder dem zuständigen Organ) einen Kandidaten seiner Wahl vorschlagen kann. Dieses Recht begründet aber keinen durchsetzbaren Anspruch, da die Gesellschafterversammlung (oder das zuständige Organ) nicht verpflichtet ist, überhaupt über den Vorschlag abzustimmen¹³¹.
- Schließlich ist auch ein Zustimmungsrecht denkbar, das einen Bestellungsbeschluss der Gesellschafterversammlung (oder des zuständigen Organs) voraussetzt. Es obliegt aber dem Dritten, über die Wirksamkeit des Beschlusses zu entscheiden, indem er seine Zustimmung erteilt oder nicht. Die Bezeichnung als Vetorecht wäre ebenfalls möglich, da der Dritte von sich aus keine Initiative ergreifen, sondern nur eine Veränderung des status quo verhindern kann¹³².

¹²⁶ Ebd.

¹²⁷ Vgl. Kronstein, S. 19 ff.

¹²⁸ Vgl. Herfs, S. 119 ff.; Hublé, S. 12; Lutter/Hommelhoff, a.a.O.; Scholz/K. Schmidt, a.a.O.

¹²⁹ Vgl. GroßKzHGB/Ulmer, § 114, Rdn. 81.

¹³⁰ Vgl. etwa Lutter/Hommelhoff, § 46, Rdn. 12.

¹³¹ Vgl. auch OLG Hamm, ZIP 1986, S. 1188, 1194; Lutter/Hommelhoff, § 46, Rdn. 12; Scholz/K. Schmidt, § 46, Rdn. 83.

¹³² Ähnlich auch Bürkle, S. 148.

Die Abberufungsrechte können parallel zu den Bestellungsrechten ausgestaltet werden. So kommt als Gegenstück zu einem unmittelbaren Bestellungsrecht ein unmittelbares Abberufungsrecht in Frage. Weiter wäre ein Vetorecht im Sinne eines Zustimmungsrechts denkbar, so dass zumindest bei Fehlen eines wichtigen Grundes der Dritte den bisherigen Organwalter im Amt halten könnte. Dagegen machen Vorschlags- oder Präsentationsrechte bei der Abberufung keinen Sinn, da es nur um die Abwahl eines bestimmten Organwalters und nicht um die Auswahl aus einer Gruppe von Kandidaten geht. Auch bei den statutarischen Abberufungsrechten ist aber durch Auslegung zu ermitteln, was genau gewollt ist. In diesem Zusammenhang ist insbesondere das Verhältnis zwischen Bestellungs- und Abberufungskompetenz zu klären, da z.B. ein unmittelbares Bestellungsrecht ohne die erforderliche Abberufungskompetenz wenig Sinn macht. Der Neubestellung geht logischerweise eine Abberufung voraus. Bei Fehlen dieser Abberufungskompetenz könnte der Dritte das ihm eingeräumte Bestellungsrecht nur ausüben, wenn zuvor das entsprechende Abberufungsorgan den bisherigen Organwalter abgewählt hat. Regelmäßig beinhaltet daher eine unmittelbare Bestellungskompetenz eine entsprechende Abberufungskompetenz¹³³. Andererseits ist aber auch denkbar, dass dem Dritten bewusst die Abberufungskompetenz vorbehalten wird, um somit zumindest dadurch unpassende, von ihm bestellte Organwalter beseitigen zu können. Diese Überlegungen lassen sich in allen denkbaren Varianten weiter entwickeln, so dass stets durch Auslegung der Inhalt sowie die tatsächliche Reichweite genau zu ermitteln sind¹³⁴.

aa. Geschäftsführer

Gemäß der dispositiven §§ 46 Nr. 5, 45 II GmbHG ist für die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers im gesetzlichen Normalfall die Gesellschafterversammlung zuständig, so ebenfalls bei einer nach § 77 I BetrVG 1952 mitbestimmten Gesellschaft trotz obligatorischen Aufsichtsrats¹³⁵. In der *GmbH* nach dem MitbestG ist dagegen sowohl für die Bestellung als auch für die Abberufung der obligatorische Aufsichtsrat zwingend zuständig, § 31 MitbestG¹³⁶.

Bestellung sowie Abberufung sind körperschaftliche Akte, die dem Organisationsrecht entspringen¹³⁷. Hiervon ist der schuldrechtliche Dienst- oder Geschäftsbesor-

¹³³ Vgl. auch *Hachenburg/Hüffer*, § 46, Rdn. 75.

¹³⁴ Ähnlich auch *Bürkle*, S. 148.

¹³⁵ Vgl. *Lutter/Hommelhoff*, § 46, Rdn. 11.

¹³⁶ Vgl. *Raiser*, MitbestG, § 31, Rdn. 6.

¹³⁷ *K. Schmidt*, GesR, § 14 III 2, S. 416 ff.; vgl. auch *Baums*, § 4 I 1, S. 36 ff, m.w.N.

gungsvertrag zu unterscheiden, der der Bestellung zugrundeliegt¹³⁸. Vorliegender Dritteinfluss kann sich indes auf beide Rechtsverhältnisse auswirken. Einerseits kann einem Dritten, soweit dies zulässig ist, ein unmittelbares statutarisches Bestellungsrecht eingeräumt werden, das - wie oben dargelegt - verbandsinterne Bindungswirkung entfaltet¹³⁹; andererseits könnte der Dritte - etwa eine Konzerngroßmutter - mit dem designierten Geschäftsführer einen Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrag schließen, in dem der Dritte verspricht, den designierten Geschäftsführer tatsächlich zum Geschäftsführer zu bestellen.

Der Überblick über die gesellschaftsrechtliche Literatur zu dieser Thematik lässt das schon angesprochene Problem erkennen, dass nicht alle Autoren zwischen einer Kompetenzübertragung bzw. -zuweisung ad personam und einer organschaftlichen Kompetenzeinräumung oder, was dasselbe heißen soll, nicht zwischen einer individual- bzw. schuldrechtlichen und einer organschaftlichen Kompetenzübertragung unterscheiden. Zunächst besteht aber Einigkeit, dass ein mitgliedschaftliches Sonderrecht i.S.d. § 35 BGB zu Gunsten eines Dritten ausgeschlossen ist. Unstreitig ist es zwar möglich, einem Gesellschafter ein Sonderrecht zur unmittelbaren Bestellung und Abberufung oder ein weniger gewichtiges Präsentationsrecht einzuräumen¹⁴⁰. Doch scheidet per definitionem ein derartiges Recht für einen verbandsfremden Dritten aus. Analysiert man in einem weiteren Schritt die in der Literatur vertretenen Positionen, so erkennt man eine gemeinsame Linie; und zwar die, dass eine Übertragung der Bestellungs- und Abberufungskompetenz auf einen Dritten ad personam, also in Form eines organschaftlich wirkenden Rechts ohne entsprechende Verbandsmitgliedschaft, überwiegend abgelehnt wird¹⁴¹. Worin die eigentliche Schwierigkeit bei der Analyse besteht, ist der Umstand, dass zunächst pauschal eine Übertragung auf einen Dritten ausgeschlossen, aber gleichzeitig eine verbandsinterne Übertragung auf ein Fakultativorgan zugelassen wird, das man dann mit Dritten besetzen kann. Teilweise wird aber auch die Übertragung auf einen Dritten zugelassen, ohne diese Übertragung rechtlich zu qualifizieren¹⁴². Vereinzelt wird dies sogar kompromisslos

¹³⁸ Vgl. Baums, § 5 II 2b, S. 89 ff.

¹³⁹ Vgl. S. 31 ff.

¹⁴⁰ Baums, § 5 II 1b, S. 81 ff.; ders., FS für OLG Oldenburg (1989), S. 671, 676, m.w.N.

¹⁴¹ Baumbach/Hueck/Fastrich, § 6, Rdn. 18a; Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), S. 483, 512; Bürkle, S. 143 ff.; Hachenburg/Hüffer, § 46, Rdn. 74, 75; Scholz/K. Schmidt, § 45, Rdn. 15; ders., § 46, Rdn. 72; Scholz/Schneider, § 6, Rdn. 30, 34; Ulmer, FS für Werner (1984), S. 911, 923.

¹⁴² Referentenentwurf zum GmbHG (1969), S. 206 ff.; Roth/Altmeyen, § 6, Rdn. 27; Wiedemann, FS für Schilling (1973), S. 105, 117; ältere Literatur: Baumbach, § 6, Anm. 3a; Bondi, FS für Liebmann (1920), S. 278, 285 ff.; Friedländer, § 7 III 1, S. 70; Hachenburg, § 46, Anm. 21a; Liebmann/Saenger, § 6, Anm. 5; Scholz, § 6, Anm. 3; a.M. Brodmann, GmbH, § 46, Anm. 6b; ältere Rechtsprechung: RGZ 44, S. 95, 97 ff.; KG, OLGE 44, S. 237 ff.

abgelehnt¹⁴³. Andere Autoren wiederum lassen eine Übertragung grundsätzlich zu, qualifizieren den Dritten dann aber als Kurationsorgan¹⁴⁴. Dies erweckt sogleich die Vorstellung, eine Übertragung ad personam werde vertreten, obwohl der Dritte aber kein außenstehender Dritter im Sinne der hier vertretenen Definition, sondern ein „einfaches“ Organmitglied ist.

bb. Obligatorischer Aufsichtsrat

Nach den drei Varianten der betrieblichen Mitbestimmung ist die Errichtung eines Aufsichtsrats in der *GmbH* obligatorisch¹⁴⁵. Insofern ist die Zusammensetzung, Funktion und Organisation des Aufsichtsrats zwingend durch die Verweisung auf das AktG geregelt, wobei die einzelnen Gesetze die jeweiligen Rechte und Pflichten unterschiedlich regeln¹⁴⁶.

Nach §§ 76, 77 I S.2 BetrVG 1952 muss der Aufsichtsrat zu 1/3 aus Vertretern der Arbeitnehmer bestehen. Jedoch können die Gesellschafter weitere Arbeitnehmer oder Personen, die etwa die Belegschaft oder eine Gewerkschaft vorschlägt, in den Aufsichtsrat - auf ihre 2/3-Beteiligung - wählen. Die Gesellschafterversammlung wählt die Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschafter nach § 101 I AktG i.V.m. § 77 I BetrVG 1952, § 48 II GmbHG. Daneben können Entsendungsrechte bestehen. Da § 77 BetrVG 1952 (im Gegensatz zu § 52 I GmbHG und § 6 II MitbestG) auf § 101 II AktG verweist, ist umstritten, ob die entsprechenden aktienrechtlichen Voraussetzungen des § 101 II AktG zwingend gelten¹⁴⁷. Die Arbeitnehmervertreter wählen die zum Unternehmen gehörenden Arbeitnehmer¹⁴⁸. Für die reguläre Abberufung gilt der Grundsatz: wer bestellt, kann auch abberufen¹⁴⁹. Die Gesellschaftervertreter können gem. §§ 77 I BetrVG 1952, 103 I AktG, jederzeit mit einer ¾-Mehrheit abberufen werden; ein wichtiger Grund braucht nicht vorzuliegen. Entsendete Mitglieder kann der Berechtigte ebenfalls jederzeit abberufen, §§ 77 I BetrVG 1952, 103 II AktG. Denkbar ist auch eine Abberufung gem. §§ 77 I BetrVG 1952, 103 II S.2 AktG durch die Gesellschafterversammlung. Die Abberufung der Arbeitnehmervertreter erfolgt durch Beschluss gem. § 76 V BetrVG 1952.

¹⁴³ Teichmann, Gestaltungsfreiheit, § 17 I, S. 191 ff.

¹⁴⁴ Baumbach/Hueck/Fastrich, § 6, Rdn. 18a; Ehrenberg/Feine, Bd. I, § 34 II 3, S. 474, 475; Hammen, WM 1994, S. 765, 775; Harde, S. 125; Herfs, S. 117 ff.; Hopt, ZGR 1979, S. 1, 7, 8; Hachenburg/Hüffer, § 46, Rdn. 74, 75; Klumpp, § 19, S. 56, 57; Kronstein, S. 19, 20, 33; Priester, FS für Werner (1984), S. 657, 665; Reuter, Perpetuierung, S. 173 ff.

¹⁴⁵ MitbestG 1976, § 77 BetrVG 1952 und dem Montanbereich-MontanMitbestG und MitbestErgG. Wegen geringen praktischen Relevanz der letzteren wird auf deren Darstellung verzichtet, vgl. Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 10, 11.

¹⁴⁶ Vgl. Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 148 ff.; Lutter/Hommelhoff, § 52, Rdn. 21 ff.; Roth/Altmeyen, § 52, Rdn. 15 ff., 29, m.w.N.

¹⁴⁷ So etwa Baumbach/Hueck/Zöllner, § 52, Rdn. 96; Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 175, m.w.N.

¹⁴⁸ Rechtsgrundlage sind die § 76 II-IV BetrVG 1952, §§ 33-52 WO 1953 i.V.m. §§ 87 BetrVG 1952, 129 BetrVG 1972.

Der Aufsichtsrat nach dem MitbestG hingegen setzt sich je zur Hälfte aus Vertretern der Gesellschafter und der Arbeitnehmer zusammen¹⁵⁰. Die Gesellschafterversammlung wählt oder entsendet die Gesellschaftervertreter nach § 6 II MitbestG i.V.m. § 101 I AktG. § 6 II MitbestG verweist jedoch nicht auf § 101 II AktG, so dass nach herrschender Meinung die aktienrechtlichen Schranken des Entsendungsrechts nicht anzuwenden sind¹⁵¹. Die Arbeitnehmervertreter werden gem. §§ 9-22 MitbestG gewählt. Gem. § 6 II MitbestG i.V.m. § 103 I AktG kann die Gesellschafterversammlung die Gesellschaftervertreter jederzeit mit einer ¾-Mehrheit abrufen; auch hier braucht ein wichtiger Grund nicht vorzuliegen. Entsandte Mitglieder kann der Berechtigte ebenfalls jederzeit abberufen, § 103 II AktG analog. Die Abberufung der Arbeitnehmervertreter ist in § 23 MitbestG geregelt.

Auch hier ist fraglich, ob die Gesellschafter einem Dritten statutarisch eine Bestel-lungs- und Abberufungskompetenz und vergleichbare Rechte (etwa Zustimmungsrechte) einräumen können¹⁵².

(1) Aufsichtsrat nach § 77 BetrVG 1952

Bei Beantwortung dieser Frage sind zuvor aber verschiedene Fragestellungen zu unterscheiden. So ist zunächst fraglich, ob die Drittelbeteiligung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat zwingend ist oder ob diese nicht vielmehr zu Lasten der Gesellschafterbeteiligung etwa statutarisch erhöht werden kann. Von dieser Frage ist jene zu unterscheiden, ob für die 2/3-Beteiligung der Gesellschaftervertreter einem Dritten ein Entsendungsrecht oder ein vergleichbares Recht zustehen kann. Auch wenn sich diese Fragen unterscheiden, können sie miteinander verbunden werden, und zwar dergestalt, ob eine Erweiterung der Zahl der Arbeitnehmervertreter und ihre Bestellung durch einen Dritten, etwa eine Gewerkschaft, bei statutarischer Regelung zulässig ist. Ein Beispiel: der nach § 77 BetrVG 1952 mitbestimmte Aufsichtsrat ist nach dem Gesellschaftsvertrag paritätisch zu besetzen. Von der Arbeitnehmervertreterquote bestimmt 1/3 (2 Mitglieder) eine Gewerkschaft (= 1/6 aller Aufsichtsratsmitglieder) und die restlichen 2/3 (4 Mitglieder entsprechend der Drittelbeteiligung nach BetrVG) wählen die Arbeitnehmer.

¹⁴⁹ Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 189.

¹⁵⁰ Vgl. zu der Größe und den entsprechenden Proporzregeln: Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 268.

¹⁵¹ Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, § 52, Rdn. 174; Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 270; Hanau/Ulmer, § 8, Rdn. 6; Scholz/Schneider, § 52, Rdn. 149, m.w.N.

¹⁵² Vgl. Ulmer, FS für Wiedemann (2002), S. 1297, 1298; Weber, S. 11.

Zur ersten Frage: es ist streitig, ob bei einer gem. § 77 BetrVG 1952 aufsichtsratspflichtigen GmbH die gem. § 77 I S.2 BetrVG 1952 anzuwendenden aktienrechtlichen Vorschriften und § 76 BetrVG 1952 zwingend sind und daher eine ihnen entgegenstehende, durch Gesellschaftsvertrag vereinbarte Zusammensetzung des Aufsichtsrats nicht zulassen. Soweit ersichtlich, ist nach herrschender Meinung die freiwillige Einführung einer paritätischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat möglich¹⁵³. § 77 BetrVG 1952 i.V.m. den dort angeführten Bestimmungen des Aktiengesetzes wirken auf die GmbH-Satzung nämlich nur insoweit ein, als sie die Bildung eines Aufsichtsrats zwingend vorschreiben und Mindestbestimmungen über Befugnisse, Zusammensetzung und innere Ordnung des Aufsichtsrats enthalten. Ein darüber hinausgehender Eingriff in die Satzungsautonomie, etwa durch Übernahme der aktienrechtlichen Satzungsstrenge, beabsichtigte der Gesetzgeber dagegen nicht¹⁵⁴. Das BetrVG 1952 soll nur das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer sichern. Dagegen war es nicht die Vorstellung des Gesetzgebers, hierdurch die Gesellschafter vor sich selbst zu schützen und ihnen die Möglichkeit zu nehmen, die Zusammensetzung ihres Aufsichtsrats auch insoweit zu bestimmen, als sie die Rechte der Arbeitnehmer nicht verkürzen. Wie aber die Gesellschafter oder die Arbeitnehmer (bzw. Dritte) die nicht nach dem BetrVG 1952 zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder wählen oder entsenden, berührt nicht die betriebliche Mitbestimmung der Arbeitnehmer¹⁵⁵.

Wenn insoweit weitgehende Einigkeit herrscht, bestehen unterschiedliche Möglichkeiten, die Aufsichtsratsbesetzung der Höhe nach zu variieren. Zum einen kann die gesetzliche 1/3-2/3-Besetzung bestehen bleiben, die Gesellschafterversammlung aber verpflichtet sich, Wahlvorschläge der Arbeitnehmer zu befolgen. In diesem Fall sind jedoch die Gewählten keine Arbeitnehmer-, sondern Gesellschaftervertreter und von diesen entsprechend auch abberufbar¹⁵⁶. Zum anderen sind folgende Möglichkeiten denkbar: es besteht statutarisch eine paritätische Beteiligung. 1/3 wählen die Arbeitnehmer nach BetrVG 1952, die restlichen 2/3 wählt die Gesellschafterversammlung, wobei aber diese statutarisch hinsichtlich eines Viertels der von ihnen zu Wählenden, also einem 1/6-Anteil aller Aufsichtsratsmitglieder, an den (verbindlichen) Wahlvorschlag der Arbeitnehmer gebunden ist; entsprechendes gilt für die Abberufung¹⁵⁷.

¹⁵³ Biedenkopf/Säcker, ZfA 1971, S. 211, 262; Dietz/Richardi, Vorbem. § 76 BetrVG 1952, Rdn. 16; Hensche, AuR 1971, S. 33, 36; Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 150; Hommelhoff, ZHR 148 (1984), S. 118, 129 ff.; OLG Bremen, NJW 1977, S. 1153; a.M. GK-BetrVG/Kraft, vor § 76 BetrVG 1952, Rdn. 13, m.w.N.

¹⁵⁴ So OLG Bremen, NJW 1977, S. 1153.

¹⁵⁵ Vgl. OLG Bremen, NJW 1977, S. 1153, 1154.

¹⁵⁶ Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 165; Lutter/Hommelhoff, § 52, Rdn. 25.

¹⁵⁷ So der Sachverhalt bei OLG Bremen, NJW 1977, S. 1153 ff.

Darüber hinaus besteht wiederum die Möglichkeit einer gesellschaftsvertraglich eingeführten paritätischen Beteiligung. ½ der Mitglieder wählen die Arbeitnehmer, wobei die zwingende 1/3-Beteiligung (also 2/3 ihrer Vertreter) nach BetrVG 1952 zu wählen ist. Das verbleibende Drittel ist nach der im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Weise zu wählen.

Genau hier bestünde die Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrag entsprechende Drittrechte zu statuieren, welche etwa einer Gewerkschaft zustehen könnten, die dann als Dritter Aufsichtsratsmitglieder bestimmen könnte. Dasselbe gilt, wenn ein Teil der Gesellschaftervertreter durch außenstehende Dritte bestimmbar oder wählbar ist. Um es noch einmal zusammenzufassen: es macht keinen Unterschied, ob ein Dritter Anteilseigner- oder Arbeitnehmervertreter durch ein ihm statutarisch eingeräumtes Recht bestimmen oder wählen kann. Fraglich ist vielmehr, ob einem Dritten überhaupt ein derartiges Entsendungsrecht zustehen kann, da er in beiden Fällen Dritter in dem hier definierten rechtlichen Sinne ist. Ist schon umstritten, ob die entsprechenden aktienrechtlichen Voraussetzungen des § 101 II AktG zwingend sind, da § 77 BetrVG 1952 (im Gegensatz zu § 52 I GmbHG und § 6 II MitbestG) auf § 101 II AktG verweist, verwundert es nicht, dass etwaige Entsendungsrechte (und die damit verbundene Abberufungskompetenz) Dritter ebenfalls umstritten sind¹⁵⁸. Auffällig ist nun, dass die gesellschaftsrechtliche Literatur derartige Rechte überwiegend ablehnt, während die arbeitsrechtliche diese zulässt; letztere hält gewissermaßen die Satzungsautonomie hoch, lehnt jedoch die zwingende Verweisung auf die aktienrechtlichen Vorschriften ab¹⁵⁹. Eine dogmatische Qualifizierung des Entsendungsrechts und dessen Rechtsfolgen erfolgt jedoch nicht¹⁶⁰.

(2) Aufsichtsrat nach MitbestG

§ 6 II MitbestG verweist nicht auf § 101 II AktG, so dass nach herrschender Meinung die aktienrechtlichen Schranken des Entsendungsrechts nicht zwingend sind¹⁶¹. Entsprechend ist sowohl die generelle Zulässigkeit eines Entsendungsrechts für einen Dritten als auch die Zahl der Entsandten über das im Aktiengesetz bestimmte Drittel der Aufsichtsratsmandate hinaus umstritten. Da jedoch eine zum obligatorischen

¹⁵⁸ Unzulässig nach: *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 52, Rdn. 96; *Hachenburg/Raiser*, § 52, Rdn. 175; *GK-BetrVG/Kraft*, vor § 76 BetrVG 1952, Rdn. 13; *Lutter/Hommelhoff*, § 52, Rdn. 25; *Scholz/Schneider*, § 52, Rdn. 129. Zulässig nach: *Biedenkopf/Säcker*, ZfA 1971, S. 211, 262; *Dietz/Richardi*, Vorbem. § 76 BetrVG 1952, Rdn. 16; *Hensche*, AuR 1971, S. 33, 36; *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Einl. Rdn. 282; *Vollmer*, § 11 III 2b, S. 186.

¹⁵⁹ Vgl. etwa *Hensche*, a.a.O.

¹⁶⁰ Vgl. *Dietz/Richardi*, a.a.O.

¹⁶¹ Vgl. *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 52, Rdn. 174; *Hachenburg/Raiser*, § 52, Rdn. 270; *Hanau/Ulmer*, § 8, Rdn. 6; *Raiser*, MitbestG, § 8, Rdn. 7; *Scholz/Schneider*, § 52, Rdn. 149.

Aufsichtsrat nach § 77 BetrVG 1952 letztlich vergleichbare Position besteht - will sagen, dass hier wie dort die aktienrechtlichen Schranken des Entsendungsrechts (i.S.v. § 101 II AktG) nur dem Schutzbedürfnis der mitbestimmungsberechtigten Arbeitnehmer dienen - gelten dieselben Überlegungen wie zuvor. Darüber hinaus besteht auch im Rahmen des MitbestG kein legitimes Interesse, die Satzungsautonomie der Gesellschafter zu beschneiden; es muss nur die paritätische Besetzung gewährleistet sein¹⁶². Insofern ist auf die Ausführungen zum Aufsichtsrat nach § 77 BetrVG 1952 zu verweisen, insbesondere bestehen auch hier die aufgezeigten Gestaltungsmöglichkeiten. Dogmatische Ausführungen zur Qualität der hier in Frage kommenden Drittrechte erfolgen in der Literatur nicht.

cc. Fakultativorgane

Der „gesetzliche Normalfall“ eines Fakultativorgans ist der Aufsichtsrat nach § 52 GmbHG, der grundsätzlich dann zum Tragen kommt, wenn die *GmbH* nicht mitbestimmungspflichtig ist. Die Frage der Errichtung ist somit eine rein zweckmäßige. Da eine weitgehende Gestaltungsfreiheit in der *GmbH* besteht, richten die Gesellschafter häufig ein Fakultativorgan ein. Abgrenzungsprobleme entstehen dabei in den Fällen, in denen das Fakultativorgan als „Verwaltungsrat“, „Beirat“, „Gesellschafterausschuss“ oder dergleichen, jedenfalls nicht als klassischer Aufsichtsrat bezeichnet wird. Für die rechtliche Qualifikation eines derartigen Organs ist nicht so sehr die gewählte Bezeichnung entscheidend - sie kann allerdings Anhaltspunkte liefern - sondern die dem Organ zugewiesenen Kompetenzen¹⁶³. Besteht der Schwerpunkt der Kompetenzzuweisung in der klassischen Kontrolle und Überwachung der Geschäftsführung, so liegt ein Aufsichtsrat i.S.d. § 52 GmbHG vor. Überwiegen dagegen Geschäftsführungsbefugnisse oder nur diesbezügliche Beratungsleistungen, so treten die klassischen Aufsichtsratsfunktionen zurück, sonstige Organfunktionen dagegen hervor. Je nach kompetenzieller Ausgestaltung reicht die Spannweite von einem allumfassenden, das eigentliche Machtzentrum bildende Organ hin zu einem nur schuldrechtliche verbundenen Beirat, der gar kein Organ im verbandsrechtlichen Sinne mehr darstellt¹⁶⁴. Soweit die Satzungsautonomie reicht, so sehr divergieren die denkbaren Ausgestaltungen; entsprechendes gilt für die Bezeichnung des Fakultativor-

¹⁶². Ähnlich Raiser, MitbestG, § 8, Rdn. 8.

¹⁶³. Allgemeine Meinung, vgl. nur Lutter/Hommelhoff, § 52, Rdn. 3, 4, m.w.N.

¹⁶⁴. Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 307 ff.; Voormann, Beirat, § 9 2, S. 53.

gans. Getreu der Losung „substance over form“ entscheidet die Auslegung über die Qualität des Organs und dessen Rechte.

Wenn der Gesellschaftsvertrag ohne nähere Vorgaben einen Aufsichtsrat vorsieht, gelten gem. § 52 I GmbHG die dort angeführten aktienrechtlichen Vorschriften¹⁶⁵. Da dies jedoch die Ausnahme darstellt, legt der Gesellschaftsvertrag dessen Kompetenzen grundsätzlich statutarisch fest, wobei als Mindestkompetenz die Überwachung der Geschäftsführung i.S.d. § 111 AktG gilt. Letztlich ist die statutarische Kompetenzzuweisung beliebig zu erweitern¹⁶⁶. Wenn anderweitig nichts geregelt ist, wählt die Gesellschafterversammlung dessen Mitglieder nach § 101 I S.1 AktG, ansonsten können vielfältige Wahlmöglichkeiten statuiert werden. Entsprechend kann der Gesellschaftsvertrag auch Entsendungsrechte i.S.v. § 101 II AktG mit oder ohne den dortigen Einschränkungen vorsehen¹⁶⁷.

Auch hier stellt sich nun die Frage, inwieweit die Gesellschafter einem Dritten ein derartiges Entsendungsrecht einräumen können, da das Gesetz in § 52 I GmbHG auf die aktienrechtliche Vorschrift des § 101 II S.1 AktG verweist, die ein derartiges verbietet. Eine gewichtige Mindermeinung lehnt derartige Rechte und deren Abwandlungen ab¹⁶⁸. Die überwiegende Meinung hält sie jedoch für zulässig, ohne dabei die organisationsrechtlichen Konsequenzen aufzuzeigen¹⁶⁹.

Daneben können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag Beiräte und sonstige Fakultativorgane unbeschränkt errichten. Dies hat allerdings zur Folge, dass eine abschließende Beschreibung etwaiger Erscheinungsformen unmöglich ist. Deren Kompetenzen sind also im Einzelfall konkret zu ermitteln. Weil zudem keine positivrechtlichen Vorgaben, höchstens die des § 52 I GmbHG i.V.m. dem AktG bestehen, können die Gesellschafter auch die personelle Zusammensetzung sowie die Bestellungs- und Abberufungsmodalitäten frei gestalten. Entsprechend entwickelte sich in der *Literatur* ein Streit um die Frage, ob die Gesellschafter einen Beirat oder ein sonstiges Fakultativorgan überwiegend oder sogar ganz mit Dritten besetzen können¹⁷⁰. Dass dieser Ansatz wenig überzeugt, dürfte auf der Hand liegen, da von Gesetzes wegen ja eine Fremdorganschaft bei der *GmbH* - zumindest für den Geschäftsführer - möglich ist. Wenn der Dritte also das eigentliche Geschäftsführungsorgan vollständig

¹⁶⁵ Vgl. hierzu *Hachenburg/Raiser*, § 52, Rdn. 21-23; *Lutter/Hommelhoff*, § 52, Rdn. 1, 2.

¹⁶⁶ Vgl. etwa *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 52, Rdn. 64, m.w.N.

¹⁶⁷ Statt vieler: *Hachenburg/Raiser*, § 52, Rdn. 42, m.w.N.

¹⁶⁸ *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 52, Rdn. 29; *Ulmer*, FS für Werner (1984), S. 911, 918 ff.; *RGZ* 169, S. 65, 82.

¹⁶⁹ *Flume*, FS für Coing II (1982), S. 97, 99; *Hachenburg/Raiser*, § 52, Rdn. 43; *Hölters*, Beirat, S. 30; *Hommelhoff*, ZHR 148 (1984), S. 118, 119 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, § 52, Rdn. 6; *Meyer-Landrut/Meyer-Landrut*, § 52, Rdn. 12; *Rowedder/Koppensteiner*, § 52, Rdn. 9; *Simon*, GmbHR 1999, S. 257, 259; *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit, § 17 3c, S. 199; *Voor- mann*, Beirat, § 14 1a, S. 129, obwohl mit Einschränkungen; *Westhoff*, S. 33 ff.

besetzen kann, dann erst recht ein Fakultativorgan, das hierarchisch unter der Gesellschafterversammlung angesiedelt ist. Entsprechend lässt die überwiegende Meinung die (vollständige) Besetzung des Fakultativorgans mit Dritten zu¹⁷¹. Von dieser personellen Besetzung mit Dritten sind die entsprechenden Entsendungs-, Ernennungs- oder Präsentationsrechte Dritter zu unterscheiden. Ebenfalls stellt sich analog zu den vorherigen Fallgruppen die Frage, ob die Gesellschafter derartige Rechte einem Dritten einräumen können. In Analogie zum Aufsichtsrat nach § 52 GmbHG bejaht dies auch die überwiegende Meinung¹⁷².

b. Weisungsrechte

Auch bei der Möglichkeit einer statutarischen Übertragung eines Weisungsrechts auf einen Dritten gilt es zunächst, die genaue rechtliche Qualifizierung dieser Kompetenz zu ermitteln¹⁷³. Es ist also entsprechend den bisherigen Ausführungen zwischen einem schuldrechtlichen und einem organschaftlichen Weisungsrecht zu unterscheiden. Ebenfalls stellt sich auch hier die Frage, ob ein organschaftlich wirkendes formell-statutarisches Weisungsrecht zulässig ist.

aa. Geschäftsführer

Anders als bei der *Aktiengesellschaft* und der *Genossenschaft*, bei denen der Vorstand eine eigenverantwortliche Stellung innehat (§§ 76 I AktG, 27 I GenG), steht der Gesellschafterversammlung grundsätzlich jederzeit das Recht zu, die Geschäftsführung zu steuern, indem sie dieser einzelfallbezogene Weisungen oder allgemeingültige Handlungsrichtlinien erteilt¹⁷⁴. Aufgrund der bestehenden Satzungsautonomie (§§ 3, 45 II GmbHG) kann der Gesellschaftsvertrag indes hiervon abweichen. Denkbar ist es einerseits, der Geschäftsführung eine weitgehende Autonomie, z.B. in Anlehnung an § 76 I AktG zuzugestehen, andererseits kann der Gesellschaftsvertrag diese zu einem reinen Exekutionsorgan ohne eigentliche Geschäftsführungskompetenz herabstufen¹⁷⁵. Die denkbaren Gestaltungsmöglichkeiten sind vielfältig, auch eine

¹⁷⁰. Vgl. *Wiedemann*, FS für Schilling (1973), S. 105, 111 ff., m.w.N.; *ders.*, GesR, § 7 II 1b, S. 371.

¹⁷¹. Statt vieler *Hachenburg/Raiser*, § 52, Rdn. 318, m.w.N.; ausdrücklich zum Entsendungsrecht *Flume*, FS für Coing II (1982), S. 97, 99.

¹⁷². Vgl. *Hachenburg/Raiser*, § 52, Rdn. 43; *Hommelhoff*, ZHR 148 (1984), S. 118, 120; *Lutter/Hommelhoff*, § 52, Rdn. 6, 65; *Rowedder/Koppensteiner*, § 52, Rdn. 9; *Scholz/Schneider*, § 52, Rdn. 136; a.M. *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 52, Rdn. 29, bezogen auf den fakultativen Aufsichtsrat; *Ulmer*, FS für Werner (1984), S. 911, 918 ff.

¹⁷³. Eine Weisung ist ein Beschluss des zuständigen Organs, der dem weisungsabhängigen Organ im Einzelfall oder generell ein bestimmtes Verhalten (Tun oder Unterlassen) vorschreibt, vgl. zur GmbH: *GmbH-Handbuch I/Fuhrmann*, Rdn. 2302.

¹⁷⁴. Vgl. *Hachenburg/Mertens*, § 37, Rdn. 5, 19.

¹⁷⁵. Vgl. nur *Lutter/Hommelhoff*, § 37, Rdn. 1, m.w.N.

statutarische Übertragung auf ein Fakultativorgan kommt in Frage¹⁷⁶. Besteht also weitgehende Einigkeit, dass die umfassende Beschlusszuständigkeit der Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis des Geschäftsführers einschränken kann, so stellt sich die nachgelagerte Frage, ob und in welchem Umfang es einen autonomen Entscheidungsbereich des Geschäftsführers gibt. Einen weisungsfreien Bereich gibt es zumindest im Rahmen der dem Geschäftsführer zwingend zugewiesenen gesetzlichen Aufgaben, wie etwa Erhaltung des Stammkapitals (§§ 30, 31 GmbHG), Vertretung der GmbH (§ 35 GmbHG) sowie Buchführung und Bilanzierung (§§ 41, 42 GmbHG)¹⁷⁷. Etwaige gegenteilige Weisungen diesbezüglich sind rechtswidrig und unbeachtlich¹⁷⁸. Es ist also festzuhalten, dass die Gesellschafter in diesem Bereich ein Weisungsrecht oder ein wesensgleiches Minus (Vetorecht oder Zustimmungsvorbehalt) einem Dritten nicht einräumen können. Ob darüber hinaus ein Mindestbereich eines autonomen Geschäftsführungsermessens besteht, ist jedenfalls dann umstritten, wenn gesellschaftsvertraglich keine Kompetenz der Gesellschafterversammlung besteht, Einzelfallweisungen zu erteilen. Nach *Hommelhoff* können die Gesellschafter ohne statutarische Grundlage ihr Weisungsrecht nicht in einem Umfang ausüben, dass sie zum eigentlichen Geschäftsführungszentrum der GmbH werden; nur durch eine entsprechende gesellschaftsvertragliche Regelung sei dies möglich¹⁷⁹. Dagegen wendet *Mertens* zu Recht ein, für die GmbH sei es kennzeichnend, dass die Gesellschafter selbst das unternehmerische Initiativ- und Entscheidungszentrum bilden¹⁸⁰. Hiervon wiederum ist die Frage zu trennen, ob der Gesellschaftsvertrag im Fall eines entsprechenden statutarischen Vorbehalts diesen inhaltlich derart ausgestalten kann, dass der Geschäftsführer nur auf Anweisung handeln darf, ihm also keine eigene Initiativkompetenz zusteht. Dies wird teilweise abgelehnt, weil der Geschäftsführer dadurch zu einer reinen Vertretungsmarionette ohne jede Autorität gegenüber dem Personal würde. Auch die Erfüllung der ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben wäre infolgedessen wesentlich erschwert¹⁸¹. Die überwiegende Meinung lehnt jedoch ein über den gesetzlich zwingenden Bereich hinausgehenden Bereich ab, da das GmbHG der Gesellschafterversammlung die dominierende Stellung in der Gesellschaft einräume¹⁸². Dem ist auch zuzustimmen. Wegen der bestehenden Satzungsautonomie

¹⁷⁶ Statt vieler *Hachenburg/Mertens*, § 37, Rdn. 14, 17.

¹⁷⁷ Vgl. zu weiteren Beispielen *Eisenhardt*, FS für Pfeiffer (1988), S. 839, 844, m.w.N.; *Scholz/Schneider*, § 37, Rdn. 37.

¹⁷⁸ *Eisenhardt*, a.a.O.; *Hachenburg/Mertens*, § 37, Rdn. 30; *Lutter/Hommelhoff*, § 37, Rdn. 22.

¹⁷⁹ *Hommelhoff*, ZGR 1978, S. 119, 129.

¹⁸⁰ *Hachenburg/Mertens*, § 37, Rdn. 20, m.w.N.; dazu aber *Eisenhardt*, a.a.O., S. 846.

¹⁸¹ *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 37, Rdn. 9; *Hachenburg/Mertens*, § 37, Rdn. 16, m.w.N.

¹⁸² Vgl. zu weiteren Argumenten der herrschenden Meinung, *Eisenhardt*, a.a.O.

kann die Gesellschafterversammlung verbandsintern Beliebiges regeln, solange sie die zwingenden Geschäftsführerkompetenzen beachtet. Der Rechtsverkehr ist hinsichtlich der verbandsinternen Kompetenzverteilung insofern geschützt, als er auf die organschaftliche Vertretungsmacht des Geschäftsführers uneingeschränkt vertrauen darf. Eine eigene schützenswerte Position steht dem Geschäftsführer nur bei seinen gesetzlichen Pflichten zu. Autoritätsansprüche seinerseits sind dagegen ohne Bedeutung¹⁸³.

Ist also schon die genaue Abgrenzung der Kompetenz zwischen den beiden gesetzlichen Organen umstritten, verwundert es nicht, dass das Einräumen eines Weisungsrechts oder eines wesensgleichen Minus (z.B. eines Zustimmungsrechts etc.) zu Gunsten eines Fakultativorgans oder eines Dritten kontrovers diskutiert wird. Dieselben Fragen stellen sich aber auch bei der mitbestimmten *GmbH* nach §§ 76, 77 I BetrVG 1952. Da jedoch deren Geschäftsführer ebenfalls von der Gesellschafterversammlung weisungsabhängig ist, gelten die vorgenannten Ausführungen¹⁸⁴. Ob dies ebenfalls für die mitbestimmte *GmbH* nach dem MitbestG mit obligatorischem Aufsichtsrat gilt, ist dagegen umstritten. Während nach herrschender Meinung die Gesellschafterversammlung weiterhin weisungsbefugt ist¹⁸⁵, sollen nach einer teilweise vertretenen Ansicht die Organzuständigkeiten entsprechend der strikten Gewaltenteilung der *Aktiengesellschaft* zwingend organisiert sein. Dies wird u.a. mit der in § 25 I MitbestG erfolgten Verweisung auf § 111 AktG begründet, wonach die Satzung Geschäftsleitungsmaßnahmen dem Aufsichtsrat nicht übertragen kann¹⁸⁶. *Schneider* weist aber zu Recht auf die Begründung des Regierungsentwurfs zum MitbestG hin, nach der die betriebliche Mitbestimmung „auf der Grundlage des geltenden Gesellschaftsrechts“ aufbauen sollte¹⁸⁷. Der völlige Ausschluss der Gesellschafterversammlung von der Geschäftsführung hätte gesetzlich im MitbestG normiert werden müssen, da dies eine wesentliche strukturelle Änderung - im Grunde genommen eine Abkehr von dem gesetzlichen Leitbild der „normalen“ *GmbH* - bedeutet hätte.

Fehlt jedoch eine derartige Vorschrift im MitbestG, kann eigentlich nur fraglich sein, ob die grundsätzliche Weisungsabhängigkeit des Geschäftsführers durch das MitbestG enger gesteckt wurde. Einer Meinung nach beschränkt sich infolge des MitbestG die Weisungsbefugnis nur noch auf grundsätzliche, wesentliche Fragen, lau-

¹⁸³ Im Ergebnis auch *Scholz/Schneider*, § 37, Rdn. 38.

¹⁸⁴ Vgl. *GmbH-Handbuch I/Kallmeyer*, Rdn. 1524, m.w.N.

¹⁸⁵ *Hommelhoff*, ZGR 1978, S. 119, 120; *Raiser*, MitbestG, § 25, Rdn. 88; *BGH*, GmbHR 1997, S. 705, 707, m.w.N.

¹⁸⁶ *Vollmer*, ZGR 1979, S. 135, 146 ff., m.w.N.

¹⁸⁷ *Scholz/Schneider*, § 37, Rdn. 41; vgl. Begründung RegE BR-Drucksache 200/74.

fende Tagesgeschäfte i.S.v. § 116 I HGB seien dagegen weisungsfrei, da ansonsten die Mitbestimmung im Aufsichtsrat völlig sinnentleert wäre, wenn der Geschäftsführer in allen Fragen lediglich eine „Marionette“ der Gesellschafter wäre¹⁸⁸. Die Wahrung der betrieblichen Mitbestimmungsrechte erfolgt aber - wie in den anderen Fällen der hier besprochenen Mitbestimmung - durch die Bestellungs- und Abberufungskompetenz der Aufsichtsratsmitglieder seitens der Belegschaft und die gegebene Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführerbestellung bzw. -abberufung (§ 31 MitbestG). Für ein weitergehendes Verständnis der Mitbestimmung ist indes kein Platz, da der damalige Gesetzgeber die bestehende Kompetenzverteilung nicht antasten wollte. Vielmehr reduziert sich auch hier die Frage analog zur mitbestimmungsfreien GmbH darauf, ob es einen weisungsfreien Mindestbereich gibt¹⁸⁹. Hier wie dort ist richtigerweise von einer umfassenden Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung auszugehen, so dass die dortigen Ausführungen auch hier greifen¹⁹⁰. Insofern sind mitbestimmungsfreie und -pflichtige Gesellschaften gleich zu behandeln. Fraglich ist nun, ob man die so verstandene Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung auf einen Dritten übertragen kann. Dies ist jedenfalls nach der überwiegenden Literaturmeinung möglich, wobei allerdings hinsichtlich einer etwaigen Rückfallkompetenz der Gesellschafterversammlung zu differenzieren ist¹⁹¹. Lediglich eine Mindermeinung lehnt generell die Übertragung ab¹⁹². Der herrschenden Meinung ist im Ergebnis indes zuzustimmen, doch stellt man bei der Analyse der vorhandenen Literatur die schon oft erwähnte dogmatische Ungenauigkeit fest. So führt *Schneider* aus, weder die Gesellschafter noch die Gesellschaft könnten Dritten mitgliedschaftliche Weisungsrechte einräumen. Dies widerspräche ohne die besonderen konzernrechtlichen Schutzbestimmungen dem Selbstbestimmungsrecht der Gesellschafter. Den Gesellschaftern seien für die Dauer der Mitgliedschaft Rechte und Pflichten auferlegt. Die Folgen der Weisungen wirkten sich auf ihre Rechte und Pflichten aus. Eine solche auf Dauer angelegte Fremdbestimmung widerspräche der Konzeption des Gesellschaftsrechts¹⁹³. *Schneider* befindet sich jedoch grundsätzlich im Einklang mit der herrschenden Meinung. Denn die Rechtsnatur des Weisungsrechts ist indes nicht - wie *Schneider* meint - mitgliedschaftlicher, sondern organ-

¹⁸⁸ *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, § 25, Rdn. 63; *GmbH-Handbuch I/Kallmeyer*, Rdn. 1526; *Säcker*, DB 1977, S. 1845.

¹⁸⁹ Vgl. S. 66.

¹⁹⁰ Vgl. *Hanau/Ulmer*, § 25, Rdn. 19; *Raiser*, MitbestG, § 25, Rdn. 88; *Scholz/Schneider*, § 37, Rdn. 42, m.w.N.

¹⁹¹ Vgl. S. 69 ff.

¹⁹² *Scholz/Schneider*, § 37, Rdn. 33-35; *Timm*, ZIP 1986, S. 1386, 1388; wohl auch *Rowedder/Koppensteiner*, § 46, Rdn. 22; unklar *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, § 6, Rdn. 28.

¹⁹³ *Scholz/Schneider*, a.a.O.

schaftlicher Art¹⁹⁴. Zwar kann die Gesellschafterversammlung einem Gesellschafter ein Weisungsrecht als Sonderrecht i.S.v. § 35 BGB einräumen¹⁹⁵, das untrennbar mit seiner Mitgliedschaft verbunden ist, doch dessen Inhalt betrifft das organschaftliche Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung. Darum geht es aber vorliegend nicht. Es besteht vielmehr Einigkeit, dass der Gesellschaftsvertrag einem Dritten gerade keine Mitgliedschaftsrechte (dazu gehört auch ein Sonderrecht i.S.v. § 35 BGB¹⁹⁶), weder originär - eben wegen Fehlens einer Verbandsmitgliedschaft - noch derivativ - wegen des allgemeingültigen Abspaltungsverbots - einräumen kann. Dies wird aber auch nicht diskutiert, sondern ob und wie die Gesellschafter einem Dritten überhaupt ein Weisungsrecht (ohne Verbandsmitgliedschaft) begründen können; dies bezogen auf die hiesige Systematik, ob dem Dritten ein organschaftlich-wirkendes formelles Weisungsrecht zustehen kann. Insofern greifen *Schneider's* Argumente nicht. Aber auch innerhalb der herrschenden Meinung, die grundsätzlich die Begründung eines Weisungsrechts zulässt, bestehen Unklarheiten. Einerseits erfolgen keine Ausführungen zur rechtlichen Qualität des Dritt-Weisungsrechts¹⁹⁷, andererseits wird die statutarische Zuweisung nur als zulässig erachtet, wenn dies mit einer Organstellung des Dritten einhergehe¹⁹⁸. Dies entspricht grundsätzlich auch der Meinung von *Lutter/Hommelhoff*, gleichwohl sie betonen, dass nicht schon aus der Kompetenzübertragung die Organqualität des Dritten erfolge. Indessen bleiben auch bei *Lutter/Hommelhoff* die genauen Voraussetzungen der Organbegründung offen. Darüber hinaus könne - so *Lutter/Hommelhoff* - in Ausnahmefällen sogar ein organschaftlich wirkendes Weisungsrecht, d.h. ohne eigentliche Organstellung, begründet werden¹⁹⁹. Welche Voraussetzungen dazu nötig sind, lassen sie hingegen offen. Auch *Fleck's* diesbezügliche Ausführungen sind nicht eindeutig: die Zuweisung eines Weisungsrechts sei zwar möglich, jedoch nur, wenn der Dritte zur Übernahme der Pflichten und Verantwortung eines Gesellschaftsorgans bereit und imstande sei. Zudem müsse die Verlagerung des Weisungsrechts im Interesse des Gesellschaftszwecks sowie des Unternehmensgegenstands sein²⁰⁰. Bei seinem Ansatz bleibt aber ebenfalls letztlich offen, ob der Dritte, wenn die Voraussetzungen vorliegen, nun tatsächlich zu einem Gesellschaftsorgan wird oder nicht.

¹⁹⁴ Vgl. etwa *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 497; *GmbH-Handbuch I/Fuhrmann*, Rdn. 2300.

¹⁹⁵ So auch *Scholz/Schneider*, § 37, Rdn. 32.

¹⁹⁶ Statt vieler *Roth/Altmeppen*, § 52, Rdn. 10, m.w.N.

¹⁹⁷ So *Meyer-Landrut/Miller*, §§ 33-38, Rdn. 75; ebenfalls *Ulmer*, FS für Werner (1984), S. 911 ff.

¹⁹⁸ *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 497 ff.; *Bürkle*, S. 149 ff.; *Hachenburg/Mertens*, § 37, Rdn. 17; *Herfs*, S. 140 ff.

¹⁹⁹ *Lutter/Hommelhoff*, § 37, Rdn. 15.

²⁰⁰ *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 132 ff.

Es bleibt also festzuhalten, dass nach der herrschenden Lehre die Gesellschafter dem Dritten ein Weisungsrecht übertragen können: „Doch ist nicht geklärt, welche Mindestanforderungen ... zu stellen sind und ob und in welchem Maße er einer Beeinflussung durch die Gesellschafter unterliegen muss“²⁰¹. Als wesensgleiches Minus könnte dem Dritten auch ein Zustimmungs- oder Vetorecht eingeräumt werden. Dabei bliebe die Gesellschafterversammlung zur Weisungserteilung zuständig, eine Weisung wäre aber nur mit Zustimmung des Dritten rechtmäßig. Ausführungen in der Literatur dazu finden sich gleichwohl nicht.

Da sich nach der hier vertretenen Meinung infolge der betrieblichen Mitbestimmung keine Veränderung der Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung ergeben, gelten obige Ausführung auch für die mitbestimmte *GmbH* nach BetrVG und MitbestG.

bb. Obligatorischer Aufsichtsrat

Nach §§ 76, 77 I S.2 BetrVG 1952 muss der Aufsichtsrat zu 1/3 aus Vertretern der Arbeitnehmer bestehen, die die zum Unternehmen gehörenden Arbeitnehmer wählen. Durch die Wahl werden die Arbeitnehmervertreter zu gleichberechtigten, aber auch gleichverpflichteten Organmitgliedern, die dem Unternehmen als Ganzes verpflichtet sind²⁰². Sie sind gesetzlich nicht an irgendwelche Weisungen ihrer Wähler oder sonstiger Personen gebunden²⁰³. Zwar können sie den Wählerwillen beachten, wenn dieser nicht mit dem Gesellschaftsinteresse kollidiert, doch kann eine Bindung weder vertraglich noch statutarisch fixiert werden. So besteht z.B. aus dem Arbeitsverhältnis zu der mitbestimmten Gesellschaft kein entsprechendes Weisungsrecht des Arbeitgebers²⁰⁴. Dasselbe gilt wegen des Homogenitätsprinzips auch für die Gesellschaftervertreter²⁰⁵. Obwohl sich diese Unabhängigkeit nicht direkt aus dem GmbHG oder BetrVG 1952 ableiten lässt, ergibt sie sich aus dem zwingenden Verweis des § 77 I BetrVG 1952 auf § 111 V AktG (Grundsatz der Höchstpersönlichkeit). Diese Grundsätze (Homogenität und Höchstpersönlichkeit) gehören zu den essentialia eines Aufsichtsrats, da die Überwachung der Geschäftsführung dessen Kernaufgabe ist (§ 111 I AktG)²⁰⁶. Denkbar wäre nun, dem Aufsichtsrat statutarisch eine gewisse Ge-

²⁰¹. So zutreffend *Hachenburg/Mertens*, § 37, Rdn. 17; vgl. zur Frage, ob durch die statutarische Einräumung eines Weisungsrechts eine konzernrechtliche Abhängigkeit entstehen kann: *Beuthien*, ZIP 1993, S. 1589 ff.; *Bürkle*, S. 169; v. *Detten*, § 2 A II 6, S. 19; *Reul*, § 6 C, S. 130 ff.; *Scholz/Schneider*, § 37, Rdn. 32.

²⁰². Vgl. nur *GK-BetrVG/Kraft*, § 76 BetrVG 1952, Rdn. 107, m.w.N.

²⁰³. Ganz allgemeine Meinung, vgl. nur *Hachenburg/Raiser*, § 52, Rdn. 248, m.w.N.

²⁰⁴. *Dietz/Richardi*, § 76 BetrVG 1952, Rdn. 159; *GK-BetrVG/Kraft*, § 76 BetrVG 1952, Rdn. 108.

²⁰⁵. *Hachenburg/Raiser*, a.a.O., m.w.N.

²⁰⁶. Statt vieler *Simon*, GmbHR 1999, S. 257, 258; vgl. S. 72.

schäftsführungsbefugnis zuzuweisen und insofern eine Weisungsgebundenheit herzustellen; dies vor dem Hintergrund, dass der Geschäftsführer - wie zuvor ausgeführt - grundsätzlich weisungsgebunden ist. Die Zuweisung einer derartigen generellen geschäftsführenden Kompetenz ist indes nach den zwingenden §§ 77 I BetrVG 1952, 111 IV S.1 AktG nicht möglich. Nur für bestimmte Geschäftsarten lässt sich ein Zustimmungsvorbehalt statuieren oder durch Beschluss des Aufsichtsrats begründen. Dies betrifft aber Einzelfälle, die derart wichtig sind, dass sie eine präventive Kontrolle benötigen²⁰⁷. Generelle statutarische Erweiterungen durch ein Weisungsrecht kommen daher nicht in Betracht. Beim Aufsichtsrat nach MitbestG gilt hinsichtlich der Weisungsfreiheit der Mitglieder das zum BetrVG 1952 Gesagte, § 25 MitbestG²⁰⁸.

An diesem Ergebnis kann auch der Umstand, dass die Gesellschaftervertreter gem. §§ 77 I BetrVG 1952, 103 I AktG jederzeit mit einer ¾-Mehrheit, und entsandte Mitglieder durch den Berechtigten ebenfalls jederzeit gem. §§ 77 I BetrVG 1952, 103 II AktG abberufbar sind, nichts ändern, obwohl dadurch eine erhebliche faktische Einflussmöglichkeit und Autorität der Gesellschafter sowie des Entsendungsberechtigten bestehen²⁰⁹. Dasselbe gilt für die Arbeitnehmervertreter, deren Abberufung nach § 76 V BetrVG 1952 erfolgt. Auch beim Aufsichtsrat nach MitbestG kann die Gesellschafterversammlung gem. § 6 II MitbestG i.V.m. § 103 I AktG die Gesellschaftervertreter jederzeit mit einer ¾-Mehrheit abberufen; für entsandte Mitglieder gilt § 103 II AktG analog, für die Arbeitnehmervertreter § 23 MitbestG. Wenngleich hierdurch eine faktische Beeinflussung erfolgen kann, ist die Weisungsunabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder eine essentialia des Aufsichtsrats, deren Grund u.a. die eigenverantwortliche Organstellung der Mitglieder ist²¹⁰. Hiermit ist bei der typischen Überwachungs- und Kontrollfunktion des Aufsichtsrats jegliche organschaftlich abgesicherte Beeinflussung durch ein anderes Organ oder gar einen Dritten unvereinbar.

cc. Fakultativorgane

(1) Aufsichtsrat nach § 52 GmbHG

Ob das eben Angeführte auch für den fakultativen Aufsichtsrat nach § 52 GmbHG gilt, erscheint fraglich, da dessen innere Ordnung grundsätzlich frei zu gestalten

²⁰⁷ Baumbach/Hueck/Zöllner, § 52, Rdn. 153.

²⁰⁸ Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 295, m.w.N.

²⁰⁹ Vgl. Ausführungen bzgl. der jederzeitigen Abberufbarkeit der Vorstandsmitglieder einer *Genossenschaft*, vgl. S. 110.

ist²¹¹. Denkbar wäre demnach, dass die Aufsichtsratsmitglieder generell oder im Einzelfall bindende Weisungen der Gesellschafter, anderer Fakultativorgane oder sogar Dritter beachten müssen. Ob die Weisungsunabhängigkeit auch beim Aufsichtsrat nach § 52 I GmbHG wesensnotwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern ist bezogen auf die konkret ausgeübte Kompetenz zu ermitteln.

Hiergegen steht eine teilweise vertretene Meinung, nach der der Aufsichtsrat wegen seiner organisatorischen Unabhängigkeit stets, d.h. bei allen ihm zugewiesenen Aufgaben weisungsunabhängig ist²¹². Dies ist auch richtig, soweit es sich auf die Minimalkompetenz des Aufsichtsrats - der Überwachung der Geschäftsführung - bezieht. Insofern haben - wie bereits ausgeführt - die Aufsichtsratsmitglieder kein imperatives Mandat²¹³. Jene Weisungsfreiheit gilt sowohl gegenüber der wahlberechtigten Gesellschafterversammlung als auch gegenüber dem nach § 35 BGB berechtigten Gesellschafter sowie einem entsendungsberechtigten Dritten. Obwohl die Weisungsfreiheit wegen der insofern bestehenden Satzungsautonomie nur schwerlich zu begründen ist - die aktienrechtlichen Vorgaben gelten nur subsidiär, § 52 I GmbHG -, hat sie ihre dogmatische Grundlage im Sinn und Zweck des Aufsichtsrats. Ohne eine institutionelle Unabhängigkeit kann eine sinnvolle Überwachung kaum stattfinden. Eine Weisungsfreiheit gegenüber dem Geschäftsführungsorgan ergibt sich schon aus der Tatsache, dass der Aufsichtsrat gerade die Geschäftsführung überwachen soll. Die Versagung der Weisungsgebundenheit gegenüber der Gesellschafterversammlung ist dagegen nicht einfach zu begründen, da die Errichtung des Aufsichtsrats freiwillig erfolgt, die Gesellschafterversammlung also ganz auf ein Kontrollorgan hätte verzichten können. Auch die Erwartungen außenstehender Dritter an die Funktionalität des Aufsichtsrats sind insofern kein stichhaltiges Argument, da Gesellschaftsinterna grundsätzlich keinen Rechtsschein erzeugen²¹⁴. Ob die Erwartungen der Gesellschafter an ein funktionierendes Überwachungsorgan zu schützen sind, erscheint jedenfalls fraglich, da sie jederzeit Einblick in den Gesellschaftsvertrag haben, so dass sie sich von der Aufgabenwahrnehmung überzeugen können und ggf. die entsprechenden Kontrollen im Rahmen der Gesellschafterversammlung durchführen könnten.

²¹⁰ Vgl. auch BGHZ 135, S. 244, 252.

²¹¹ So Lutter/Hommelhoff, § 52, Rdn. 18.

²¹² GmbH-Handbuch I/Kallmeyer, Rdn. 1837; Scholz/Schneider, § 52, Rdn. 232, m.w.N.

²¹³ GmbH-Handbuch I/Kallmeyer, a.a.O.; Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 142, m.w.N.; Scholz/Schneider, a.a.O.

²¹⁴ Anders Hachenburg/Raiser, a.a.O.

Doch sprechen letztlich zwei Punkte auch hier für eine Weisungsunabhängigkeit. Erstens: es steht den Gesellschaftern frei, ein zusätzliches Organ zu errichten. Wenn aber ein derartiges Organ als Überwachungsorgan der Geschäftsführung dienen soll, ist § 52 I GmbHG zu entnehmen, dass die aktienrechtlichen Vorschriften als gesetzliches Leitbild, als insofern weit gesteckter, aber dennoch grundsätzlich zwingender Rahmen dienen sollen. Dies bezieht sich allerdings nur auf die essentialia des Aufsichtsrats, soweit die Vorschriften zur personalen Struktur der *GmbH* passen. Die Mindestkompetenz eines Aufsichtsrats ist aber die Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung, bei denen in Anlehnung an § 111 V AktG der Grundsatz der Unabhängigkeit gilt. Als weiterer Punkt sind gleichwohl die Erwartungen der Gesellschafter anzuführen, aber nicht aus dem genannten Grund, sondern wegen der Tatsache, dass im Fall der Errichtung eines Aufsichtsrats der Gesellschaftsvertrag die originären Kontrollfunktionen der Gesellschafterversammlung regelmäßig auf den Aufsichtsrat zur ausschließlichen Wahrnehmung überträgt. Die Gesellschafter können also in der Regel in der Gesellschafterversammlung gar nicht ihre Kontrollkompetenzen gem. § 46 Nr. 6 GmbHG wahrnehmen²¹⁵. In diesem Fall gewährleistet nur die Unabhängigkeit der Kontrolleure eine effektive Kontrolle. Weisungsrechte oder vergleichbare Kompetenzen anderer Organe oder Dritter sind mit dieser Funktion daher nicht zu vereinen.

Besteht also insofern Einigkeit, entstehen aber die eigentlichen Probleme, wenn dem fakultativen Aufsichtsrat neben der Minimalfunktion - Überwachung der Geschäftsführung - sonstige dem aktienrechtlichen Leitbild entgegenstehende Kompetenzen eingeräumt werden, wie etwa Geschäftsführungs- oder Beratungskompetenzen. In diesem Fall handelt der Aufsichtsrat nicht als unabhängige Kontroll-, sondern als Geschäftsführungsinstanz, die wiederum ggf. durch die Gesellschafterversammlung zu überwachen wäre, § 46 Nr. 6 GmbHG. In einem derartigen Fall bestehen Parallelen zu den sonstigen fakultativen Organen, so dass auf die nachfolgenden Ausführungen zu verweisen ist.

(2) Beiräte und sonstige Fakultativorgane

Auch bei diesen fakultativen Organen gilt ausgehend von der Satzungsautonomie, dass deren innere Ordnung vollständig gestaltbar ist²¹⁶. Es ist demnach denkbar, dass die Mitglieder jener Organe generell oder im Einzelfall den bindenden Weisungen

²¹⁵. Vgl. auch *K. Schmidt*, *GesR*, § 21 III 2, S. 629.

der Gesellschafter, anderer Fakultativorgane oder sogar Dritter unterliegen. Inhalt eines Weisungsrechts kann z.B. bei einem beratenden Organ die Verpflichtung zur Stellungnahme sein²¹⁷. Falls das Fakultativorgan Überwachungsfunktionen im Sinne eines Aufsichtsrats innehat, gilt aber auch hier der Grundsatz der Weisungsungebundenheit; ggf. sind die diesbezüglichen Kompetenzen durch Auslegung ermittelbar. Bei geschäftsführenden oder lediglich beratenden Funktionen (etwa bei dem klassischen Beirat) steht aufgrund der Satzungsautonomie die Einführung einer Weisungskompetenz wiederum im Belieben der Gesellschafter, d.h. sowohl seitens der Gesellschafterversammlung als auch sonstiger fakultativer Organe wäre eine Weisungskompetenz denkbar²¹⁸. Zuvor bleibt allerdings zu klären, ob es überhaupt Sinn macht, ein derartiges Weisungsrecht einzuräumen. Wenn z.B. das Fakultativorgan als Schiedsgericht i.S.d. §§ 1025 ff. ZPO oder als Schlichtungsstelle konstruiert ist, machen Weisungsrechte oder vergleichbare Einflussmöglichkeiten aufgrund der gewollten Neutralität und Sachlichkeit selbstredend keinen Sinn²¹⁹. Generelle Aussagen sind also kaum möglich, entscheidend ist vielmehr die funktionelle Einordnung des Organs.

Ein ausschließliches oder konkurrierendes Weisungsrecht sowie ein vergleichbares Dritt-Recht sind demnach vorstellbar und vor dem hier entwickelten Hintergrund möglich²²⁰.

IV. Verein

1. Einfluss auf Satzungsautonomie

Die Diskussion über die Zulässigkeit statutarischer Drittrechte ist bei dem *Verein* i.S.d. §§ 21 ff. BGB geprägt von einer Zweiteilung in „weltliche“ und „religiöse“ Sachverhalte. Während sich die jüngere Rechtsprechung fast ausschließlich mit den staatskirchenrechtlichen Auswirkungen auf die Satzungsautonomie beschäftigt, geht die vereinsrechtliche Literatur jene Problematik weiter an. Von einer herrschenden Meinung, insbesondere bzgl. der rechtsdogmatischen Ausgestaltung statutarischer Drittrechte, ist man indes weit entfernt.

²¹⁶ Vgl. nur *Hachenburg/Raiser*, § 52, Rdn. 331.

²¹⁷ *Voormann*, Beirat, § 15 2e aa, S. 152.

²¹⁸ So auch *Hachenburg/Raiser*, § 52, Rdn. 363; *Hölters*, Beirat, S. 22 ff., 50; *Voormann*, Beirat, § 15 2e, S. 152 ff.; unklar *GmbH-Handbuch I/Kallmeyer*, Rdn. 1799.

²¹⁹ Vgl. auch *Hachenburg/Raiser*, § 52, Rdn. 302.

²²⁰ Ablehnend ohne Begründung: *Hachenburg/Raiser*, § 52, Rdn. 143.

a. Literatur

Ein Überblick über die Zulässigkeit obiger statutarischer Rechte ergibt eine Dreiteilung der vertretenen dogmatischen Ansätze:

Dogmatischer Ausgangspunkt der Satzungsautonomie, auf die sich jene Drittrechte beziehen, ist die gesetzliche Regelung des § 40 BGB, wonach u.a. §§ 32, 33 BGB (Mitgliederversammlung, Satzungsänderung) dispositiv sind.

Die in der Literatur vertretenen Ansätze sind - wie bereits erwähnt - in drei Kategorien aufzuteilen, wobei zwei Gegenpole und ein vermittelnder Ansatz bestehen.

Die erste Meinung verneint schon dem Grunde nach Existenz und Gültigkeit der Vereinsautonomie, so dass unbegrenzter Dritteinfluss sowohl auf die Satzungs- als auch auf die Selbstverwaltungsautonomie möglich sei²²¹. Sämtliche Satzungsänderungen könnten danach an den Willen Außenstehender gebunden werden, da es - im Unterschied zur *GmbH* und *Aktiengesellschaft* - keinen Hinweis auf die Alleinzuständigkeit der Mitgliederversammlung gäbe²²². Mangels Vergleichbarkeit des *Vereins* mit jenen Verbänden könnten zudem deren Regelungen nicht übernommen werden. Weil der *Verein* hinsichtlich seiner privatrechtlichen Gefährlichkeit unterhalb der vom geltenden Recht durch die Sonderregelungen wirtschaftlicher *Vereine* markierten Grenze liege, eröffne das Gesetz diesen einen sehr weiten Gestaltungsspielraum und verzichte darauf, die Vereinsmitglieder vor sich selbst zu schützen²²³.

Die zweite Meinung stellt den „dogmatischen Gegenpol“ dazu auf. Hiernach ist es dem *Verein* grundsätzlich verwehrt, einem Dritten Einfluss auf die Satzungsautonomie zu gewähren. Da die Satzungsautonomie ausschließlich durch die Mitgliederversammlung als dem obersten Vertretungsorgan ausgeübt werde²²⁴, könne innerhalb des *Vereins* die Kompetenz zur Satzungsänderung nicht statutarisch einem anderen Organ als der Mitgliederversammlung übertragen werden oder von der Zustimmung eines anderen Organs abhängen²²⁵. Daraus folge auch, dass die Satzung die Befugnis zur Satzungsänderung nicht auf Dritte übertragen könne. Die Satzung könne auch nicht andere an der Befugnis zur Satzungsänderung in der Weise teilhaben lassen, dass Satzungsänderungen nur mit deren Zustimmung erfolgen könnten (Zustimmungs- bzw. Genehmigungsvorbehalt)²²⁶, da kein Organ außer der Mitgliederver-

²²¹ Schockenhoff, AcP 193 (1993), S. 35, 66.

²²² Mummelhoff, S. 168.

²²³ Mummelhoff, S. 170.

²²⁴ Flume, Juristische Person, § 7 I 3, S. 194; ders., FS für Coing II (1982), S. 97, 102; ders., JZ 1992, S. 238, 240, wählt den Begriff des Vertretungsorgans in Anlehnung an Motive I, S. 106 = *Mugdan* I, S. 410.

²²⁵ Flume, a.a.O., S. 195; ders., FS für Coing II (1982), S. 97, 102; ders., JZ 1992, S. 238, 239.

²²⁶ Flume, FS für Coing II (1982), S. 97, 102. Vgl. Flume, Juristische Person, § 7 I 3, S. 199, Ausnahmen gelten insoweit für religiöse Vereine. Dort seien Satzungsänderungs- und Zustimmungsrechte zulässig.

sammlung in seinem Handeln für den *Verein* autonom sei²²⁷. Weiter wird angeführt, Zustimmungsbefugnisse Dritter bei Satzungsänderungen seien - sinngemäß - ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip²²⁸. Das Hineindringen demokratischer Selbstverständlichkeiten in das Privatrecht verbiete, dass Vereinsfremde den Willen für den Verein bildeten. Das politische Recht der aktiven Mitwirkung, das zum Nutzen des *Vereins* verliehen werde und zu seinem Ablauf unbedingt erforderlich sei, verlange als Voraussetzung die Mitgliedschaft. Mitgliedschaft als Legitimation der Mitwirkung in einem Gemeinwesen gehöre zu den demokratischen Selbstverständlichkeiten, die sich an zahlreichen Stellen im Staat und in den Verbänden nachweisen ließen. Konkret sei es unzulässig, wenn die Wirksamkeit eines Beschlusses von der Zustimmung eines Außenstehenden abhängig sei²²⁹. Die Willensbildung könnte sogar ganz erlahmen, wenn dem Dritten in der Abwehr aller ihm mißliebigen Maßnahmen die alleinige Entscheidungsbefugnis zufiele. Es sei aber notwendig sicherzustellen, dass die sachlich notwendigen Handlungen für den Verein beschlossen werden könnten.

Innerhalb der vermittelnden Meinung besteht wiederum eine Differenzierung dahingehend, dass einerseits Dritteinfluss nach feststehenden Regeln für zulässig oder für unzulässig erachtet²³⁰ und andererseits auf eine Abwägung des zu beurteilenden Einzelfalles verwiesen wird²³¹.

Nach *Beuthien/Gätsch* sei ein generelles Verbot von Zustimmungsvorbehalten Dritter unzulässig, weil dadurch die Satzungsautonomie und damit die körperschaftliche Selbstbestimmung eingeschränkt werde. Die Mitgliederversammlung dürfe einem Dritten statutarischen Einfluss auf den Verein einräumen, wenn sie die Möglichkeit behielte, diesen Einfluss wiederum selbstbestimmt zu beseitigen. Die Mitgliederversammlung müsse sich die Befugnis vorbehalten, ohne Zustimmung des Dritten den Zustimmungsvorbehalt ändern zu können²³². Nach *Heinrichs* könne die Satzung einem anderen Organ als der Mitgliederversammlung die Satzungsänderungskompetenz übertragen, da § 33 BGB gem. § 40 BGB nicht zwingend sei. Jedoch sei die Grenze der Vereinsautonomie überschritten, wenn die Satzung einem Vereinsorgan Willkür ermögliche oder sie den Verein so stark unter fremden Einfluss bringe, dass

²²⁷ Flume, FS für Coing II (1982), S. 97, 106, 107.

²²⁸ Teichmann, Gestaltungsfreiheit, § 17 I, S. 191.

²²⁹ Teichmann, Gestaltungsfreiheit, § 17 3a, S. 195.

²³⁰ So *Beuthien/Gätsch*, ZGR 156 (1992), S. 459, 476; wohl auch *Palandt/Heinrichs*, § 25, Rdn. 8; *ders.*, § 33, Rdn. 2; *K. Schmidt*, GesR, § 5 I 3b, S. 84 ff.; *Stöber*, Rdn. 619.

²³¹ So *Dütz*, FS für Herschel (1982), S. 55, 71; *Reichert*, Rdn. 429; *MüKo/Reuter*, § 33, Rdn. 19 ff.; *Sauter/Schweyer*, Rdn. 135, 136; *Soergel/Hadding*, § 33, Rdn. 7; *ders.*, vor § 21, Rdn. 79; *ders.*, § 32, Rdn. 4; *Soergel/Schultze-v. Lasaulx*, 11. A., § 33, Rdn. 3; *Steinbeck*, § 8 I, S. 82 ff.; so aber auch das *LG Aachen*, DVBl. 1976, S. 914, 915.

er zu einer eigenen selbständigen Willensbildung nicht mehr in der Lage sei. Dagegen sei es möglich, die Satzungsänderung von der Genehmigung eines Dritten abhängig zu machen. Gleichwohl seien Satzungsbestimmungen, wonach ein Dritter ausschließlich für Satzungsänderungen zuständig sei, grundsätzlich mit der Rechtsnatur des Vereins als selbständigem Personenverband unvereinbar²³³. Nach *K. Schmidt* kämen allenfalls Zustimmungrechte Dritter in Frage, aber keine eigenen Satzungsänderungsrechte²³⁴. Nach *Stöber* könne eine Satzungsänderung durch Beschlussfassung des Vorstands, eines Satzungsausschusses oder eines sonstigen Vereinsorgans vorgesehen werden, jedoch dürfe die selbständige Willensbildung des Vereins (der Mitgliederversammlung) nicht völlig ausgeschlossen werden²³⁵. Nicht zulässig sei eine Satzungsbestimmung, die vorsehe, dass eine Änderung der Satzung nur noch durch den Dritten erfolgen könne. Dies gelte auch, wenn der Dritte den Verein für seine Tätigkeit mit den dazu notwendigen Mitteln ausstatte²³⁶. Auch nach *Dütz* könne anderen Vereinsorganen die Satzungsänderungskompetenz übertragen werden²³⁷. Auch seien Zustimmungrechte Dritter zu Satzungsänderungen erlaubt²³⁸. Die Grenze derartiger Rechte sei in Ermangelung normativer Bestimmungen immer dort zu suchen, wo durch Einfluss Dritter die Eigenschaft des vereinsmäßigen Personenverbands als unabhängige Organisation im Kern berührt und der *Verein* lediglich zu einem abhängigen Anhängsel Dritter werde. Entscheidend seien aber sämtliche Maßnahmen zu bewerten, ob sie vielleicht insgesamt einen so erheblichen Fremdeinfluss zur Folge hätten, dass nicht mehr von einem selbständigen, wirklich durch den Mitgliederwillen getragenen Personenverband die Rede sein könne²³⁹. Ähnlich urteilt *Hadding*²⁴⁰. Er gesteht indes dem Verein einen weiten Gestaltungsspielraum zu, da nur dann Dritteinfluss unzulässig sei, wenn der Verein auf Dauer in seiner Handlungsfreiheit so weitgehend beherrscht werde, dass ihm als selbständige Personengemeinschaft keine eigene Bedeutung mehr zukomme, wenn er insbesondere nicht mehr von der Willensbildung seiner Mitglieder getragen angesehen werden könne, sondern nur als Verwaltungsstelle oder Sondervermögen des Dritten erscheine. Im Ergebnis ähnelt dies auch *Steinbeck*, die eine Satzungsänderungskompetenz eines

²³² *Beuthien/Gätsch*, ZGR 156 (1992), S. 459, 476.

²³³ *Palandt/Heinrichs*, § 25, Rdn. 8; *ders.*, § 33, Rdn. 2, bei religiösen Vereinen seien Satzungsänderungs- und Zustimmungrechte ausnahmsweise zulässig, hierzu *Palandt/Heinrichs*, Einf. v. § 21, Rdn. 17.

²³⁴ *K. Schmidt*, GesR, § 5 I 3b, S. 84. Bei religiösen Vereinen seien indes Zustimmungsvorbehalte zulässig.

²³⁵ *Stöber*, Rdn. 619.

²³⁶ Bei den einer Religionsgemeinschaft zugeordneten Verein seien aber Zustimmungsvorbehalte zulässig, vgl. *Stöber*, Rdn. 618.

²³⁷ *Dütz*, FS für Herschel (1982), S. 55, 71.

²³⁸ *Dütz*, FS für Herschel (1982), S. 55, 72.

²³⁹ A.a.O., S. 73.

Fakultativorgans sowie eines Dritten ablehnt, aber ein Zustimmungsrecht als subjektives Recht unter Wahrung der Kompetenz-Kompetenz zulässt²⁴¹. Nach Reichert ist die Übertragung der Satzungsänderungskompetenz auf einen Dritten unzulässig, die auf ein anderes Vereinsorgan dagegen zulässig, solange mit Zustimmung aller Mitglieder die Kompetenzübertragung (analog § 33 I S.2 BGB) rückgängig gemacht werden könne²⁴². Ein Zustimmungsvorbehalt sei dagegen grundsätzlich zulässig, wenn dies nicht zu einer Selbstentmündigung des Vereins führe. Insbesondere seien sachlich beschränkte Zustimmungserfordernisse denkbar, die sich nur auf die Änderung bestimmter Satzungsregelungen bezögen, an deren Mitgestaltung der Dritte aufgrund eines zwischen ihm und dem Verein bestehenden Rechtsverhältnisses ein besonderes Interesse habe, etwa aufgrund einer Förderbeziehung als Mäzen eines Kunstvereins oder als Unterstützer einer betrieblichen Unterstützungseinrichtung²⁴³.

b. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung seit 1945 beschäftigt sich - soweit ersichtlich - fast ausschließlich mit staatskirchenrechtlichen Sachverhalten²⁴⁴. Die Ausnahme stellt ein Fall des *LG Siegen* dar²⁴⁵. Dort sah die Satzung einer betrieblichen Unterstützungskasse vor, dass Satzungsänderungen der Genehmigung der Geschäftsleitung bedürften. Das *Landgericht* (als Beschwerdegericht) verneinte die Wirksamkeit der betreffenden Satzungsbestimmung, da hierdurch die in § 33 BGB eingeräumten Rechte der Mitgliederversammlung in unzulässiger Weise eingeengt würden. Der *Verein* gerate in eine zu weit gehende Abhängigkeit von außenstehenden Dritten - in eine „organisatorische Form einer Sonderverwaltung“ des Dritten -, welche als Missbrauch der Rechtsform des *Vereins* anzusehen sei²⁴⁶. Aussagen zu der rechtlichen Qualität und zu Rechtsfolgen statutarischer Drittrechte macht das Urteil aber nicht. Es sprengt den Umfang der Untersuchung, die staatskirchenrechtlichen Auswirkungen auf das zivile Vereinsrecht zu behandeln²⁴⁷. Zumindest lässt sich festhalten, dass

²⁴⁰ Soergel/Hadding, § 33, Rdn. 7; ders., vor § 21, Rdn. 79; ders., § 32, Rdn. 4.

²⁴¹ Steinbeck, § 8 II 3a, S. 92; dies., § 8 II 4d, S. 107; dies., § 8 II 6, S. 110.

²⁴² Reichert, Rdn. 418.

²⁴³ Reichert, Rdn. 429.

²⁴⁴ BVerfGE 83, S. 341 ff. = NJW 1991, S. 2623 ff.; BayObLG, NJW 1980, S. 1756 ff.; KG, OLGZ 1974, S. 385 ff.; OLG Frankfurt, NJW-RR 1997, S. 482 ff.; OLG Hamm, NJW-RR 1995, S. 119 ff.; OLG Köln, NJW 1992, S. 1048 ff.; OLG Stuttgart, OLGZ 1986, S. 257 ff. (durch BVerfGE 83, S. 341 ff. = NJW 1991, S. 2623 ff. aufgehoben); LG Aachen, DVBl. 1976, S. 914 ff.; LG Bonn, Rpfleger 1991, S. 156 ff. (durch OLG Köln, a.a.O., aufgehoben); LG Oldenburg, JZ 1992, S. 250 ff.; LG Siegen, Rpfleger, 1964, S. 267 ff. Die ältere Rechtsprechung und Literatur befasst sich mit nationalsozialistischen Fragestellungen des Vereinsrechts, etwa der Einführung des Führerprinzips oder der Vereinsauflösung infolge der damaligen Gleichsetzungsgesetze, vgl. hierzu KG, DJ 1936, S. 1948, 1949; OLG Karlsruhe, JW 1936, S. 3266, 3267; OLG Stuttgart, Rpfleger 1936, Rspr. Nr. 34; LG Leipzig, DRiZ 1935, Rspr. Nr. 499; Stritzke, JW 1933, S. 2094 ff.; Paul, JW 1934, S. 8 ff.

²⁴⁵ LG Siegen, Rpfleger 1964, S. 267 ff.

²⁴⁶ LG Siegen, Rpfleger 1964, S. 267, 268.

²⁴⁷ Vgl. v. Campenhausen, § 16, S. 137; HdbStKirchR/Muckel, Bd. I, S. 827, 828; Schockenhoff, NJW 1992, S. 1013.

nach einem grundsätzlich klärenden Urteil des *Bundesverfassungsgerichts* (sog. „Baháí-Entscheidung“) die Privilegierung der Religionsgemeinschaften in Vereinsform als gesicherte Rechtserkenntnis gilt²⁴⁸. Aus religionsbedingten Gründen sind danach weitgehende Genehmigungsvorbehalte bei Satzungsänderungen zu Gunsten religiöser Würdenträger anzuerkennen (vgl. *Beispiel Nr. 3*)²⁴⁹. Bei genauerer Beschäftigung mit dieser Thematik wird jedoch deutlich, dass noch viele Fragen offen sind. Insbesondere sind bisher nicht ausreichend die staatskirchenrechtlichen Auswirkungen auf die übrigen hier behandelten Verbände beachtet worden. Die Vorstellung, dass sich Religionsgemeinschaften einer anderen Rechtsform als der des *Vereins* bedienen könnten, mag auf den ersten Blick ungewöhnlich sein²⁵⁰, auf den zweiten Blick jedoch insofern nicht, als die Gesellschafter sowohl die *GmbH* als auch die *Aktiengesellschaft* für jeden rechtlich zulässigen Verbandszweck errichten können; dieses im Unterschied zur *OHG*, *KG* und *Genossenschaft*, da bei ersteren die Gesellschafter diese nur für den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma (§§ 105, 161 HGB) errichten können, letztere dagegen nur zur wirtschaftlichen Förderung ihrer Mitglieder (§ 1 GenG). Der Verbandszweck der *Aktiengesellschaft* und *GmbH* kann sich aber sowohl auf einen erwerbswirtschaftlichen als auch auf einen ideellen, karitativen, sportlichen oder religiösen Auftrag beziehen²⁵¹. Ferner kommt hinzu, dass die Religionsgemeinschaften einen Anspruch auf freie Rechtsformwahl haben²⁵². Aufgrund dessen ist fraglich, welche staatskirchenrechtlichen Auswirkungen auf die Binnenstruktur bestehen, wenn sich eine anerkannte Religionsgemeinschaft als *Aktiengesellschaft* oder *GmbH* organisiert²⁵³.

Die übrigen spärlichen Entscheidungen zu den nichtreligiösen *Vereinen* stimmen dem Grunde nach mit den Meinungen in der *Literatur* überein²⁵⁴. Ein Urteil des *Kammergerichts* ist jedoch hervorzuheben, da es aufgrund des nachfolgenden, viel zitierten Satzes die „geistige“ Grundlage der zeitlich darauf folgenden Rechtspre-

²⁴⁸. *BVerfGE* 83, S. 341 ff. = *NJW* 1991, S. 2623 ff.

²⁴⁹. Vgl. S. 22.

²⁵⁰. Vgl. v. *Campenhausen*, *NJW* 1990, S. 887, 888, der darauf hinweist, dass Mitglieder katholischer Kongregationen im 19. Jahrhundert Religionsgemeinschaften in Form einer *Aktiengesellschaft* und *GmbH* gründeten, um so die Schwelle des staatlichen Konzessionssystems zu umgehen; vgl. auch *Wasse*, § 20, S. 77 (Fn. 3); allgemein formuliert auch *BVerfGE* 70, S. 136, 164: „Die Kirchen sind ... nicht beschränkt, für den kirchlichen Dienst besondere Gestaltungsformen zu entwickeln; sie können sich auch der jedermann offenstehenden Privatautonomie bedienen...“.

²⁵¹. Vgl. zur *Aktiengesellschaft*: *GroßKzAktG/Röhrich*, § 23, Rdn. 80; *GroßKzAktG/Wiedemann*, § 179, Rdn. 10; zur *GmbH*: *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 1, Rdn. 12; *Scholz/Emmerich*, § 1, Rdn. 16.

²⁵². *BVerfGE*, a.a.O.; v. *Campenhausen*, *Rpfleger* 1989, S. 349.

²⁵³. Die nachfolgenden Fragen sind nicht mit der Frage zu verwechseln, ob eine Religionsgemeinschaft, die in einem erheblichen Umfang wirtschaftlich tätig ist, als *Idealverein* im Sinne der §§ 21 ff. BGB eingetragen werden kann. Dort ist u.a. fraglich, ob sich eine (pseudo-) religiöse Vereinigung das Privileg der Rechtsfähigkeit eines Idealvereins „erschleichen“ kann, obwohl sie eigentlich den strengen Gläubigerschutzvorschriften des Aktien- und GmbH-Rechts unterliegen müsste, vgl. hierzu v. *Campenhausen*, *Rpfleger* 1989, S. 349, 351; *ders.*, *NJW* 1990, S. 887 ff.; *Kopp*, *NJW* 1989, S. 2497 ff.; *K. Schmidt*, *NJW* 1988, S. 2574 ff.

²⁵⁴. *KG*, *OLG* 1968, S. 200, 206; *OLG Frankfurt*, *NJW* 1983, S. 2576 ff.

chung bildet: „Eine Grenze des rechtlich Zulässigen ist ... erst dort zu ziehen, wo der Fremdeinfluss derart überwiegt, dass der Verein sein ... Wesen verliert, weil er nicht mehr vornehmlich von der Willensbestimmung und -betätigung seiner Mitglieder getragen wird, sondern zur bloßen Verwaltungsstelle oder zu einem bloßen Sondervermögen des Außenstehenden wird, dem eine eigene Rechtspersönlichkeit nach der Rechtsordnung nicht zukommen soll.“²⁵⁵ Es wurden jedoch hier keine rechtsdogmatischen Ausführungen zur Qualität und den Rechtsfolgen statutarischer Drittrechte gemacht.

2. Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie

a. Bestellung und Abberufung des Vorstands sowie von Fakultativorganen

Nach dem dispositiven § 27 I BGB i.V.m. § 40 BGB wird der Vorstand durch Beschluss der Mitgliederversammlung gewählt sowie abberufen, jedoch kann die Satzung beliebige Bestellungs- und Abberufungsmodalitäten vorsehen²⁵⁶. Aufgrund dessen kann die Mitgliederversammlung statutarisch z.B. ein Fakultativorgan einrichten, dem sie dann die Bestellung sowie Abberufung des Vorstands überträgt. Analog zur *GmbH* stellt sich daher auch hier die Frage, ob und wie Dritte Vorstandsmitglieder oder die Mitglieder sonstiger Fakultativorgane bestellen und abberufen können. Da die inhaltliche Gestaltung derartiger Drittrechte derjenigen bei der *GmbH* entspricht, ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen²⁵⁷. Ebenfalls ist anerkannt, dass die Mitgliederversammlung einem Vereinsmitglied ein Sonderrecht i.S.d. § 35 BGB zur Bestellung und zur Abberufung des Vorstands sowie sonstiger Organmitglieder einräumen kann, ebenso, dass einem Dritten ein derartiges Recht nicht zustehen kann²⁵⁸. Abweichungen hiervon aufgrund der betrieblichen Mitbestimmung kommen bei dem *Verein* nicht in Betracht, da dieser nicht in deren Anwendungsbereich fällt²⁵⁹.

Die diesbezügliche *Literatur* weist beim ersten Überlesen eine Übereinstimmung derart auf, dass zumindest die Bestellung eines Vorstandsmitglieds einem Dritten statutarisch überlassen werden kann. Auf den zweiten Blick erkennt man jedoch die Unterschiede. So sprechen sich *Flume* und *Beuthien/Gätsch* explizit gegen organchaftlich wirkende diesbezügliche Drittrechte ad personam, *Steinbeck* gleichwohl

²⁵⁵ A.a.O., S. 390.

²⁵⁶ *Reichert*, Rdn. 1224.

²⁵⁷ Vgl. S. 56 ff.

²⁵⁸ Vgl. *Baums*, FS für OLG Oldenburg (1989), S. 671, 676.

²⁵⁹ §§ 77, 76 BetrVG 1952, vgl. hierzu *Dietz/Richardi*, Vorbem. § 76 BetrVG 1952, Rdn. 24; § 1 MitbestG, vgl. hierzu *Raiser*, MitbestG, § 1, Rdn. 1.

dafür aus²⁶⁰. Bei einer statutarischen Übertragung der Bestellungs- und Abberufungskompetenz werde - so *Flume* - der berechtigte Dritte zu einem Vereinsorgan; die Mitgliederversammlung habe neben dem Dritten aber immer ein Widerrufsrecht aus wichtigem Grund²⁶¹. Insbesondere könne die Mitgliederversammlung durch entsprechende Satzungsänderung die Kompetenzen des betreffenden Organs jederzeit beseitigen und wieder an sich ziehen²⁶²; so ähnlich auch *Steinbeck*, allerdings werde ein subjektives Drittrecht begründet²⁶³. Nach *Beuthien/Gätsch* müsse dagegen der Mitgliederversammlung nicht das Recht verbleiben, die Mitglieder des durch die Rechtszuweisung entstehenden fakultativen Organs aus wichtigem Grund abzuberufen, da - sinngemäß - die Mitgliederversammlung hierüber autonom, d.h. unter Missachtung der entgegenstehenden Drittkompetenz, entscheiden könne²⁶⁴. Die überwiegende vereinsrechtliche Literatur äußert sich dagegen undifferenziert zur statutarischen Übertragbarkeit auf einen Dritten. Ob und inwieweit der Dritte in die Vereinorganisation eingebunden wird, bleibt dabei offen, ebenfalls fehlt eine Aussage zur rechtlichen Qualität der Bestellungs- und Abberufungskompetenz des Dritten. Unterschiede ergeben sich etwa derart, dass nach einer Meinung die Abberufungskompetenz aus wichtigem Grund i.S.v. § 27 II BGB der Mitgliederversammlung verbleiben müsse²⁶⁵. Nach einem anderen Ansatz bedarf es sinngemäß eines derartigen Vorbehalts nicht, da die Mitgliederversammlung das Bestellungsorgan, den Dritten also, jederzeit abschaffen und neu besetzen kann²⁶⁶. Wiederum eine andere Meinung lässt ein Bestellungs- und Abberufungsrecht eines Dritten nur auf einzelne Vorstandsmitglieder, nicht aber auf den gesamten Vorstand zu²⁶⁷. Schließlich wird sogar zunächst ein unmittelbares Bestellungsrecht für einen Dritten abgelehnt, jedoch sei - nach dieser Meinung - eine derartige Bestellungskompetenz als mittelbare Benennung der Vorstandsmitglieder durch die Satzung zulässig: statt selbst Namen zu nennen, bediene sich der Verein des Dritten. Wenn der Dritte die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfülle, könne durch Satzungsänderung die Bestellungsregelung abgeschafft

²⁶⁰ *Steinbeck*, § 7 II, S. 70 ff.

²⁶¹ *Flume*, Juristische Person, § 7 I 2, S. 190 ff.; *ders.*, FS für Coing II (1982), S. 97, 100.

²⁶² *Flume*, Juristische Person, § 7 I 2, S. 190 ff.; *ders.*, FS für Coing II (1982), S. 97, 99.

²⁶³ *Steinbeck*, § 8 VII 4a, S. 134.

²⁶⁴ *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 491 (Fn. 39); *a.M. Edenfeld*, § 15 I, S. 113.

²⁶⁵ *Palandt/Heinrichs*, § 27, Rdn. 2; *RGRK/Steffen*, § 27, Rdn. 1; *Steinbeck*, § 8 VII 4a, S. 134 ff.; *Stöber*, Rdn. 252 zur Bestellung, Rdn. 262 zur Abberufung; so auch *Reichert*, Rdn. 1229; *Staudinger/Weick*, § 27, Rdn. 4, 16.

²⁶⁶ *Sauter/Schweyer*, Rdn. 255 zur Bestellung, Rdn. 269 zur Abberufung, jedoch mit der Besonderheit, dass es keiner besonderen Abberufungszuständigkeit der Mitgliederversammlung neben dem Bestellungsorgan bedürfe, da letzteres von ihr entweder abgeschafft oder neu besetzt werde könne; ähnlich auch *Soergel/Hadding*, § 27, Rdn. 7, 17, der deshalb dem Dritten die ausschließliche Abberufungskompetenz aus wichtigem Grund zugesteht.

²⁶⁷ *Reichert*, Rdn. 1229, mit Verweisung auf *RG*, DRW 1942, S. 1327 ff.; *Staudinger/Weick*, § 27, Rdn. 4, 16.

werden²⁶⁸. Dasselbe gelte auch für die Abberufungskompetenz, doch müsse das außerordentliche Widerrufsrecht der Mitgliederversammlung bestehen bleiben²⁶⁹. Dies entspricht auch der dazu veröffentlichten *Rechtsprechung*, die ebenfalls keine Angaben zur rechtlichen Qualifizierung der diesbezüglichen Drittrechte macht. Unterschiede bestehen bei der Frage, ob der bestellungsberechtigte Dritte sich selbst bestellen könne. Während das *Kammergericht* dies ablehnt, hatte das *Bundesarbeitsgericht* keine Bedenken dagegen²⁷⁰. Ähnlich wie bei den Drittrechten auf die vereinsrechtliche Satzungsautonomie betonen die Entscheidungen, dass u.U. eine Gesamtschau der betreffenden Vereinssatzung zu einem gegenteiligen Ergebnis führen könne, wenn etwa dem *Verein* als Personenverband keine eigene Bedeutung mehr zukäme oder er nur ein Sondervermögen eines Dritten darstelle²⁷¹. Dasselbe gilt für die *ältere Rechtsprechung* und *Literatur*, welche grundsätzlich Vorstandsbestellung sowie -abberufung durch einen Dritten für zulässig hält²⁷².

Stichhaltige Aussagen zur Übertragung der Bestellungs- und Abberufungskompetenz von Mitgliedern eines Fakultativorgans auf einen Dritten sind spärlich. In Fortführung der *Literatur* zu der Vorstandsbestellung und -abberufung müsste dies aber im Wege eines Erst-Recht-Schlusses möglich sein²⁷³. Nach *Flume* sind daher Entsendungsrechte für Dritte zulässig; wiederum behält allerdings die Mitgliederversammlung die Abberufungskompetenz aus wichtigem Grund²⁷⁴.

b. Weisungsrechte

aa. Vorstand

Gem. §§ 27 III, 665 BGB ist der Vorstand hinsichtlich der Geschäftsführung den Weisungen der Mitgliederversammlung unterworfen. Gem. § 40 BGB ist allerdings eine andere Regelung zulässig²⁷⁵. Denkbar ist ferner, die Weisungskompetenz einem Vereinsmitglied als Sonderrecht i.S.v. § 35 BGB einzuräumen²⁷⁶, wobei Einigkeit besteht, dass einem Dritten ein derartiges Sonderrecht nicht zustehen kann²⁷⁷.

²⁶⁸ *MüKo/Reuter*, § 27, Rdn. 17.

²⁶⁹ *MüKo/Reuter*, § 27, Rdn. 29.

²⁷⁰ *KG*, WM 1966, S. 330, 331; *BAG*, DB 1965, S. 1364, 1365.

²⁷¹ *LG Hildesheim*, NJW 1965, S. 2400, 2401; *LG Krefeld*, Rpfleger 1968, S. 17, 18, Urteilsgründe ohne Sachverhaltsangabe; *LG Siegen*, Rpfleger 1964, S. 267, 268, Urteilsgründe ohne Sachverhaltsangabe.

²⁷² *KG*, JW 1934, S. 3000, 3001; *RG*, DJ 1936, S. 1948; *Enneccerus/Nipperdey*, § 109 I 1, S. 655; *Friedländer*, § 7 III 1, S. 70; *Kohler*, § 161 V, S. 376; *ders.*, § 161 II, S. 376; v. *Tuhr*, § 37 I, S. 520; *ders.*, § 37 V, S. 534.

²⁷³ Vgl. *Edenfeld*, § 15 I, S. 113; *Flume*, FS für Coing II (1982), S. 97, 99.

²⁷⁴ *Flume*, a.a.O.

²⁷⁵ Vgl. *Reichert*, Rdn. 1503, m.w.N.; *Schaible*, S. 47.

²⁷⁶ Schon *RG*, JW 1911, S. 747; *Reichert*, Rdn. 566, 567; wohl auch *Stöber*, Rdn. 176.

²⁷⁷ Vgl. nur *Reichert*, Rdn. 555, m.w.N.

Zwar verweist das Vereinsrecht in § 27 III BGB hinsichtlich der Geschäftsführung auf die rechtsgeschäftlichen Auftragsgrundsätze, doch darf dies nicht zu der Annahme verleiten, dass zwischen Vorstand und weisungsberechtigtem Organ (nur) ein rechtsgeschäftliches Auftragsverhältnis bestünde. Die Verweisung dient vielmehr nur der inhaltlichen Ausgestaltung des organschaftlichen Verhältnisses zwischen Vorstand und weisungsberechtigtem Organ, nicht der dogmatischen, normentechnischen Qualifikation als schuldvertragliche Beziehung²⁷⁸. Das Weisungsrecht gem. §§ 27 III, 665 BGB ist daher ein Organrecht mit entsprechender verbandsinterner Bindungswirkung²⁷⁹. Auch beim *Verein* stellt sich daher die Frage, ob jenes Weisungsrecht auf einen Dritten übertragen werden kann.

Wenn schon nach herrschender Meinung die Bestellungs- und Abberufungskompetenz hinsichtlich der Vorstandsmitglieder - als die weitaus intensivere Einflussmöglichkeit - auf einen Dritten übertragen werden kann, ist es naheliegend, dass - nach herrschender Meinung - ebenfalls die Übertragung der Weisungskompetenz auf einen Dritten zulässig sein soll²⁸⁰. Dabei treten indes die bekannten Probleme hinsichtlich der genauen rechtlichen Qualifikation, deren verbandsinternen Bindungswirkung und dergleichen auf. Auch hier ist es also fraglich, ob einem Dritten ein organschaftlich wirkendes Recht *ad personam* zugewiesen werden kann, ohne dass dieser Vereins- oder Organmitglied ist. Dies bejaht hinsichtlich der *ad-personam*-Zuweisung allerdings nur eine Mindermeinung, wobei der Mitgliederversammlung weiterhin die Kompetenz-Kompetenz zustehen soll²⁸¹. Richtigerweise scheidet eine derartige Rechtsposition aus²⁸².

bb. Fakultativorgane

Aufgrund der weitgehenden Satzungsautonomie kann die Mitgliederversammlung beliebige Fakultativorgane statutarisch errichten, wobei sie dabei frei ist, die jeweilige Organstellung zu definieren. Weisungsrechte oder vergleichbare Rechte für andere Organe oder für Vereinsmitglieder i.S.v. § 35 BGB sind also möglich²⁸³. Nun ist auch hier allerdings die Funktion des Fakultativorgans zu beachten. Wird ein Aufsichtsrat oder ein vergleichbar kontrollierendes Organ geschaffen, ergibt sich aus

²⁷⁸. So auch *Weber*, S. 57.

²⁷⁹. Vgl. S. 31.

²⁸⁰. *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 491; *Edenfeld*, § 14 II 2, S. 112; wohl auch *Flume*, Juristische Person, § 7 I 2, S. 190 ff.; *ders.*, FS für *Coing* II (1982), S. 97, 99; *Schaible*, S. 47; *Steinbeck*, § 8 VIII, S. 136; *a.M. König*, § 15 V 1, S. 293.

²⁸¹. *Steinbeck*, § 8 VIII, S. 136.

²⁸². So auch *Beuthien/Gätsch*, a.a.O.; vgl. S. 136 ff.

²⁸³. Vgl. auch *Edenfeld*, § 15 I, S. 113.

dessen Kontrollfunktion die Unabhängigkeit seiner Mitglieder, Weisungen machen insofern keinen Sinn²⁸⁴. Entsprechendes gilt für die häufig vorkommende Vereinsgerichtsbarkeit²⁸⁵. Nimmt das fakultative Organ allerdings Geschäftsführungskompetenzen wahr, entspricht es dem Vorstand. Da bei diesem Drittweisungen zulässig sind, gilt dasselbe auch für das Fakultativorgan.

V. Aktiengesellschaft

1. Einfluss auf Satzungsautonomie

Auch bei der *Aktiengesellschaft* stellt sich die Frage, ob die Satzung einem Dritten ein eigenes, unmittelbares Recht zur Satzungsänderung oder ein entsprechendes Zustimmungsmacht statutarisch einräumen kann. Die Diskussion ähnelt der bei der *GmbH* und dem *Verein*. Dies ist auch nicht weiter verwunderlich, da der *Verein* die Urform aller privatrechtlichen Körperschaften ist und sich die *Aktiengesellschaft* als *Verein* entwickelt hat²⁸⁶. Das heißt: dieselben Argumente, die für und gegen die Satzungsänderungs- sowie Zustimmungsmacht bei *GmbH* und *Verein* angebracht wurden²⁸⁷, müssten auch hier einschlägig sein. Dies trifft dem Grunde nach auch zu. Doch steht im Vordergrund eher das rechtstechnische Argument der Satzungsstrenge (§ 23 V AktG) als die Frage, ob die Vorschriften über die Satzungsänderung abschließend oder ergänzungsfähig sind.

a. Grundsatz der Satzungsstrenge

Der Grundsatz der Satzungsstrenge besagt, dass sämtliche Vorschriften des AktG dem Grunde nach zwingend sind. Von den normativen Vorschriften darf die Satzung abweichen, wenn das Gesetz dies förmlich in Gestalt einer ausdrücklichen Ermächtigung zulässt (§ 23 V S.1 AktG); sie können ergänzt werden, wenn keine abschließende Regelung vorliegt (§ 23 V S.2 AktG)²⁸⁸. Die Satzungsautonomie der Hauptversammlung ist also erheblich eingeschränkt²⁸⁹. Ähnliches gilt für die genossenschaftliche Satzungsstrenge (§ 18 S. 2 GenG). Auch bei der *Genossenschaft* kann das Statut nur insoweit die Binnenstruktur eigenständig regeln, als die normativen Be-

²⁸⁴. Es gelten hier die entsprechenden Ausführungen zum fakultativen Aufsichtsrat in der *GmbH*, vgl. S. 72.

²⁸⁵. Vgl. hierzu *Reichert*, Rdn. 2530 ff.

²⁸⁶. Vgl. *K. Schmidt*, *GesR*, § 23 I 1b, S. 660.

²⁸⁷. Vgl. für *GmbH* S. 54 ff. und *Verein* S. 74 ff.

²⁸⁸. Vgl. *Weber*, S. 134 ff.

²⁸⁹. Vgl. auch *GroßKzAktG/Röhricht*, § 23, Rdn. 167.

stimmungen selbst keine Regelungen enthalten oder eine davon abweichende statutarische Regelung ausdrücklich zulassen²⁹⁰.

Bei der *Aktiengesellschaft* sind also, falls die Zulässigkeit von Satzungsänderungs- und Zustimmungsrechten Dritter zu bejahen ist, zwei Hindernisse zu überwinden. Erstens ist zu untersuchen, ob und inwieweit die Vorschriften über die Satzungsänderung abschließend gesetzlich geregelt sind. Falls dies nicht der Fall sein sollte, müsste zweitens eine Auseinandersetzung mit den schon von der *GmbH* und dem *Verein* her bekannten Argumenten erfolgen. Wichtig erscheint an dieser Stelle aber der Hinweis, dass das strukturelle Problem der Fremdbestimmung auf die Willensbildung ein verbandsübergreifendes Problem ist. Nur gibt es zwischen der *Aktiengesellschaft* und - wie noch ausgeführt wird - der *Genossenschaft*, bei denen die Satzungsstrenge weitgehend gilt, sowie der *GmbH* - jedenfalls für bestimmte Bereiche, §§ 53 ff. GmbHG - und den Verbänden, bei denen eine weitgehende verbandsinterne Gestaltungsfreiheit herrscht (*Personengesellschaften, teilweise GmbH und Verein*), den Unterschied, dass bei den ersteren die Vorschriften über die Satzungsänderung eben weitgehend zwingendes Recht sind. Mit anderen Worten: falls sich herausstellt, dass auch bei der *Aktiengesellschaft, Genossenschaft* und *GmbH* diese Vorschriften keinen abschließenden Charakter haben, ist die vorliegende Problematik verbandsübergreifend zu behandeln, da sich bei allen Verbänden ein Dritteinfluss auf die „Richtigkeitsgewähr“ verbandlicher Willensakte negativ auswirken kann.

b. Satzungsänderungs- und Zustimmungsrechte

Ausgangspunkt der aktienrechtlichen Diskussion ist die Frage der Vorrangstellung der Hauptversammlung innerhalb des Organgefüges. Schon die frühere Rechtsprechung des *Reichsgerichts* ging der Frage nach, ob die Zuständigkeit zur Satzungsänderung einem anderen Gesellschaftsorgan, namentlich dem Aufsichtsrat, übertragen werden kann. Dies wurde u.a. mit dem Wortlaut der damals einschlägigen Vorschrift (§ 274 HGB 1897) verneint²⁹¹, welche vorsah, dass eine „Abänderung des Gesellschaftsvertrags ... nur durch die Generalversammlung beschlossen werden“ konnte (Satz 1); „Die Vornahme von Änderungen, die nur die Fassung betreffen, kann durch Beschluss der Generalversammlung dem Aufsichtsrat übertragen werden“ (Satz 2). Es galt damals wie heute, dass nur die Hauptversammlung die Satzung ändern kann,

²⁹⁰ Vgl. *Beuthien*, § 18, Rdn. 2; *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, § 18, Rdn. 3; *Müller*, § 18, Rdn. 1.

²⁹¹ *RGZ* 26, S. 132, 134; 44, S. 8, 10; für die *KGaA*: *RGZ* 74, S. 298, 299; nur zur *GmbH*: *KG*, *OLGE* 42, S. 225; *KG*, *OLGE* 44, S. 237 ff.

was auch im aktuellen Wortlaut des § 179 I AktG realisiert ist²⁹². Ein eigenes, unmittelbares Satzungsänderungsrecht eines Dritten wurde nie ernsthaft diskutiert, da sinngemäß galt bzw. gilt, wenn schon kein anderes Gesellschaftsorgan für eine Satzungsänderung zuständig sein kann, dann erst recht kein Dritter²⁹³.

Eine andere Situation stellt sich bei einem Zustimmungsrecht zu einer Satzungsänderung dar. Soweit ersichtlich, hatte sich bisher nur das *Kammergericht* mit der Frage zu beschäftigen, ob ein Dritter an einer Satzungsänderung mitwirken kann (Genehmigungsvorbehalt einer staatlichen Stelle), verneinte dies aber²⁹⁴. Seinen Standpunkt begründete das Gericht zunächst mit dem Wortlaut des damals gültigen § 274 I S.1 HGB 1897²⁹⁵, worin „nur“ die Generalversammlung zur Änderung zuständig gewesen sei. Dann zielte es darauf ab, dass die Satzungsänderung als Frage der Gesellschaftsverfassung eine innere Gesellschaftsangelegenheit sei, weshalb sich eine Mitwirkung Dritter ohne weiteres verbiete. Sinngemäß führte es weiter aus: dies widerspräche auch der Stellung der Generalversammlung als oberstem Willensorgan der Gesellschaft. Interessanterweise warf das Gericht die Frage auf, ob nicht gerade aus der Stellung der Generalversammlung als oberstem Organ die Befugnis folge, die eigene Willensbildung an das Hinzutreten eines fremden Willens binden zu können, verneinte diese aber wiederum, da § 274 I S.1 HGB 1897 eine für den Umfang der Kompetenzen der Generalversammlung zwingende Norm darstelle²⁹⁶.

Mit der Reform des Aktiengesetzes im Jahre 1937 wurde der Wortlaut der damals einschlägigen Vorschrift (§ 145 I AktG 1937) über die Satzungsänderung wie folgt geändert: „Jede Satzungsänderung bedarf eines Beschlusses der Hauptversammlung. Die Befugnis zu Änderungen, die nur die Fassung betreffen, kann die Hauptversammlung dem Aufsichtsrat übertragen.“

Ebenfalls wurde der frühere § 275 I HGB 1897 im Jahre 1937 wie folgt als § 146 I AktG 1937 neu gefasst: „Der Beschluss der Hauptversammlung bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasst. Die Satzung kann diese Mehrheit durch eine andere, für die Änderung

²⁹² Vgl. *Beuthien/Gätsch*, ZHR 156 (1992), S. 459, 477, 478; *GroßKzAktG/Wiedemann*, § 179, Rdn. 6; *Henn*, Rdn. 185; *Hüffer*, § 179, Rdn. 10; *KölnK/Zöllner*, § 179, Rdn. 143; *Wiedemann*, FS für Schilling (1973), S. 105, 112.

²⁹³ Vgl. etwa *Beuthien/Gätsch*, ZHR 156 (1992), S. 459, 479; *GroßKzAktG/Wiedemann*, § 179, Rdn. 7.

²⁹⁴ *KG*, JW 1930, S. 1412 ff.

²⁹⁵ Wortlaut des § 274 I HGB vom 10.05.1897: „Eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags kann nur durch die Generalversammlung beschlossen werden. Die Vornahme von Änderungen, die nur die Fassung betreffen, kann durch Beschluss der Generalversammlung dem Aufsichtsrat übertragen werden.“

²⁹⁶ *KG*, JW 1930, S. 1412, 1413.

des Gegenstands des Unternehmens jedoch nur durch eine größere, Kapitalmehrheit ersetzen. Sie kann noch andere Erfordernisse aufstellen.“²⁹⁷

Der Wortlaut des heute gültigen § 179 I, II AktG entspricht bis auf die Sätze zwei und drei des 2. Absatzes, der lautet: „Die Satzung kann eine andere Kapitalmehrheit, für eine Änderung des Gegenstands des Unternehmens jedoch nur eine größere Kapitalmehrheit bestimmen. Sie kann weitere Erfordernisse aufstellen.“, den früheren §§ 145 I, 146 AktG 1937.

Im Gegensatz zu § 274 I HGB 1897 enthält also sowohl der Wortlaut des § 145 I AktG 1937 als auch der des heute gültigen § 179 I AktG nicht mehr das Wort „nur“. Vielmehr ist nur noch von einem „Beschluss der Hauptversammlung“ die Rede. In § 146 S.3 AktG 1937 und § 179 II S.3 AktG wurde aber nunmehr vorgesehen, dass die Satzung „weitere Erfordernisse“ im Bereich der Satzungsänderung aufstellen kann. Genau dies ist der methodische Anknüpfungspunkt, ob die Satzung als weiteres Erfordernis eine Zustimmung eines Dritten vorsehen kann. Der Wortlaut des aktuellen § 179 I AktG schließt grammatikalisch eine derartige Zustimmung eines Dritten jedenfalls nicht aus²⁹⁸.

Die aktienrechtliche *Literatur* bietet hierzu kein einheitliches Bild. Wie beim nichtreligiösen *Verein* bestehen drei Meinungen, zwei konträre Positionen und eine vermittelnde. Gemeinsam sind sie sich einig, dass einem Dritten kein eigenes, unmittelbares Satzungsänderungsrecht zustehen kann²⁹⁹.

Sinngemäß ist nach *Beuthien/Gätsch*, *Groschuff* und *Waldmann* zwar für jede Satzungsänderung immer ein Beschluss der Hauptversammlung erforderlich, doch könne ein Zustimmungsvorbehalt für einen Dritten statutarisch vorgesehen sein, solange dieses Drittrecht jederzeit wieder aufgehoben werden könne³⁰⁰. Dieses Recht verletze das körperschaftliche Selbstbestimmungsrecht nicht, da es durch die Aufhebungskompetenz beherrschbar bleibe. *Groschuff's* Auffassung darf gleichwohl nicht losgelöst von der ihr zu Grunde liegenden nationalsozialistischen Ideologie, genauer dem Führerprinzip, beurteilt werden. Er sieht in der Abschaffung des Primats der Hauptversammlung die Realisierung des Führerprinzips, da dadurch der Staat - sinn-

²⁹⁷ Vgl. auch den früheren Wortlaut des § 275 I, II HGB vom 10.5.1897: "(1) In Ermangelung einer anderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags bedürfen die im § 274 I bezeichneten Beschlüsse der Generalversammlung einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasst.

(2) Für eine Abänderung des Gegenstands des Unternehmens muss diese Mehrheit erreicht sein; der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen."

²⁹⁸ So auch *Priester*, FS für Werner (1984), S. 657, 663; *Reul*, § 6 C 15, S. 145.

²⁹⁹ Auch hier unterscheiden die Autoren nicht immer explizit zwischen Gläubiger-, Organ- und organschaftlich wirkenden Drittrechten.

³⁰⁰ *Beuthien/Gätsch*, ZHR 156 (1992), S. 459, 477, 478; *Groschuff*, DR 1939, S. 2128, 2133; *Henn*, Rdn. 181; *Waldmann*, DFG 1940, S. 105, 106.

gemäß - das „letzte Wort“ habe. Seine „ideologische“ Rechtsansicht begründet er mit dem im Vergleich zu § 274 I HGB 1897³⁰¹ veränderten Wortlaut des § 145 I AktG 1937. Der neue Wortlaut des § 145 I AktG 1937 habe das Wort „nur“ nicht übernommen, woraus sich schließen lasse, dass die Hauptversammlung nicht mehr das oberste Gesellschaftsorgan sei. Demgemäß könne sich die Hauptversammlung an die Zustimmung eines Dritten binden. Auch *Waldmann* hält aufgrund von ideologischen Gründen (sinngemäß: die totale Ausrichtung der Privatwirtschaft sei aufgrund eines totalen Krieges notwendig) zumindest Zustimmungsrechte zu Gunsten staatlicher Stellen für zulässig.

Einen vermittelnden Ansatz vertritt *Wiedemann*. Nach ihm ist grundsätzlich die Hauptversammlung zwingend und ausschließlich für Satzungsänderungen zuständig, da der Grundsatz der Organisationshoheit bestehe. Danach könne die Hauptversammlung jederzeit und nach eigenem Ermessen Zweck und Struktur ihrer Zusammenarbeit sowie anderer grundlegender Fragen neu bestimmen³⁰². Er begründet dies u.a. damit, dass das Aktiengesetz auf Konflikte zwischen idealtypisch gleichgerichteten Interessen der Mitglieder und auf eine entsprechende Hierarchie innerhalb der Verbandsorganisation zugeschnitten sei. Sinngemäß führt er aus, dass es im Falle eines Konflikts über die Ausübung statutarischer Drittrechte mit einem anderen Verbandsorgan oder einem außenstehenden Dritten keinen verbandsinternen Konfliktlösungsmechanismus gebe, da Organstreitigkeiten gesetzlich nicht geregelt seien. Ferner komme - als weitere Begründung - hinzu, dass die *Aktiengesellschaft* immer auf einen Wechsel im Mitgliederkreis bedacht sein müsse. Bei einer statutarischen Bindung gegenüber einem Dritten würde die Hauptversammlung nicht nur sich selbst, sondern auch zukünftige Mitglieder binden. Diese Beschränkung der Willensfreiheit anderer Personen sei unzulässig³⁰³. Jedoch lässt *Wiedemann* vier - zum Teil zeitlich überholte - Ausnahmen hiervon zu³⁰⁴: (1) Die Satzungsautonomie könne nach Maßgabe des Art. 37 II des geänderten Vorschlags der 5. Richtlinie vom 19.08.1983 in gewissen Fällen einem anderen Organ zur Ausübung eingeräumt werden³⁰⁵; (2) auch komme insofern ein staatlicher Genehmigungsvorbehalt gem. § 33 II BGB hinzu; (3) zulässig sei eine statutarische Drittbindung, wenn sie sachlich und zeitlich ausrei-

³⁰¹. Wortlaut des § 274 I HGB vom 10.05.1897: „Eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags kann nur durch die Generalversammlung beschlossen werden. Die Vornahme von Änderungen, die nur die Fassung betreffen, kann durch Beschluss der Generalversammlung dem Aufsichtsrat übertragen werden.“

³⁰². *GroßKzAktG/Wiedemann*, § 179, Rdn. 6; *ders.*, FS für Schilling (1973), S. 105, 112.

³⁰³. *GroßKzAktG/Wiedemann*, § 179, Rdn. 10.

³⁰⁴. A.a.O.

³⁰⁵. Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Ausgabe in deutscher Sprache, EG Nr. C 240 vom 9.9.1994, S. 2, 28; die betreffenden Auszüge aus der Richtlinie sind auch bei *GroßKzAktG/Wiedemann*, § 179, Rdn. 13, abgedruckt.

chend konkretisiert sei, so dass sich die Hauptversammlung auf eine inhaltlich genau bestimmte Satzungsänderung einstellen könne; und (4) wenn die *Aktiengesellschaft* ihren Verbandszweck ohne eine statutarische Drittbindung nicht erreichen könne.

Aber auch *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* lehnen grundsätzlich ein Zustimmungsgeschäft eines Dritten ab³⁰⁶. Dies gelte auch für die öffentliche Hand, es sei denn, es gäbe eine entsprechende gesetzliche Grundlage, z.B. §§ 12 II S.2 AktG³⁰⁷, 5 III Nr. 1, 13 I VAG.

Die überwiegende aktienrechtliche Literatur lehnt allerdings eine Dritt-Zustimmung bei Satzungsänderungen ab³⁰⁸. Exemplarisch seien *Godin/Wilhelmi* angeführt, die derartige Rechte ablehnen, da die durch § 1 AktG der *Aktiengesellschaft* gewährte eigene Persönlichkeit dagegen stehe³⁰⁹. So wenig wie es bei der Willensbildung einer natürlichen Person auch nur denkbar sei, dass dabei der Wille einer anderen Person mitwirke, sei dies beim Zustandekommen des Willens einer juristischen Person möglich. Jedoch könne der einzelne Satzungsänderungsbeschluss sich selbst beschränken und zur Bedingung seiner Wirksamkeit die Zustimmung eines anderen machen, da es nicht einzusehen sei, warum anders als eine physische Person die Gesellschaft sich nicht vorbehalten können solle, etwas nur zu wollen, wenn ein anderer damit einverstanden sei.

2. Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie

a. Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern

aa. Vorstand

Wie zuvor stellt sich auch hier die Frage, ob Dritte Vorstandsmitglieder bestellen und abberufen können. Gem. § 84 I AktG bestellt der Aufsichtsrat die Vorstandsmitglieder³¹⁰. Deren Bestellung kann er gem. § 84 III AktG nur widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Aufgrund der Satzungsstrenge, § 23 V AktG, sind Abweichungen von diesen Regelungen nur erlaubt, wenn das Aktiengesetz diese ausdrücklich zulässt, Ergänzungen derselben nur, soweit das Aktiengesetz keine abschließende

³⁰⁶ *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 179, Rdn. 133.

³⁰⁷ § 12 II S.2 AktG wurde jedoch durch das KonTraG v. 27.4.1998 (BGBl. 1998, I S. 786) aufgehoben.

³⁰⁸ *Baumbach/Hueck*, AktG, § 179, Rdn. 4; *Emmerich*, Öffentliche Unternehmen, § 10, A II, S. 200; *Gadow/Schmidt*, § 145, Anm. 7; *Henn*, Rdn. 185; *Hüffer*, § 179, Rdn. 23; *KG*, JW 1930, S. 1412 ff.; *KölnK/Zöllner*, § 179, Rdn. 40, vgl. aber zu Ausnahmen Rdn. 144 ff.; *Würdinger*, § 33 II 1a, S. 170; Auswahl von *älterer Literatur* (vor 1945): *Brodmann*, § 274, Anm. 1b, S. 424 ff.; *Ehrenberg/Fischer*, Bd. III, § 49, S. 316; *Goldschmit*, § 274, Anm. 1; *Lehmann*, § 87 a 1, S. 440; *Ritter*, § 145, Anm. 2a; *Teichmann/Koehler*, § 145, Anm. 2.

³⁰⁹ *Godin/Wilhelmi*, 3.A., § 179, Anm. 4; *dies.*, § 179, Anm. 3; so auch schon v. *Godin*, ZAkDR 1940, S. 78.

³¹⁰ *Hüffer*, § 84, Rdn. 5. In der mitbestimmungspflichtigen *Aktiengesellschaft* richtet sich die Zuständigkeit nach §§ 30, 31 MitbestG, die aber wiederum auf § 84 AktG verweisen.

Regelung enthält³¹¹. Eine derartige ausdrückliche Abweichungsbefugnis liegt indes im Hinblick auf statutarische Drittrechte im Bereich der §§ 84 ff. AktG nicht vor; daher ist in der aktienrechtlichen Literatur allgemein anerkannt, dass der Aufsichtsrat ausschließlich zur Bestellung und Abberufung des Vorstands zuständig ist. Dies schließt einerseits die Einräumung einer Bestellungs- und Abberufungskompetenz in Form eines Sonderrechts i.S.d. § 35 BGB an einen Aktionär³¹² und andererseits die Übertragung derartiger Kompetenzen auf ein anderes (fakultatives) Organ oder auf einen Dritten aus³¹³. Ein statutarisches Bestellungs- und Abberufungsrecht eines Dritten ist daher nach einhelliger Meinung nicht möglich³¹⁴.

Die Satzungsstrenge lässt jedoch gem. § 23 V S. 2 AktG - wie erwähnt - ergänzende statutarische Regelungen zu. Da dem Wortlaut des § 84 AktG jedoch keine ausdrückliche Ergänzungsbefugnis zu entnehmen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob ggf. zumindest Zustimmungs-, Vorschlags- sowie Präsentationsrechte Dritter zulässig sind³¹⁵. Wäre einem anderen Organ, etwa einem fakultativen Beirat oder der Hauptversammlung, ein derartiges Zustimmungsrecht eingeräumt, wäre zwar immer noch ein entsprechender Bestellungsbeschluss des Aufsichtsrats i.S.d. § 84 I AktG notwendig, doch wäre dieser erst infolge der Zustimmung des berechtigten Organs wirksam und zur registerlichen Eintragung „freigegeben“. Die Bestellungskompetenz stünde letztlich dem berechtigten Organ insoweit zu, als es an dem status quo festhalten könnte. Der Aufsichtsrat wäre zwar weiterhin Initiator der Vorstandsbestellung und dessen Abberufung, doch könnte dies nur in Zusammenarbeit mit dem zustimmungsberechtigten Organ geschehen. Die Kompetenzverteilung der gesetzlichen Organe wäre dadurch aber praktisch aufgehoben, eine ausschließliche Kompetenz des Aufsichtsrats nicht mehr gegeben. Mithin läge eine Abweichung von der normativen Zuständigkeitsverteilung vor, die aber gerade gegen den Grundsatz der Satzungsstrenge verstieße und somit nichtig wäre. *Beuthien/Gätsch* weisen zudem auf einen anderen wesentlichen Punkt hin: „Würde die Hauptversammlung ... die Organbestellungsbeschlüsse des Aufsichtsrats von der Zustimmung eines anderen Gesellschaftsorgans oder eines außenstehenden Dritten abhängig machen, so greife sie da-

³¹¹ Statt vieler *Hüffer*, § 23, Rdn. 35, m.w.N.

³¹² *Baums*, FS für OLG Oldenburg (1989), S. 671, 676, m.w.N.; *ders.*, § 5 I 1b, S. 66; *Gefler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 84, Rdn. 10; *GroßKzAktG/Meyer-Landrut*, 3.A., § 84, Anm. 2; *Hüffer*, § 84, Rdn. 5; *KölnK/Mertens*, § 84, Rdn. 9.

³¹³ *Baumbach/Hueck*, AktG, § 84, Rdn. 4; *Gefler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 84, Rdn. 7; *Godin/Wilhelmi*, § 84, Anm. 4; *GroßKzAktG/Meyer-Landrut*, 3.A., § 84, Anm. 2; *KölnK/Mertens*, a.a.O.; *Voormann*, Beirat, § 12 II 2c, S. 106.

³¹⁴ Vgl. auch *Baums*, FS für OLG Oldenburg (1989), S. 671, 679; *ders.*, § 5 I 1b, S. 66; *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 502.

³¹⁵ So auch *Baums*, FS für OLG Oldenburg (1989), S. 671, 676.

durch in die Kompetenz des Aufsichtsrats ein³¹⁶, beschnitte also ein ihr nicht zustehendes Recht.

Zustimmungsrechte anderer Gesellschaftsorgane sind daher unzulässig; dasselbe gilt auch für einen außenstehenden Dritten, gleich seiner rechtlichen Einordnung. Es stellt sich gleichwohl die Frage, ob dieses Ergebnis auch für ein (verbindliches) Präsentations- sowie ein (unverbindliches) Vorschlagsrecht zu Gunsten eines anderen Organs oder eines Dritten gilt. Nach *Hefermehl* kann einem anderen Organ oder einem Dritten ein unverbindliches Vorschlagsrecht eingeräumt werden, das den Aufsichtsrat jedoch nicht binden und seine freie Entschließung in keiner Weise beeinträchtigen dürfe. Ist die Anhörung des Vorschlagsberechtigten unterblieben, so habe dies keinen Einfluss auf die Wirksamkeit einer vom Aufsichtsrat vorgenommenen Bestellung³¹⁷. Ausdrücklich lehnt *Mertens* ein verbindliches Vorschlagsrecht anderer Organe oder Dritter ab; dies sei selbst dann unzulässig, wenn es als „den Aufsichtsrat nicht bindend“ gekennzeichnet sei. Die statutarische Einräumung eines „unverbindlichen Vorschlagsrechts“ sei bereits geeignet, einen gewissen Druck auf die Entscheidung des Aufsichtsrats auszuüben und damit seine zwingend vorgeschriebene Entschließungsfreiheit zu beeinträchtigen. Unverbindliche Vorschläge seien jedoch erlaubt³¹⁸. In der Tat kann ein verbindliches Präsentationsrecht nicht eingeführt werden, insofern gilt das obige Argument von *Beuthien/Gätsch*. Vor dem hier entwickelten Standpunkt kann aber sehr wohl ein Vorschlagsrecht eines Dritten statuiert werden, da es nicht in die Personalkompetenz des Aufsichtsrats eingreift. Der Aufsichtsrat unterliegt sowieso aufgrund der Personalkompetenz der Hauptversammlung einem faktischen Einfluss, der sich durch ein unverbindliches Vorschlagsrecht nicht verstärkt. Dem vorschlagsberechtigten Dritten würde insofern ein Organrecht zugewiesen werden, das verbandsrechtlich kontrollierbar wäre. Es ist daher auf die unter Punkt VIII. angeführten genauen Voraussetzungen und Rechtsfolgen zu verweisen³¹⁹. Die heutige aktienrechtliche Literatur orientiert sich - selbstverständlich - an dem normativen Leitbild der *Aktiengesellschaft*, das durch das reformierte Aktiengesetz von 1965 entstanden ist und sich durch eine strikte Gewaltenteilung und einer damit verbundenen strikten Kompetenzzuweisung auszeichnet. Rechtshistorisch erfolgten jedoch diese inhaltlichen Vorgaben bereits durch das Aktiengesetz von 1937. Vor diesem Zeitpunkt gab es indes die heutige Gewaltenteilung dem Grunde nach nicht.

³¹⁶ *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 502.

³¹⁷ *Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 84, Rdn. 9; ebenso *GroßKzAktG/Meyer-Landrut*, 3.A., § 84, Anm. 2.

³¹⁸ *KölnK/Mertens*, § 84, Rdn. 9; vgl. auch *Hüffer*, § 84, Rdn. 5.

Im Aktienrecht des Handelsgesetzbuchs von 1897 fehlten Vorschriften über Bestellung und Zusammensetzung des Vorstands, während solche für den Aufsichtsrat in § 243 HGB 1897 vorhanden waren. Das Gesetz sah gem. § 231 II HGB 1897 nur vor, dass der Vorstand aus einer oder mehreren Personen bestehen konnte. Die Folge war, dass die Einzelheiten über den Vorstand und dessen Bestellung sowie Widerruf statutarisch geregelt werden mussten. Also konnte die Bestellung entweder durch die Hauptversammlung oder durch den Aufsichtsrat erfolgen. Weil sich ersteres bei Gesellschaften mit vielen Aktionären als unzweckmäßig erwies, wurde dazu der Aufsichtsrat gewählt³²⁰. Als dritte Möglichkeit wurde dem Vorstand das Recht zugestanden, sich selbst zu kooptieren³²¹. Die Bestellung durch einen Dritten (aufgrund eines satzungsmäßigen Rechts) wurde als vierte Möglichkeit diskutiert. Dies geschah vor dem Hintergrund, dass das handelsrechtliche Aktienrecht von 1897 keine stringente Gewaltenteilung innerhalb der *Aktiengesellschaft* vorsah. Bis zum Aktiengesetz von 1937 bestand keine richtige Trennung zwischen Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgan, so dass statutarisch Fakultativorgane eingeführt werden konnten, denen Kompetenzen zugewiesen wurden, die heute zwingend dem Aufsichtsrat zugeordnet sind. Aufgrund dieser insofern frei gestaltbaren Binnenstruktur stellte sich damals auch obige Frage, ob und wie die Hauptversammlung die Bestellungs- und Abberufungskompetenz einem anderen Organ oder sogar einem außenstehenden Dritten übertragen konnte.

Die damals ganz herrschende aktienrechtliche Meinung (bis 1937) ließ zumindest die Bestellung durch einen außenstehenden Dritten zu³²². Uneinigkeit herrschte nur bei der Frage, ob und inwieweit dem Dritten ausschließlich oder nur neben der Generalversammlung das Widerrufsrecht zustehen konnte. Überwiegend wurde vertreten, dass das Widerrufsrecht in diesen Fällen der Generalversammlung zustehen müsse³²³. Vereinzelt wurde gleichwohl eine konkurrierende Zuständigkeit angenommen³²⁴, teilweise sogar eine Widerrufskompetenz der Generalversammlung neben dem bestellungsberechtigten Organ abgelehnt³²⁵. Zu der Zulässigkeit von Vorschlags-, Präsentations- sowie Zustimmungsrechten hat sich nur *Kronstein* ausführli-

³¹⁹ Vgl. S. 136 ff.

³²⁰ Vgl. *Düringer/Hachenburg*, § 182 Anm. 57, zu den Einzelheiten der Bestellung durch den Aufsichtsrat.

³²¹ Anders die heutige Meinung vgl. *Baums*, § 5 I 1b, S. 66, m.w.N.; zur früheren Meinung statt vieler *Düringer/Hachenburg*, a.a.O.; *Staub/Pinner*, § 231, Anm. 20.

³²² *Bondi*, FG für Liebmann (1920), S. 278, 284; *Düringer/Hachenburg*, § 182 Anm. 57; *Ehrenberg/Fischer*, Bd. III, § 40 II, S. 213; *Friedländer*, § 7 III 1, S. 70; *Goldschmit*, § 231, Anm. 23; *Kronstein*, S. 19, 20; *Pinner/Staub*, § 231, Anm. 14, 20; *a.M. Brodmann*, § 231, 5a.

³²³ *Düringer/Hachenburg*, a.a.O.; *Friedländer*, a.a.O.; *Goldschmit*, § 231, Anm. 27; *Kronstein*, S. 33; *Staub/Pinner*, § 231, Anm. 14.

³²⁴ *Ehrenberg/Fischer*, Bd. III, § 40 II, S. 213.

cher geäußert³²⁶. Da diese Rechte allerdings ein Minus gegenüber einem unmittelbaren Bestellungsrecht darstellen, kann von deren Zulässigkeit nach der damaligen Meinung ausgegangen werden. Gleichwohl gab es keine nähere dogmatische Begründung der herrschenden Meinung. Insbesondere die rechtstechnische Ausgestaltung des statutarischen Bestellungs- und Widerrufsrechts war nicht einheitlich. So wurde einerseits davon gesprochen, dass auch im Falle eines statutarischen Drittrechts die Gesellschaft den Vorstand bestelle. Der statutarisch berechtigte Dritte wurde (nur) als Vertreter der *Aktiengesellschaft* angesehen, in deren Namen er den Vorstand bestellt³²⁷. Andererseits wurde das Bestellungsrecht des Dritten als eigenes körperschaftliches Gestaltungsrecht verstanden, das ausschließlich ihm übertragen wird³²⁸.

Das Aktiengesetz von 1937 sah eine wesentliche Änderung der Binnenstruktur vor, die sich auch im heutigen Aktiengesetz fortwirkt: die Stellung des Vorstands wurde zu Lasten der Hauptversammlung gestärkt³²⁹. Gem. § 70 I AktG 1937 war der Vorstand zur alleinigen und eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft bestimmt. Die Hauptversammlung konnte nur in Fragen der Geschäftsführung bindende Weisungen erteilen, wenn der Vorstand hierüber eine entsprechende Entscheidung verlangte, § 103 II AktG 1937. Dagegen wurde der Aufsichtsrat als reines Kontrollorgan ausgestattet, §§ 95, 86 ff. AktG 1937. In Abänderung der bestehenden Rechtslage wurde ihm die Bestellungskompetenz für den Vorstand zwingend zugewiesen, § 75 AktG 1937.

Es ist aufgrund dieser Entwicklung erklärlich, dass ab 1937 ein Umschwung in der aktienrechtlichen Literatur bzgl. der Zulässigkeit von Drittrechten zu verzeichnen war. Die Kompetenzzuweisung wurde als zwingend angesehen mit der Folge, dass weder die Hauptversammlung noch ein außenstehender Dritter an der Bestellung beteiligt werden konnten³³⁰. Ab diesem Zeitpunkt wurde die Zulässigkeit eines unmittelbaren Bestellungs- und Abberufungsrechts zu Gunsten eines Dritten nicht mehr vertreten. Auffällig ist aber, dass damals die heutige Kritik, die über den formalrechtlichen Grundsatz der Satzungsstrenge hinausgeht, nicht ins Feld geführt wurde. Etwaige Bedenken hinsichtlich eines Verlustes der Richtigkeitsgewähr verbandlicher

³²⁵ Kronstein, S. 33.

³²⁶ Kronstein, S. 21 ff.; vgl. auch Düringer/Hachenburg, § 182 Anm. 57.

³²⁷ So etwa Ritter, § 75, Anm. 2, S. 241, zur Rechtslage vor 1937.

³²⁸ Kronstein, S. 20.

³²⁹ Vgl. GroßKzAktG/Assmann, Einl., Rdn. 163 ff.

³³⁰ Möhring/Schwartz, S. 53; Ritter, § 75, Anm. 2, S. 242.

Entscheidungen oder der verbandlichen Autonomie wurden - soweit ersichtlich - nicht formuliert.

bb. Aufsichtsrat

Ebenfalls stellt sich hier die Frage, ob und wie außenstehende Dritte Mitglieder des Aufsichtsrats bestellen und abberufen können. Nach dem gesetzlichen Normalfall wählt die Hauptversammlung die Aufsichtsratsmitglieder, soweit Aktionäre sie nicht gem. § 101 II AktG entsenden. Die vorrangigen mitbestimmungsrechtlichen Regelungen haben diese aktienrechtliche Grundform der Zusammensetzung aber praktisch in den Hintergrund gedrängt, als da wären: § 96 I 1. Fall AktG i.V.m. MitbestG 1976, § 96 I 2. und 3. Fall AktG i.V.m. der Montanmitbestimmung und § 96 I 4. Fall AktG i.V.m. BetrVG 1952. Auch hier werden nur der 1. und 4. Fall behandelt.

Bei den mitbestimmungsfreien *Aktiengesellschaften* können die Aktionäre nach einhelliger Literaturmeinung weder die Bestellungskompetenz der Hauptversammlung noch ein Entsendungsrecht auf einen Dritten statutarisch übertragen bzw. für einen Dritten begründen, da § 101 I, II AktG insofern abschließend sei³³¹. Auch müsse der Hauptversammlung die Abberufungskompetenz (§ 103 I S.1 AktG) bzgl. der von ihr gewählten Aufsichtsratsmitglieder verbleiben³³². Insoweit besteht Einigkeit. Da aber gesetzlich nach § 103 I S.3 AktG ausdrücklich „weitere Erfordernisse“ vorgesehen sein können, ist es denkbar, darunter die Zustimmung eines Dritten zu fassen. Überwiegend wird dies aber verneint³³³. Eine hiermit strukturell vergleichbare Frage ist, ob ein entsprechender Zustimmungsvorbehalt auch bei der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds durch die Hauptversammlung möglich ist. Aber auch hier tritt dieselbe Frage wie bei dem *GmbH-Aufsichtsrat* nach § 77 BetrVG 1952 auf, ob nun die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmervertreter zwingend ist. Es sei insofern an die denkbaren Fallgestaltungen bei der *GmbH* erinnert³³⁴. Doch ist nach herrschender Meinung eine Erweiterung der Zahl der nicht von der Hauptversammlung zu wählenden bzw. zu entsendenden Arbeitnehmervertreter gem. §§ 23 V, 96, 101 I AktG unzulässig³³⁵. Die aktienrechtlichen Vorschriften statuieren insofern abschließende, nicht ergän-

³³¹. Baumbach/Hueck, AktG, § 101, Rdn. 10; Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), S. 483, 503; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 101, Rdn. 63; Godin/Wilhelmi, § 101, Anm. 3; GroßKzAktG/Meyer-Landrut, 3.A., § 101, Anm. 9; Hüffer, § 101, Rdn. 8; KölnK/Mertens, § 101, Rdn. 44; aber unklar ders., § 101, Rdn. 17.

³³². Baumbach/Hueck, AktG, § 101, Rdn. 3, 4; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 103, Rdn. 6; Godin/Wilhelmi, § 103, Anm. 2; KölnK/Mertens, § 103, Rdn. 9.

³³³. Ablehnend: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 103, Rdn. 9; KölnK/Mertens, § 103, Rdn. 17; bejahend: Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), S. 483, 503; unklar Godin/Wilhelmi, § 103, Anm. 2.

³³⁴. Vgl. S. 60.

zungsfähige Vorschriften, da hierdurch u.a. die Kapitalmarktteilnehmer geschützt werden sollen³³⁶. Jedoch kann die Hauptversammlung weitere Arbeitnehmer oder Personen, die die Belegschaft oder die Gewerkschaften vorgeschlagen, in den Aufsichtsrat (auf die 2/3-Gesellschafterbeteiligung) wählen. Ein Drittrecht entsteht dadurch gleichwohl nicht, höchstens ein unverbindliches Vorschlagsrecht. Da gem. § 101 II AktG Entsendungsrechte nur Aktionären zustehen können, diese Vorschrift insoweit abschließend und nicht ergänzungsfähig ist, kann darüber hinaus der Belegschaft oder einem Dritten auch kein Entsendungsrecht eingeräumt werden³³⁷. Ebenfalls bleibt bei dem mitbestimmten Aufsichtsrat nach MitbestG gem. § 8 II MitbestG § 101 II AktG unberührt, woraus sich ergibt, dass auch in diesem Fall ein Entsendungsrecht nur den Aktionären zustehen kann.

Es stellt sich gleichwohl die Frage, ob dies auch für ein Zustimmungs-, Vorschlags- sowie Präsentationsrecht zu Gunsten eines anderen Organs oder eines Dritten gilt.

Sowohl bei dem mitbestimmungsfreien Aufsichtsrat als auch bei dem nach § 77 BetrVG 1952 sowie §§ 6 ff. MitbestG wählt die Hauptversammlung die Aktionärsvertreter nach § 101 I AktG. Denkbar wäre nun ein Zustimmungsvorbehalt eines Fakultativorgans oder eines Dritten bei deren Wahl³³⁸. Ein derartiger Vorbehalt zu Gunsten des Aufsichtsrats, also eine Art Kooptation, wäre mithin vorstellbar³³⁹. Ob dies zu Gunsten des Aufsichtsrats, eines Fakultativorgans oder eines Dritten möglich ist, wurde - soweit ersichtlich - in dieser konkreten Fragestellung noch nicht behandelt³⁴⁰. Insofern wäre rechtstechnisch der Wahlbeschluss der Hauptversammlung erst durch die Zustimmung des begünstigten Organs oder des Dritten wirksam. Anders als bei einem Entsendungsrecht verbliebe zumindest die primäre, initiative Bestellungskompetenz bei der Hauptversammlung. Aus diesem Grund läge zumindest kein Verstoß gegen die Satzungsstrenge vor. Das Aufsichtsratsmitglied würde von der Hauptversammlung gewählt werden und nicht - wie bei einem Entsendungsrecht - durch den hierzu Berechtigten.

Eine vergleichbare Situation wurde schon bei der Zulässigkeit von Zustimmungsrechten bei der Vorstandsbestellung angesprochen. Dort wurden derartige Rechte

³³⁵. *Baumbach/Hueck*, AktG, Anh. § 96, Rdn. 4, 13; *Dietz/Richardi*, Vorbem. § 76 BetrVG 1952, Rdn. 11; *GK-BetrVG/Kraft*, vor § 76 BetrVG 1952, Rdn. 8; *GroßKzAktG/Oetker*, AktG MitbestG, Vorbem. 101; *a.M. Fabricius*, FS für Hilger und Stumpf (1983), S. 155, 157 ff.

³³⁶. Vgl. *GroßKzAktG/Röhrich*, § 23, Rdn. 167; *MünchKzAktG/Pentz*, § 23, Rdn. 150.

³³⁷. *Dietz/Richardi*, a.a.O.; *GK-BetrVG/Kraft*, a.a.O.

³³⁸. Auch bei der Abberufung eines durch die Hauptversammlung gewählten Aufsichtsratsmitglieds könnte ein entsprechender Zustimmungsvorbehalt vorgesehen werden, vgl. S. 94.

³³⁹. Vgl. auch S. 102; dort geht es um die Frage, ob die Abberufung eines entsandten Aufsichtsratsmitglieds von der Zustimmung der Hauptversammlung, des Aufsichtsrats oder sogar eines Dritten abhängig sein kann.

³⁴⁰. Dieselbe Fragestellung taucht auch bei der *Genossenschaft* auf, vgl. S. 113.

sowohl für ein anderes (Fakultativ-) Organ als auch für einen Dritten abgelehnt³⁴¹. Dies greift dort aus einem Grund ein, der vorliegend aber nicht einschlägig ist. Dort hätte die Hauptversammlung statutarisch die Bestellungs- sowie Abberufungskompetenz des Aufsichtsrats zu dessen Lasten verkürzt, was eine unzulässige Abweichung von der normativen Kompetenzordnung hieße³⁴². Hier greift zumindest dieses Argument nicht, da die Hauptversammlung sich dadurch „freiwillig“ ihrer eigenen Kompetenz begäbe. Infolge ihrer Kompetenz-Kompetenz könnte sie ggf. derartige Rechte ohne Zustimmung des Berechtigten jederzeit abschaffen³⁴³. Indes ist eine ausdrückliche statutarische Abweichungsmöglichkeit in § 101 I AktG nicht vorgesehen, so dass eine Einfügung nur möglich ist, wenn dadurch die gesetzliche Regelung des § 101 I AktG ihrem Grundgedanken nach weitergeführt würde³⁴⁴. Gegen eine derartige Einfügung könnte zunächst sprechen, dass nach § 101 I S.3 AktG die Hauptversammlung nur gem. §§ 6 und 8 des Montan-MitbestG an Wahlvorschläge gebunden ist. Doch betrifft dies den Ausnahmefall der betrieblichen Mitbestimmung, wobei freilich die Belegschaft gerade Dritter in dem hier definierten Sinne ist. Hinzu kommt, dass dies ein Fall einer unfreiwilligen, staatlich verordneten Preisgabe der Hauptversammlungskompetenz und daher schon nicht vergleichbar mit dem vorliegenden Fall der freiwilligen Kompetenzbeschneidung ist. Ausschlaggebend für die Zulässigkeit eines Vorbehalts zu Gunsten eines Fakultativorgans bzw. eines Dritten ist, dass aufgrund der Kompetenz-Kompetenz keine letztendliche Gebundenheit der Hauptversammlung besteht. Denkbare wäre auch eine Kompetenz-Kompetenz dergestalt, dass sich im Falle einer Versagung der Zustimmung des Fakultativorgans oder des Dritten die Hauptversammlung mit einer ¾-Mehrheit (entsprechend § 179 II AktG) darüber hinwegsetzen könnte und die fehlende Zustimmung selbst erteilt. § 101 I S.3 AktG lässt sich nämlich nur entnehmen, dass die Hauptversammlung in ihrer Wahl frei sein muss. Diese Wahlfreiheit ist aber auch gewahrt, wenn sich die Hauptversammlung die Zustimmung eines anderen Fakultativorgans oder eines Dritten vorbehält. Zumindes gilt dies in Anlehnung an § 101 II AktG für bis zu einem Drittel der Mitglieder, da sich die Hauptversammlung sogar ganz ihrer diesbezüglichen Wahlkompetenz begeben kann³⁴⁵. Auch in diesem Falle läge die letztendliche Kompetenz bei der Hauptversammlung, indem sie einerseits ihre Zustimmung ver-

³⁴¹ Vgl. S. 91.

³⁴² So in etwa auch *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 502.

³⁴³ Vgl. auch *Reichert*, Rdn. 742.

³⁴⁴ Vgl. *KölnK/Mertens*, Vorb. § 76, Rdn. 11.

³⁴⁵ Ähnlich *GroßKzAktG/Meyer-Landrut*, 3.A., § 101, Anm. 1; anders wohl die *h.M.*, vgl. *Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 101, Rdn. 15; *KölnK/Mertens*, § 101, Rdn. 17.

weigern und andererseits aufgrund ihrer Kompetenz-Kompetenz die entsprechende statutarische Regelung jederzeit beseitigen könnte. Wichtig ist hierbei aber zu verdeutlichen, dass die Bestimmung durch den Dritten nicht die Ernennung des designierten Aufsichtsratsmitglieds bedeutet, sondern diese ausschließlich durch die Zustimmung der Hauptversammlung erfolgt. Neueintretende Aktionäre sind durch die statutarische Verlautbarung des Zustimmungsvorbehalts in der Satzung ausreichend geschützt.

Bleibt die Frage nach der Zulässigkeit von Vorschlags- und Präsentationsrechten, bei denen die eigentliche Ernennung wiederum der Hauptversammlung verbleibt. Bei dieser Fallgruppe setzt der verbindliche Wahlvorschlag des Montan-MitbestG gem. §§ 101 I S.3 AktG, 6, 8 Montan-MitbestG an. Hierbei existiert kein Ablehnungsrecht der Hauptversammlung, auch nicht, wenn sie den vorgeschlagenen Kandidaten für ungeeignet hält, solange die gesetzlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen vorliegen³⁴⁶. Weicht etwa die Hauptversammlung in diesem Fall von einem wirksamen Vorschlag ab, ist die Wahl gem. § 250 I Nr. 2 AktG nichtig. Der Unterschied zu einem Entsendungsrecht ist daher nur rechtstechnischer, nicht inhaltlicher Natur. Die Wahl durch die Hauptversammlung hat im Grunde genommen nur formalen Charakter, dient eher der Identifizierung derselben mit den Belegschaftsvertretern. Von diesem Sonderfall abgesehen, besteht hinsichtlich der Zulässigkeit weiterer Rechte Uneinigkeit. Die Literatur spricht zunächst ein verbindliches Präsentationsrecht an, das sie aber ablehnt³⁴⁷. Zwar führt sie keine genaue Begründung an, doch ergibt sich diese aus dem eindeutigen Wortlaut des § 101 I S.3 AktG i.V.m. § 23 V AktG, wonach die Hauptversammlung nicht an Wahlvorschläge gebunden ist. Ein Wahlvorschlag eines Fakultativorgans oder eines Dritten i.S.v. §§ 101 I S.3 AktG, 6, 8 des Montan-MitbestG scheidet somit aus, nicht aber die schwächere Variante eines unverbindlichen Präsentationsrechts. Die Besonderheit jenes Wahlvorschlags ist, dass die Hauptversammlung, solange die gesetzlichen Wahlvoraussetzungen vorliegen, auch wenn sie den Kandidaten für ungeeignet hält, an den Wahlvorschlag gebunden ist. Weicht sie davon ab, ist die Wahl gem. § 250 I Nr. 2 AktG nichtig. Aber auch wenn der Wahlvorschlag seinerseits unwirksam ist, wäre ein trotzdem gefasster Wahlbeschluss der Hauptversammlung nichtig, da eine nicht ordnungsgemäß vorgeschlagene Person

³⁴⁶ Vgl. hierzu *GroßKzAktG/Oetker*, AktG MitbestG, Montan-MitbestG § 6, Rdn. 12.

³⁴⁷ *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 101, Rdn. 19; *Hüffer*, § 124, Rdn. 8; *KölnK/Mertens*, § 101, Rdn. 17; unklar: *GroßKzAktG/Meyer-Landrut*, 3.A., § 100, Anm. 8.

gewählt wurde³⁴⁸. Diese allseits wirkende Einschränkung ist dann die eigentliche, wirkliche Beschneidung der Hauptversammlungskompetenz. Insofern besteht auch kein Widerspruch, wenn einerseits die Zulässigkeit eines Zustimmungsvorbehalts für ein Fakultativorgan bzw. einen Dritten befürwortet und andererseits ein analog §§ 6, 8 Montan-MitbestG wirkendes Wahlvorschlagsrecht abgelehnt wird. Dort behält nämlich die Hauptversammlung ihre letztendliche Wahlkompetenz und -freiheit, so dass, falls sachliche Bedenken gegen den Kandidaten vorliegen, sie einerseits die Zustimmung des Fakultativorgans bzw. des Dritten überstimmen und andererseits die Kompetenzen des Fakultativorgans bzw. des Dritten aufgrund ihrer Kompetenzkompetenz sogar ganz abschaffen kann. Diese Art von Rückversicherung oder Rückfallkompetenz besteht bei dem Wahlvorschlag nach §§ 6, 8 Montan-MitbestG nicht. Wenn indes diese Verbindlichkeit nun „gestrichen“ würde und der Hauptversammlung ihre letztendliche Wahlkompetenz verbliebe, könnte die Satzung insofern eine statutarische Präsentationskompetenz eines Fakultativorgans bzw. eines Dritten vorsehen, als die Hauptversammlung bei Vorliegen der gesetzlichen und statutarischen Wahlvoraussetzungen gebunden wäre. Dass diese Gebundenheit bei Fehlen der sachlichen oder kompetenziellen Voraussetzungen des Vorgeschlagenen nicht greift, ergibt sich schon aus der Tatsache, dass die Auswahl des Vorschlagsberechtigten aufgrund seiner Organstellung wegen eines Treueverstosses nichtig wäre. Im Übrigen gilt auch hier, dass die Hauptversammlung freiwillig ihre Kompetenz zurückfährt. Um aber zukünftige Aktionäre oder den „Kapitalmarkt“ entsprechend zu schützen und zu informieren, wäre die statutarische Verlautbarung und in Analogie zu § 101 II S.4 AktG eine Begrenzung auf ein Drittel der zu bestellenden Aufsichtsratsmitglieder erforderlich. Eine derartige Kompetenz entspräche der Satzungsstrenge, da insoweit der Grundgedanke des § 101 I AktG - die Wahlfreiheit der Hauptversammlung - unberührt bliebe. Hierfür spricht auch ein Vergleich mit der Möglichkeit eines Entsendungsrechts. Wenn die Hauptversammlung ihre Wahlkompetenz zu einem Drittel hinsichtlich der zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder vollständig aufgeben kann, ist es nicht nachvollziehbar, warum die schwächere Variante - eines Präsentationsrechts mit Ablehnungsmöglichkeit - ausgeschlossen sein soll³⁴⁹. Dass dieser Ansatz der herrschenden Meinung hierzu entgegensteht, ist offensichtlich, relativiert sich jedoch, wenn man ihr unterstellt, dass sie bei Einräumung einer derartigen Kompetenz an einen Dritten diesen als ungebundenen Außenstehenden, nicht - wie hier - als Fakul-

³⁴⁸. *GroßKzAktG/Oetker*, AktG MitbestG, Montan-MitbestG § 6, Rdn. 12.

tativorgan betrachtet. Wenn sichergestellt wäre, dass das präsentationsberechtigte Fakultativorgan bzw. der Dritte nicht seinerseits vom Vorstand abhängig wäre, bestünden keine Bedenken gegen die statutarische Begründung eines derartigen Rechts. Zum Vorschlagsrecht ist anzumerken: im Anschluss an eine Entscheidung des *BayObLG* aus dem Jahre 1921³⁵⁰ plädierte schon *Crüger* für die Zulässigkeit eines unverbindlichen Vorschlagsrechts eines Fakultativorgans oder eines Dritten (in Gestalt einer staatlichen Behörde)³⁵¹. Eine etwaige gesetzliche Regelung dazu gab es nicht. Erstmals durch das Aktiengesetz von 1965 wurde der heutige § 124 III S.1 AktG eingeführt, der u.a. vorsieht, dass bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern nur der Aufsichtsrat berechtigt und verpflichtet ist, Wahlvorschläge zu machen. Der insofern eindeutige Wortlaut („... nur der Aufsichtsrat ...“) i.V.m. § 23 V AktG könnte gegen eine statutarische Einführung weiterer Vorschlagsrechte sprechen. So erhebt etwa *Mertens* Bedenken gegen ein derartiges Recht, da es faktisch geeignet sei, die Auswahlfreiheit der Hauptversammlung einzuschränken³⁵². Nach *Godin/Wilhelmi* könne aber „unter Wahrung völliger Freiheit der Hauptversammlung“ in der Form, dass diese statt des Vorgeschlagenen auch einen anderen wählen könne, einem Dritten statutarisch ein Vorschlagsrecht eingeräumt werden³⁵³. Die Zulässigkeit zu bejahen hieße zunächst, den eindeutigen Wortlaut des § 124 III S.1 AktG zu „überwinden“. Da § 124 III S.1 AktG förmlich keine ausdrückliche Ermächtigung dazu vorsieht (§ 23 V S.1 AktG), kommt es auf eine etwaige Ergänzungsmöglichkeit an, vorausgesetzt, es läge keine abschließende Regelung vor (§ 23 V S.2 AktG). Die Regelung ist allerdings insoweit abschließend, als im Gegensatz zu den sonstigen Gegenständen der Tagesordnung nur der Aufsichtsrat - nicht der Vorstand - der Hauptversammlung Vorschläge unterbreiten soll. Sinn der Vorschlagspflicht gem. § 124 AktG ist es, der Hauptversammlung neben der Bekanntmachung der Tagesordnung eine zusätzliche Informationsquelle zu eröffnen, was eigentlich hinter den jeweiligen Tagesordnungspunkten steht³⁵⁴. Wenn nun bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern nur der Aufsichtsrat dazu berechtigt und verpflichtet ist, resultiert dies aus seiner Aufgabe, den Vorstand zu überwachen. Es soll verhindert werden, dass der Vorstand diese Wahlen beeinflusst und etwa ihm wohlgesonnene Kandidaten vor-

³⁴⁹. Ähnlich *GroßKzAktG/Meyer-Landrut*, 3.A., § 100, Anm. 8.

³⁵⁰. Vgl. etwa *KölnK Mertens*, § 101, Rdn. 17.

³⁵¹. *Crüger*, Anmerkung zu *BayObLG*, JW 1921, S. 580.

³⁵². *KölnK/Mertens*, § 101, Rdn. 17.

³⁵³. *Godin/Wilhelmi*, § 101, Anm. 2.

³⁵⁴. Vgl. *GroßKzAktG/Werner*, § 124, Rdn. 66.

schlägt³⁵⁵. Mit anderen Worten: die Regelung soll einerseits den einzelnen Aktionär in die Lage versetzen, sich über den bevorstehenden Inhalt der Hauptversammlung zu informieren und, andererseits den Vorstand hindern, Einfluss auf seine Kontrolleure zu nehmen. Dies berücksichtigend, spricht nichts dagegen, weitere Vorschlagsberechtigte zuzulassen, auch in Form eines vermeintlich außenstehenden Dritten. Alternative Wahlvorschläge erweitern die Auswahl und erhöhen den eigentlichen Sinn von Wahlen. Ein Eingriff in die zwingende Kompetenzzuweisung erfolgt dabei auch nicht, da weitere Vorschlagsrechte nur ergänzend neben dem Recht des Aufsichtsrats stünden. Dies entspricht auch dem eigentlichen Grundgedanken des § 124 III AktG, der ja bis auf die Wahl der entsprechenden Vorstandskontrolleure (Aufsichtsrat und Abschlussprüfer) immer zwei Wahlvorschläge (des Vorstands und des Aufsichtsrats), die in der Praxis gleichwohl häufig identisch sind³⁵⁶, fordert. Wenn sichergestellt wäre, dass das vorschlagsberechtigte Fakultativorgan bzw. der Dritte nicht seinerseits vom Vorstand abhängig wäre, bestünden daher keine Bedenken gegen die statutari-sche Begründung weiterer Vorschlagsrechte.

Eine weitere, oft übersehene Möglichkeit, Einfluss auf die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zu gewinnen, besteht bei dem Entsendungsrecht nach § 101 II AktG. Dass nur ein Aktionär entsendungsberechtigt sein kann, wurde schon dargestellt³⁵⁷. Gleichwohl verbleibt die Möglichkeit, das Entsendungsrecht inhaltlich derart zu be-schränken, dass etwa die Auswahl des zu Entsendenden an die Zustimmung eines Organs oder sogar eines Dritten gebunden wird. So gestattet *Mertens* eine derartige Bindung an die Zustimmung der Hauptversammlung und des Aufsichtsrats, wenn-gleich nicht an die des Vorstands³⁵⁸. Letzteres versteht sich von selbst, soll doch der Aufsichtsrat diesen kontrollieren³⁵⁹. Ob ein Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten des Aufsichtsrats als eine Art der Kooptation zulässig ist, kann aber offen gelassen wer-den, da der Aufsichtsrat kein Dritter in dem hier definierten Sinne ist. Nach *Gebler* soll jedoch ein Vorbehalt zu Gunsten der Hauptversammlung unzulässig sein, da eine derartige Bindung dem Sinn und Zweck des Entsendungsrechts widerspräche, die Bestellung des Entsendeten unabhängig von der Hauptversammlung durchführen zu können³⁶⁰.

³⁵⁵ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs bei *Kropff*, S. 174.

³⁵⁶ Vgl. *GroßKzAktG/Werner*, § 124, Rdn. 72.

³⁵⁷ Vgl. S. 94.

³⁵⁸ *KölnK/Mertens*, § 101, Rdn. 46.

³⁵⁹ So auch *Gebler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 101, Rdn. 86; *Godin/Wilhelmi*, § 101, Anm. 3; *GroßKzAktG/Meyer-Landrut*, 3.A., § 101, Anm. 9.

³⁶⁰ *Gebler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 101, Rdn. 86.

Steht es aber in deren Ermessen, überhaupt einem Aktionär ein solches Sonderrecht zu gewähren, so kann die Satzung es beliebig einschränken, wofür auch der Wortlaut des § 103 II S.2 AktG spricht. *Godin/Wilhelmi* sprechen sich daher für einen Zustimmungsvorbehalt eines Dritten aus, gleichwohl sie die rechtliche Qualität des Dritten nicht definieren³⁶¹. Deren Auffassung ist auch zu folgen, wenn der Dritte durch diese Kompetenzzuweisung zu einem Fakultativorgan wird, so dass sowohl der Hauptversammlung als auch einem Fakultativorgan ein Zustimmungsvorbehalt eingeräumt werden kann³⁶². Bei letzterem muss allerdings gewährleistet sein, dass es nicht vom Vorstand oder Aufsichtsrat kompetenziell und personell abhängig ist. Auch die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats wäre dadurch geschützt, dass die Entsendung eines Aufsichtsratsmitglieds, das die statutarischen oder gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, nichtig wäre. Das umständliche gerichtliche Abberufungsverfahren nach § 103 III AktG wäre nicht erforderlich, da bei Fehlen der satzungsmäßigen Voraussetzungen das Entsendungsrecht gleichfalls erlischt³⁶³.

Wenn schon umstritten ist, ob ein Zustimmungsvorbehalt bei der Abberufung der von der Hauptversammlung gewählten Aufsichtsratsmitglieder bestehen kann, gleichwohl § 103 I S.3 AktG ausdrücklich die Begründung „weiterer Erfordernisse“ vorsieht, kann es nicht verwundern, dass dasselbe Problem bei der Abberufung von entsandten Mitgliedern auftaucht³⁶⁴. Darüber hinaus ist fraglich, ob statutarisch sogar die Abberufungskompetenz hinsichtlich entsandter Aufsichtsratsmitglieder einem anderen Organ oder einem Dritten zuweisbar ist. Auch hier gilt als Ausgangspunkt: steht es im Ermessen der Hauptversammlung, überhaupt einem Aktionär ein Entsendungsrecht zu gewähren, so kann sie es auch statutarisch beliebig einschränken. Rechtstechnisch könnte man dem Wortlaut des § 103 II S.2 AktG nach die Zustimmung eines Organs oder eines Dritten als „in der Satzung bestimmte Voraussetzungen des Entsendungsrechts“ einordnen, so dass bei deren Wegfall die Hauptversammlung das entsandte Mitglied mit einfacher Stimmenmehrheit abberufen könnte. Der Entsendungsberechtigte kann - gleichwohl - jederzeit das entsandte Aufsichtsratsmitglied abberufen und durch ein neues ersetzen, § 103 II S.1 AktG. Einigkeit besteht nun, dass die Satzung zu Gunsten der Hauptversammlung zunächst ein er-

³⁶¹ *Ebd.*

³⁶² Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 136 ff.

³⁶³ So auch *Gefler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 103, Rdn. 24; a.M. *KölnK/Mertens*, § 101, Rdn. 51, der eine gerichtliche Abberufung verlangt.

³⁶⁴ Vgl. S. 94.

weiteres Abberufungsrecht vorsehen kann³⁶⁵. *Mertens* geht gar soweit, der Hauptversammlung neben dem Entsendungsberechtigten einzuräumen, jederzeit mit einfacher Mehrheit den Entsandten abzurufen³⁶⁶. *Gebler* lehnt dies allerdings ab, da die Abberufungsmöglichkeiten in § 103 AktG abschließend seien, um dem Entsendungsberechtigten die ungestörte Ausübung seines Entsendungsrechts zu gewährleisten. Die Hauptversammlung solle das entsandte Mitglied nur entfernen können, wenn die satzungsmäßigen Voraussetzungen weggefallen seien³⁶⁷. Im Ergebnis gleichen sich aber *Mertens* und *Gebler*, und zwar aus dem oben angesprochenen Grund. Wenngleich nur nach *Mertens* ausdrücklich eine Abberufungskompetenz der Hauptversammlung begründet werden kann, ist auch nach *Gebler* eine mittelbare Kompetenz dazu möglich - die Satzung müsste nur nach obiger Rechtstechnik die (anhaltende) Zustimmung der Hauptversammlung als satzungsmäßige Voraussetzung vorsehen, bei deren Wegfall dann die Abberufungskompetenz nach § 103 II S.2 AktG bestünde. Ob die Hauptversammlung sich nun selbst diese Kompetenz oder statutarisch einem anderen Fakultativorgan vorbehält, jedoch nicht dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat selbst, oder einem Dritten zuweist, macht keinen Unterschied; zumal die Hauptversammlung infolge ihrer Kompetenz-Kompetenz hierarchisch oberhalb des somit statutarisch Berechtigten steht, sie zumindest mit einer ¾-Mehrheit die getroffene Entscheidung revidieren kann und der Dritte - nach der hier vertretenen Auffassung - durch die Kompetenzzuweisung zu einem Organ wird.

Im Ergebnis können die Aktionäre also einem Fakultativorgan die Zustimmung bei der Abberufung entsandter Aufsichtsratsmitglieder vorbehalten oder diesem sogar die Abberufungskompetenz neben dem Entsendungsberechtigten einräumen. Ob dies auch für einen Dritten möglich ist, bleibt - soweit ersichtlich - in der Literatur offen.

cc. Fakultativorgane

Nicht die Möglichkeit zur Errichtung von Fakultativorganen, sondern deren kompetenzielle Ausstattung erweist sich bei der *Aktiengesellschaft* als problematisch. Als zulässige Ergänzung der Satzung i.S.v. § 23 V AktG können - dem Grunde nach wie bei der *GmbH* - die Aktionäre beliebig viele Fakultativorgane errichten. Eine Grenze hinsichtlich deren Kompetenzen besteht jedoch da, wo das AktG zwingend den gesetzlichen Organen Kompetenzen zugewiesen hat und keine ausdrückliche oder kon-

³⁶⁵. *Gebler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 103, Rdn. 24; *Godin/Wilhelmi*, § 103, Anm. 3; *KölnK/Mertens*, § 103, Rdn. 25; *MünchHdb. GesR IV/Hoffmann-Becking*, § 30, Rdn. 54.

³⁶⁶. *Mertens*, a.a.O.

kludente Abweichungsbefugnis davon besteht³⁶⁸. Fakultativorganen können daher bestenfalls zusätzliche Aufgaben eingeräumt werden, etwa indem sie die vorhandenen Organe beratend unterstützen oder deren Tätigkeit vorbereiten³⁶⁹. Die Satzung kann z.B. dem Aufsichtsrat keine Kontrollrechte entziehen und diese auf einen Beirat übertragen³⁷⁰. Auch kann sie einem Verwaltungsrat nicht Geschäftsführungsbefugnisse übertragen, da insofern ein Verstoß gegen die zwingende Eigenverantwortlichkeit des Vorstands gem. § 76 I AktG vorläge. Besteht in diesen Grenzen die Möglichkeit zur Schaffung weiterer Organe, so steht auch die konkrete Ausgestaltung der Bestellungs- und Abberufungskompetenz hinsichtlich deren Mitglieder frei. Insofern sind auch Entsendungs-, Vorschlags-, Präsentations- und Zustimmungsrechte zur Organbestellung denkbar und nach der hier vertretenen Ansicht auch möglich. Insofern gilt das zur *GmbH* Gesagte entsprechend³⁷¹.

b. Weisungsrechte

aa. Vorstand

Das Aktiengesetz von 1937 brachte bekanntlich eine tiefgreifende Veränderung der gesellschaftsinternen Aufteilung der Kompetenzen mit sich. Bis dahin war unumstritten die Generalversammlung das oberste Organ innerhalb der *Aktiengesellschaft*. So bestimmte Art. 224 I ADHGB 1870 (1. Aktienrechtsnovelle), dass die Rechte, welche den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere in Beziehung auf die Führung der Geschäfte zustehen, von der Gesamtheit der Aktionäre in der Generalversammlung ausgeübt werden. Nach allgemeiner Meinung war daher die Generalversammlung gegenüber dem Vorstand weisungsbefugt³⁷². Der Vorstand vertrat zwar gerichtlich und außergerichtlich die *Aktiengesellschaft* (Art. 227 I S.2 ADHGB 1870), doch blieb die gesellschaftsinterne Geschäftsführungsbefugnis statutarisch regelbar. Im damaligen Rechtsleben war dann häufig die Generalversammlung oder der Aufsichtsrat das eigentliche geschäftsführende Organ³⁷³. Die folgende 2. Aktienrechtsnovelle von 1884 führte kompetenzielle Veränderungen ein, doch wurde die vormalige Vorschrift des Art. 224 I ADHGB 1870 materiell in Art. 221 I ADHGB 1884 übernommen³⁷⁴. Auch 1887 erfolgte diesbezüglich keine mate-

³⁶¹ Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 103, Rdn. 28.

³⁶⁸ Vgl. GroßKzAktG/Röhrich, § 23, Rdn. 190, m.w.N.; a.M. KölnK/Mertens, Vorb. § 76, Rdn. 28.

³⁶⁹ Voormann, Beirat, § 2 III 1, S. 24.

³⁷⁰ So Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 111, Rdn. 94; a.M. LG Köln, AG 1976, S. 329, 330.

³⁷¹ Vgl. S. 63 ff.; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 111, Rdn. 94; Voormann, Beirat, § 14 Ia, S. 127.

³⁷² Vgl. nur Renaud, § 50, S. 459; ders., § 55, S. 498.

³⁷³ Vgl. Lehmann, AG, Bd. 2, § 73, S. 283.

³⁷⁴ Hierzu vgl. GroßKzAktG/Assmann, Einl., Rdn. 89 ff.

rielle Änderung (vgl. § 230 HGB 1887). Erst 1937 trat diese in der heutigen Weise ein. Nunmehr oblag dem Vorstand nach § 70 AktG 1937 die alleinige Verantwortung zur Geschäftsführung. Im Gegenzug wurde die bisher unbeschränkte Geschäftsführungskompetenz der Generalversammlung drastisch dadurch beschnitten, dass sie nur noch gem. § 103 II AktG 1937 dann entscheidungsbefugt war, wenn der Vorstand es verlangte. Auch dem Aufsichtsrat konnten die Aktionäre die Geschäftsführung nicht mehr einräumen (§ 95 V S.1 AktG 1937), obwohl die Satzung oder ein entsprechender Beschluss bestimmte Arten von Geschäften von dessen Zustimmung abhängig machen konnten, § 95 V S.2 AktG 1937. Nach der amtlichen Begründung sollte dieses Zustimmungserfordernis der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats dienen, nicht jedoch Teil der Geschäftsführung sein³⁷⁵. Der Aufsichtsrat wurde infolgedessen zu einem Kontrollorgan, während die Generalversammlung letztlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen wurde. Das Aktiengesetz von 1965 änderte daran nichts. Der Vorstand ist daher gem. § 76 AktG eigenverantwortlich, d.h. weisungsfrei tätig.

Wenn nun § 82 II AktG vorsieht, dass im Verhältnis zur Gesellschaft die Vorstandsmitglieder verpflichtet sind, die Beschränkungen einzuhalten, die die Satzung, der Aufsichtsrat, die Hauptversammlung und die Geschäftsordnung des Vorstands sowie des Aufsichtsrats für die Geschäftsführungsbefugnis getroffen haben, so können daher lediglich Konkretisierungen der Geschäftsführungsbefugnis vorgesehen werden³⁷⁶. Wie diese allerdings konkret auszusehen haben, ist indes schwierig zu formulieren; so wurden u.a. konkretisierende Satzungsbestimmungen, nach denen der Vorstand den Unternehmensgegenstand in bestimmter Weise zu verfolgen, seine Unternehmensführung an bestimmten weltanschaulich-politischen Vorgaben auszurichten hat oder bestimmte Aktivitäten nicht entfalten darf, statutarisch aufgenommen³⁷⁷. Ob derartige zulässig ist, mag zweifelhaft³⁷⁸, hier jedoch nicht entscheidungsrelevant sein; denn übereinstimmend dürfen derartige Einschränkungen einerseits die zwingende Leitungskompetenz des Vorstands nicht beschneiden und andererseits nur statutarisch oder im Rahmen der Geschäftsordnung, deren Aufstellung primär in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats fällt (§ 77 II AktG)³⁷⁹, geregelt werden. Eine Fallgestaltung, dass ein Fakultativorgan oder gar ein Dritter die Geschäftsordnung für den Vorstand erläßt, ist also aufgrund des zwingenden und eindeutigen Charakters des §

³⁷⁵. Klausning, S. 57. Vgl. zu der heutigen Rechtslage nur *KölnK/Mertens*, § 111, Rdn. 66, m.w.N.

82 II AktG nicht möglich³⁸⁰. Insofern scheidet auch eine von einem Dritten erlassene Geschäftsordnung aus, die im Ergebnis abstrakt-generelle Weisungen enthielte.

In diesem Zusammenhang bildet die Kompetenz des Aufsichtsrats gem. § 111 IV S.2 AktG eine Ausnahme, da Maßnahmen der Geschäftsführung dem Aufsichtsrat nach § 111 IV S.1 AktG nicht übertragen werden können; trotzdem kann die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit dessen Zustimmung vorzunehmen sind, § 111 IV S.2 AktG. Daraus aber zu folgern, dass deshalb auch der Aufsichtsrat seinen Anteil an der Geschäftsführung hat³⁸¹, geht zu weit, da Sinn und Zweck dieser Regelung die Sicherung der Kontrollfunktion des Aufsichtsrats ist. Eine effiziente Kontrolle ist nicht nur eine rückblickend beurteilende, sondern eine präventiv orientierte³⁸². Dieser Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten des Aufsichtsrats könnte aber eine „Einbruchstelle“ für ein vergleichbares Dritt-Recht sein. Fraglich ist daher, ob die Satzung zumindest einen konkurrierenden Zustimmungsvorbehalt für ein Fakultativorgan oder einen Dritten vorsehen kann. Die Kompetenz des Aufsichtsrats wäre dadurch nicht beschnitten, da auch in jenem Falle die Vetowirkung seines Zustimmungsvorbehalts bestehen bliebe. Insofern wiche man nicht von der gesetzlichen Kompetenzverteilung ab. Hinzu kommt Folgendes: verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, kann der Vorstand verlangen, dass die Hauptversammlung stattdessen über die Zustimmungserteilung beschließt, die verweigte Zustimmung also ersetzt wird (§ 111 IV S.3 AktG). Hierfür ist allerdings eine qualifizierte Stimmenmehrheit erforderlich, § 111 IV S.4 AktG. Gem. § 111 IV S.5 AktG kann die Satzung weder eine andere Mehrheit noch weitere Erfordernisse bestimmen. Dem Wortlaut und der systematischen Stellung nach bezieht sich dieser Satz aber auf den Hauptversammlungsbeschluss, weder kann die Satzung eine höhere oder niedrigere Stimmenmehrheit noch etwa einen Zustimmungsvorbehalt bezüglich des Hauptversammlungsbeschlusses zu Gunsten eines anderen Organs normieren. Dies schließt indessen einen weiteren Zustimmungsvorbehalt eines zusätzlichen Kontrollorgans nicht aus. Die verweigte Zustimmung jenes Organs wäre durch das vorhandene Ersetzungsverfahren ersetzbar. Die bisherige gesetzliche Präventivkontrolle würde nicht nur unberührt bleiben, sondern auch ihrem Grundgedanken nach

³⁷⁶ KölnK/Mertens, § 82, Rdn. 11.

³⁷⁷ Hüffer, § 82, Rdn. 8 ff.

³⁷⁸ Hierzu vgl. Hüffer, a.a.O.

³⁷⁹ KölnK/Mertens, § 77, Rdn. 43, m.w.N.; aber GroßKzAktG/Meyer-Landrut, 3.A., § 77, Anm. 7.

³⁸⁰ Näheres zum Regelungsumfang KölnK/Mertens, § 77, Rdn. 39; vgl. Beuthien, ZfgG, 1975, S. 180, 189.

³⁸¹ So aber Mielke, S. 33; vgl. auch MünchHdb. GesR IV/Hoffmann-Becking, § 29, Rdn. 37.

³⁸² Vgl. Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 111, Rdn. 62; KölnK/Mertens, § 111, Rdn. 66.

fortgeführt werden. Entscheidend für die Zulässigkeit ist, dass das Vetorecht des Aufsichtsrats in keiner Weise geschwächt, seine Stellung als eigentliches Kontrollorgan nicht angetastet wird. Auch erfolgt dadurch keine weitere Beschneidung der Geschäftsführungsfunktion des Vorstands, da es für diesen keinen Unterschied bedeutet, ob nur der Aufsichtsrat, der Aufsichtsrat und das betreffende Fakultativorgan oder nur das Fakultativorgan seine Zustimmung verweigert. In dem zweiten Fall besteht überhaupt kein Unterschied, während es im ersten und dritten Fall für den Vorstand unerheblich ist, welches Organ die Zustimmung verweigert. In beiden Fällen wäre das Ersetzungsverfahren erforderlich und identisch.

Im Ergebnis kann die Satzung also weitere Zustimmungsvorbehalte zu Gunsten anderer Fakultativorgane statuieren, die ausschließlich mit Dritten besetzbar sind³⁸³. Wichtig ist jedoch, dass diese Rechte nicht Teil einer Geschäftsführungskompetenz, sondern einer zusätzlichen präventiven Überwachungskompetenz sind. Daher gilt: Weisungs- oder vergleichbare Rechte eines anderen Organs oder eines Dritten sind nicht möglich.

bb. Aufsichtsrat

Derartige Rechte schließen sich - wie bereits ausgeführt - aufgrund der Kontrollfunktion aus³⁸⁴. Dies gilt auch im Rahmen des § 111 IV S.2 AktG, da jene Kompetenz Teil der Präventivkontrolle ist³⁸⁵. Auch die Mitglieder des Aufsichtsrats sind an keinerlei Weisungen gebunden, sondern verpflichtet, eigenständig und eigenverantwortlich zu handeln, § 111 V AktG³⁸⁶. Weisungsrechte oder vergleichbare Rechte Dritter wären damit unvereinbar.

cc. Fakultativorgane

Besteht in bescheidenen Grenzen die Möglichkeit zur Schaffung weiterer Organe, so ist auch die konkrete Ausgestaltung der Rechte und Pflichten des Organs und seiner Mitglieder statutarisch frei gestaltbar³⁸⁷. Nun ist auch hier auf die Funktion des Fakultativorgans zu achten; wird ein Beirat mit zusätzlichen Kontrollfunktionen geschaffen, etwa mit dem eben angesprochenen Zustimmungsvorbehalt, ergibt sich hieraus dessen Unabhängigkeit sowie die seiner Mitglieder. Weisungen machen inso-

³⁸³ A.M. Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), S. 483, 505; KölnK/Mertens, § 111, Rdn. 64.

³⁸⁴ Vgl. S. 70 ff.

³⁸⁵ Vgl. S. 105 ff.

³⁸⁶ Statt aller: Lutter/Krieger, Rdn. 692, m.w.N.; im übrigen vgl. S. 70 ff. zur GmbH.

³⁸⁷ Vgl. die obigen Ausführungen, S. 103 ff.; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 111, Rdn. 94; Voormann, Beirat, § 14 1a, S. 127.

fern keinen Sinn. Soweit es hingegen sinnvoll ist und der Grundsatz der Satzungsstrenge dem nicht entgegensteht, kann die Satzung bei entsprechender organschaftlicher Einbindung einem Dritten insofern ein Weisungsrecht gegenüber einem Fakultativorgan und dessen Mitgliedern einräumen; dasselbe gilt für vergleichbare, schwächere Rechte.

VI. Genossenschaft

1. Einfluss auf Satzungsautonomie

Auch bei der *Genossenschaft* stellt sich die Frage, ob das Statut einem Dritten ein eigenes, unmittelbares Recht zur Satzungsänderung oder ein entsprechendes Zustimmungsrecht einräumen kann. Die Diskussion ähnelt der bei den schon angesprochenen Verbänden. Doch steht - wie bei der *Aktiengesellschaft* - das rechtstechnische Argument der Satzungsstrenge im Vordergrund (§ 18 S. 2 GenG); insofern ist auch hier fraglich, ob die Vorschriften über die Satzungsänderung abschließend oder ergänzungsfähig sind. Auch bei der *Genossenschaft* kann das Statut nur insoweit die Binnenstruktur eigenständig regeln, als die normativen Bestimmungen selbst keine Regelungen enthalten oder eine davon abweichende statutarische Regelung ausdrücklich zulassen³⁸⁸. Wegen der diesbezüglichen Ähnlichkeit zur *Aktiengesellschaft* verläuft die Diskussion bei der *Genossenschaft* entsprechend. Auch hier wird einhellig vom Primat der Generalversammlung ausgegangen, so dass kein anderes (fakultatives) Organ eine eigene Kompetenz zu Satzungsänderungen innehaben kann. Begründet wird die zwingende Zuständigkeit der Generalversammlung sowohl mit dem Wortlaut des § 16 GenG als auch mit der Satzungsstrenge, § 18 S.2 GenG³⁸⁹.

Ebenfalls wie bei der *Aktiengesellschaft* stellt sich aufgrund des Wortlauts von § 16 II S.2, IV GenG die Frage, ob sich unter den Begriffen „weitere Erfordernisse“ (§ 16 II S.2 GenG) sowie „andere Erfordernisse“ (§ 16 IV GenG) ein Zustimmungsvorbehalt eines Dritten subsumieren lässt³⁹⁰. Der Wortlaut des § 16 I, II S.2, IV GenG schließt grammatikalisch jedenfalls eine derartige Zustimmung eines Dritten nicht aus³⁹¹.

³⁸⁸ Vgl. Beuthien, § 18, Rdn. 2; Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, § 18, Rdn. 3; Müller, § 18, Rdn. 1.

³⁸⁹ Beuthien, § 16, Rdn. 3; Beuthien/Gütsch, ZHR 156 (1992), S. 459, 478; dies., ZHR 157 (1993), S. 483, 507; Hettrich/Pöhlmann, § 16, Rdn. 2; Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, § 16, Rdn. 1; Müller, § 16, Rdn. 14; Reul, § 6 C 4, S. 144.

³⁹⁰ So Priester, FS für Priester (1984), S. 657, 663; Reul, § 6 C I 5, S. 145.

³⁹¹ Das GenG wurde erstmals am 1.5.1889 (RGBl. 1889, S. 55) bekannt gemacht. Der heutige Abs. I des § 16 GenG entspricht unverändert dem damaligen Abs. I des § 16 GenG 1889. Der damalige II. Abs. des § 16 GenG 1889 lautete: „Zu einer Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens sowie zur Erhöhung des Geschäftsanteils bedarf es einer Mehrheit von drei Vierteln der erschienenen Genossen. Das Statut kann noch andere Erfordernisse aufstellen. Zu sonstigen Änderungen des Statuts

Die genossenschaftliche Literatur über diese Problematik ist uneins. Die zu diesem Problem spärlich vorhandene Rechtsprechung basiert auf einem Urteil des *OLG Dresden* aus dem Jahre 1916³⁹². Das Gericht lehnte einen Zustimmungsvorbehalt eines Dritten (hier einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft) ab, da die Eigenschaft der Satzungsänderung als eine innere Angelegenheit von selbst ergebe, dass jede Beteiligung Dritter dabei ausgeschlossen sei. Sinngemäß führte es aus, dass der Wortlaut des § 16 II GenG 1889 nur die näheren Einzelheiten der an den Beschluss zu stellenden Anforderungen anordnet. Danach bedürfe es zu Änderungen des Statuts einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der erschienenen Genossen, sofern nicht das Statut „andere Erfordernisse“ aufstelle. Diese „anderen Erfordernisse“ bezögen sich jedoch nur auf die erforderliche Beschlussmehrheit.

Eine *kammergerichtliche* Entscheidung zur *Aktiengesellschaft* aus dem Jahre 1921 streifte diese Problematik für die *Genossenschaft*³⁹³. Das Urteil führte das Wortlautargument „nur durch die Generalversammlung“ (§§ 274 I HGB 1897, 16 I GenG 1889) an, um die Unzulässigkeit von Dritt-Zustimmungsrechten als allgemeines gesellschaftsrechtliches Prinzip zu untermauern.

In der aktuellen genossenschaftlichen *Literatur* wird ebenfalls überwiegend ein Zustimmungrecht zu Gunsten eines Dritten abgelehnt³⁹⁴. Dagegen hält es eine Mindermeinung für zulässig. Ein Verstoß gegen die Satzungsstrenge liege nicht vor, da § 16 II S.2, III S.3, IV GenG es zuließe, dass das Statut eine Satzungsänderung von „weiteren/anderen“ Erfordernissen abhängig mache³⁹⁵. Insbesondere sei die genossenschaftliche Selbstorganschaft nicht betroffen, da diese nur für Vorstand und Aufsichtsrat, nicht jedoch für sonstige fakultative Genossenschaftsorgane gelte. Ein Verstoß gegen die genossenschaftliche Förderpflicht scheidet aus, da der Dritte durch das eingeräumte Recht die Stellung eines fakultativen Organs erlange und somit zur gesellschaftsrechtlichen Treue verpflichtet sei, die die Pflicht zur Wahrung des genossenschaftlichen Förderprinzips beinhalte³⁹⁶. Nach der hier vertretenen Ansicht ist ein Zustimmungrecht zulässig, sofern der Dritte organschaftlich eingebunden ist³⁹⁷.

bedarf es einer Mehrheit von drei Vierteln der erschienenen Genossen, sofern nicht das Statut andere Erfordernisse aufstellt.“

³⁹² *OLG Dresden*, RJA 15, S. 205.

³⁹³ *KG*, OLGE 42, S. 225.

³⁹⁴ *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, § 16, Rdn. 1; *Müller*, § 16, Rdn. 14.

³⁹⁵ *Reul*, § 6 C I 5, S. 146.

³⁹⁶ *Beuthien*, § 16, Rdn. 4; *ders.*, § 8, Rdn. 6; *Beuthien/Gätsch*, ZHR 156 (1992), S. 459, 478; *dies.*, ZHR 157 (1993), S. 483, 507; *Reul*, § 6 C I 5, S. 146, 147.

³⁹⁷ *Vgl.* S. 136 ff.

2. Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie

a. Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern

aa. Vorstand

Auch bei der *Genossenschaft* stellt sich die Frage, ob und wie Dritte Vorstandsmitglieder, Aufsichtsratsmitglieder oder Mitglieder eines Fakultativorgans bestellen sowie abberufen oder sonstwie Einfluss auf deren Bestellung und Abberufung gewinnen können.

Zunächst besteht weitgehende Einigkeit, dass das Statut einem Genossen ein Sonderrecht i.S.d. § 35 BGB zur Bestellung und Abberufung des Vorstands einräumen, auch, dass einem Dritten ein derartiges Recht nicht zustehen kann³⁹⁸. Gemäß § 24 II GenG wählt im gesetzlichen Normalfall die General- oder Vertreterversammlung den Vorstand (§ 43a GenG)³⁹⁹. Doch kann das Statut zumindest hinsichtlich der Vorstandsbestellung eine andere Bestellungsart gem. § 24 II S. 2 GenG vorsehen. So wird neben der Möglichkeit, dass der Aufsichtsrat oder ein sonstiges Organ hierfür zuständig ist⁴⁰⁰, auch die Bestellung im Wege der Kooptation für zulässig erachtet⁴⁰¹.

Ferner hält die ganz herrschende genossenschaftliche Literatur die Bestellung durch einen Dritten für zulässig, obwohl es - in der Regel - an einer dogmatischen Begründung fehlt⁴⁰². Insofern unterscheidet sie nicht zwischen einem Bestellungsrecht im Sinne eines Gläubigerrechts und im Sinne eines Organrechts. Lediglich *Beuthien/Gätsch* und *Reul* behandeln diese Problematik insofern, als sie das Drittrecht als Organrecht und den Dritten als Fakultativorgan qualifizieren und reduzieren das vorliegende Problem auf die Frage, ob Dritte Mitglieder fakultativer Organe werden können⁴⁰³. Deren Sichtweise ist dem Grunde nach zu folgen, da die auch hier vertretene Position organschaftlich wirkende formell-statutarische Drittrechte für unzulässig hält und sie als Organrechte (um-)qualifiziert⁴⁰⁴. Diese Auffassung muss sich indes die Frage stellen lassen, inwieweit die genossenschaftliche Selbstorganschaft (§

³⁹⁸. *Baums*, FS für OLG Oldenburg (1989), S. 671, 676; *Beuthien*, § 18, Rdn. 21 ff., m.w.N.; *ders.*, § 43, Rdn. 27; *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, § 18, Rdn. 24 ff.; *Paulick*, S. 192; *Reul*, § 6 C I 1d, S. 137; *ders.*, § 6 C II 3, S. 160 ff.; *Weber*, S. 96 ff.; a.M. aber *Müller*, § 18, Rdn. 40 ff.

³⁹⁹. Gem. §§ 31 MitbestG, 84 AktG ist der Aufsichtsrat zwingend für Bestellung und Abberufung des Vorstands zuständig, vgl. auch folgenden Ausführungen auf S. 113 ff.

⁴⁰⁰. Vgl. *Voormann*, ZfG 1984, S. 237, 249.

⁴⁰¹. *Müller*, § 24, Rdn. 27, m.w.N.

⁴⁰². *Baums*, FS für OLG Oldenburg (1989), S. 671, 676; *Beuthien*, § 24, Rdn. 10; *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 506; *Hettrich/Gräser*, § 24, Rdn. 7; *Land/Weidmüller/Lutz/Schaffland*, § 24, Rdn. 32; *Krakenberger*, § 24, Anm. 5; *Müller*, § 24, Rdn. 27; *Paristius/Crüger*, § 24, Anm. 13; *Schubert/Steder*, 3010 § 24, Rdn. 8; a.M. *Neumann*, § 6, S. 69.

⁴⁰³. *Beuthien/Gätsch*, a.a.O.; *Reul*, § 6 C I 3, S. 130 ff.

⁴⁰⁴. Vgl. S. 136 ff.

9 II S.2 GenG) beim Einräumen der so entstehenden Organrechte an Dritte zu beachten ist⁴⁰⁵.

Zunächst jedoch zur herrschenden Meinung: während sie sich grundsätzlich über die Zulässigkeit einer Dritt-Bestellungskompetenz einig ist, herrscht Uneinigkeit über die Ausgestaltung der diesbezüglichen Widerrufskompetenz. Gemeinsamer Ausgangspunkt ist, dass wegen §§ 24 III S.2, 18 S.2 GenG der Widerruf jederzeit möglich sein müsse, dagegen dessen statutarische Abbedingung sowie die statutarische oder schuldrechtliche Normierung eines solchen wichtigen Grundes nicht möglich seien⁴⁰⁶.

Es ist jedoch umstritten, ob dem zur Bestellung berufenen Dritten - konkurrierend oder ausschließlich - die Widerrufskompetenz zustehen kann, da das Gesetz in § 24 III GenG offen lässt, welches Organ dafür zuständig ist bzw. sein muss. *Baums* lehnt eine Widerrufszuständigkeit des bestellenden Dritten ab. Über deren Ausübung habe ausschließlich die Generalversammlung zu entscheiden; eine endgültige Abberufung durch den Aufsichtsrat oder einen Dritten sei nicht möglich⁴⁰⁷. Der Aufsichtsrat könne lediglich gem. § 40 GenG nach seinem Ermessen Vorstandsmitglieder vorläufig, bis zu einer Entscheidung der unverzüglich zu berufenden Generalversammlung entheben. Könne der Aufsichtsrat oder ein Dritter auch über die Abberufung entscheiden, so wäre der Vorstand völlig vom Aufsichtsrat bzw. vom Dritten abhängig, da die Abberufung jederzeit möglich sei. Insofern könne es auch keine eigenverantwortliche Geschäftsführung der *Genossenschaft* durch den Vorstand i.S.d. § 27 I GenG geben⁴⁰⁸. Anders urteilen *Beuthien/Gätsch*: nur sofern statutarisch keine andere Abberufungszuständigkeit bestimmt sei, stehe der Generalversammlung diese Widerrufskompetenz zu. Jedoch folge nicht schon aus der Übertragung der Bestellungskompetenz auf einen Dritten, dass dieser auch für den Widerruf zuständig sei. Vielmehr bedürfe es dafür einer ausdrücklichen Kompetenzzuweisung. Die Generalversammlung behalte aber in allen Fällen die Möglichkeit zur Satzungsänderung⁴⁰⁹. Nach *Voormann* könne das Statut einem anderen Organ das ordentliche Widerrufsrecht zuweisen, das im Zweifel mit der Bestellungskompetenz einherginge. Zudem müsse jenes Organ auch aus wichtigem Grund neben der Generalversammlung zum

⁴⁰⁵ Vgl. hierzu auf S. 114 ff.; so auch *Beuthien/Gätsch*, a.a.O.

⁴⁰⁶ *Baums*, FS für OLG Oldenburg (1989), S. 671, 678; *Baums*, § 13 II 2a, S. 302, 305, m.w.N.; *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 508 (Fn. 104); *Land/Weidmüller/Lutz/Schaffland*, § 24, Rdn. 79, m.w.N.; *Reul*, § 6 C I 3g, S. 143; vgl. aber die Ausführungen im Rahmen des schuldrechtlichen Einflusses auf die Selbstverwaltung, S. 217.

⁴⁰⁷ *Baums*, § 13 II 2a, S. 305.

⁴⁰⁸ *Baums*, § 13 II 2a, S. 304; so auch die h.M.: *BAG*, NJW 1978, S. 723, 724; *BGHZ* 32, S. 114, 122; *RGZ* 115, S. 351, 356 ff.; 144, S. 384, 386 ff.; *Fritz*, S. 133 ff.; *Schubert/Steder*, 3010 § 24, Rdn. 11; *H. Westermann*, FS für Draheim (1971) S. 196, 209.

außerordentlichen Widerruf zuständig sein (konkurrierende Zuständigkeit)⁴¹⁰. Einen anderen Ansatz vertritt *Müller*: während er dem zur Bestellung zuständigen Organ auch die Abberufungskompetenz zuweist, ist die Generalversammlung zum jederzeitigen Widerruf der Organstellung zuständig, wobei dieser mit einer fristlosen Kündigung des der Organbestellung zugrunde liegenden Anstellungsverhältnisses einhergehen soll⁴¹¹. Unter Abberufung versteht *Müller* dabei die - nach Maßgabe der im Beststellungsakt festgelegten Regeln - vertragsgemäß erfolgte Kündigung des Anstellungsverhältnisses. Der Generalversammlung sei aber ohne Rücksicht auf die Regeln der Zuständigkeit für die Berufung und Abberufung des Vorstands die Möglichkeit zuzugestehen, jederzeit durch Widerruf die Organstellung eines Vorstandsmitglieds zu beenden, da kein Vorstandsmitglied gegen den Willen der Generalversammlung als oberstem Willensorgan amtieren könne⁴¹². Bleibt zunächst festzuhalten, dass nach der herrschenden Meinung der Widerruf ausschließlich der Generalversammlung obliegt.

Doch greifen deren Argumente nicht. Vielmehr kann richtigerweise das Statut auch dem bestellungsberechtigten Fakultativorgan und dem Dritten die (ausschließliche) Widerrufskompetenz zuweisen. Nach der herrschenden Meinung widerspricht dies indessen der Eigenverantwortlichkeit des Vorstands (§ 27 I GenG), der im Falle einer jederzeitigen Abberufung völlig von dem bestellungsberechtigten Fakultativorgan bzw. dem Dritten abhängig sei⁴¹³. Auf den ersten Blick ein zutreffendes Argument, da hierdurch sicherlich ein faktischer Druck auf den Vorstand besteht. Doch besteht der Druck auch dann, wenn die Generalversammlung zuständig wäre, da sie ebenfalls jederzeit - ohne sachliche Gründe angeben zu müssen - den Vorstand abberufen könnte. Auch insoweit besteht also eine faktische Abhängigkeit, die aber gerade gesetzlich durch die jederzeitige Widerruflichkeit vorgesehen ist. Wo der insofern rechtfertigende, sachliche Unterschied zu finden ist, ist nicht ersichtlich, da, solange der Vorstand jederzeit abberufen werden kann, dieser keine dem aktienrechtlichen Vorstand entsprechende „herrschaftliche“ Stellung erlangt. Denkbar wäre allerdings, dass die Generalversammlung aufgrund ihrer wechselnden Mehrheiten tatsächlich nicht so einfach in der Lage wäre, die Abberufung zu beschließen, insofern also eine höhere Unabhängigkeit des Vorstands bestünde, als wenn ein mehr- oder sogar nur

⁴⁰⁹ *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 508, 509; *Reul*, § 6 C I 3g, S. 143.

⁴¹⁰ *Voormann*, ZfG 1984, S. 237, 250, 251.

⁴¹¹ *Müller*, § 24, Rdn. 75.

⁴¹² *Müller*, § 24, Rdn. 65; kritisch hierzu *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 508; *Reul*, § 6 C I 3g, S. 143, m.w.N.

⁴¹³ Vgl. *Baums*, § 13 II 2a, S. 304, 305.

ein einköpfiges Fakultativorgan hierüber entscheidet, da dieses in der Regel „entscheidungsfreudiger“ ist. Gleichwohl dies tatsächlich zutreffen mag, betrifft es jedoch nur den tatsächlichen Entscheidungsprozess und nicht die rechtliche Stellung, die Eigenverantwortlichkeit des Vorstands. Richtigerweise kann das Statut daher einem Fakultativorgan sowie einem Dritten auch die (ausschließliche) Abberufungskompetenz zuweisen⁴¹⁴. Dies muss aber aus dem Statut hervorgehen, ansonsten besteht die gesetzliche Zuweisung an die Generalversammlung⁴¹⁵.

Es fragt sich aber hier, ob nicht trotz einer rechtstechnisch möglichen Umsetzung eine Einschränkung wegen der Selbstorganschaft zu machen ist. Die Vorstandsbestellung und -abberufung ist eine Geschäftsführungsmaßnahme, zumindest eine Grundlagenentscheidung. Man könnte nun daran denken, dass, da derartige geschäftsführende Maßnahmen eigentlich dem Vorstand zugewiesen sind, dieser aber gem. § 9 II S.1 GenG nur mit Genossen besetzbar ist, das Fakultativorgan auch nur mit Genossen besetzt sein darf. Da diese Frage ebenfalls bei Errichtung eines Fakultativorgans eine zentrale Rolle spielt, sei insofern auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen⁴¹⁶.

Nicht nur bei der mitbestimmungsfreien, sondern auch bei der mitbestimmten *Genossenschaft* stellt sich obige Frage. Während bei dem Aufsichtsrat nach §§ 76, 77 BetrVG 1952 weiterhin § 24 II GenG gilt und insofern auf das eben Ausgeführte zu verweisen ist, ist gem. §§ 30, 31 II MitbestG der Aufsichtsrat zur Vorstandsbestellung und -abberufung zwingend zuständig. Eine Zuständigkeitsverlagerung sowie entsprechende Drittrechte sind daher nicht möglich. Gemäß §§ 31 I MitbestG, 84 III AktG, die an die Stelle von §§ 24 III S.2, 40 GenG treten, kann zudem ein Widerruf nur aus wichtigem Grund erfolgen⁴¹⁷.

Zu den weniger gewichtigen Rechten (Veto-, Präsentationsrechte etc.) erfolgen keine Aussagen in der Literatur: wenn schon allerdings die Bestellung durch einen Dritten erfolgen kann, sind diese im Wege eines Erst-Recht-Schlusses nach der herrschenden Meinung wohl ebenfalls zulässig⁴¹⁸. Dies gilt auch nach der hier vertretenen Ansicht.

⁴¹⁴. So auch *Reul*, § 6 C I 3g, S. 143.

⁴¹⁵. Ähnlich *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 508, 509.

⁴¹⁶. Vgl. S. 114 ff.

⁴¹⁷. *Raiser*, MitbestG, § 31, Rdn. 32; vgl. auch *Baums*, FS für OLG Oldenburg (1989), S. 671.

⁴¹⁸. Vgl. auch *Baums*, FS für OLG Oldenburg (1989), S. 671, 672.

bb. Aufsichtsrat

Die Zuständigkeit der Generalversammlung gem. § 36 I, III GenG zur Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder ist zwingend. Das Statut kann daher weder einem anderen Organ noch einem Dritten oder einem Genossen als Sonderrecht i.S.d. § 35 BGB zuweisen⁴¹⁹. Ebenfalls sind aufgrund des zwingenden § 36 GenG Entsendungsrechte sowie deren entsprechenden Modifikationen unzulässig⁴²⁰. Umstritten bleibt aber, ob das Statut bei diesen Vorgängen ein Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten eines Fakultativorgans oder eines Dritten vorsehen kann. Dies wird von einer Mindermeinung bejaht, da sowohl die Zuständigkeit der Generalversammlung als auch der Grundgedanke des § 36 I, III GenG durch einen Zustimmungsvorbehalt nicht berührt seien, sondern der Gedanke des § 36 GenG vielmehr fortgeführt werde⁴²¹. Auch ein Präsentationsrecht zu Gunsten eines Fakultativorgans oder eines Dritten wird als unzulässig erachtet⁴²², zulässig soll dagegen ein Vorschlagsrecht sein⁴²³. Aufgrund der Ähnlichkeit zum aktienrechtlichen Aufsichtsrat gleichen sich indes bei letzterem argumentativ die herrschende genossenschaftliche und aktienrechtliche Literatur. Insoweit gilt - nach der hier vertretenen Auffassung - das zur *Aktiengesellschaft* Gesagte entsprechend: ein Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten des Vorstands sowie des Aufsichtsrats scheidet aus, zu Gunsten anderer Fakultativorgane oder eines Dritten ist er dagegen zulässig, ebenfalls ein Präsentations- sowie ein Vorschlagsrecht⁴²⁴.

Auch besteht beim mitbestimmten genossenschaftlichen Aufsichtsrat nach §§ 77, 76 BetrVG 1952 die Überlegung, ob das Statut die Drittelbeteiligung zu Gunsten der Belegschaft oder eines sonstigen Dritten freiwillig erhöhen kann, doch scheidet dies wegen der Satzungsstrenge gem. § 18 S.2 GenG aus⁴²⁵. Die Generalversammlung kann indes auch hier über die nach § 76 BetrVG 1952 bestimmte Zahl hinaus weitere Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat wählen. Die Gewählten sind dabei aber keine „Arbeitnehmervertreter“ i.S.d. BetrVG 1952, sondern „normale“ Vertreter der Genossen, so dass die Selbstorganschaft gem. § 9 II S.1 GenG zu beachten ist⁴²⁶. Beim paritätisch besetzten Aufsichtsrat sind gem. § 6 III MitbestG u.a. die §§ 101 I, 103 AktG

⁴¹⁹ RGZ 152, S. 273, 275; BayObLG, JW 1921, S. 580; Beuthien, § 36, Rdn. 2; Hettrich/Gräser, § 36, Rdn. 2; Land/Weidmüller/Lutz/Schaffland, § 36, Rdn. 20; Müller, § 36, Rdn. 10; Reul, § 6 C I 3b, S. 134; Schubert/Steder, 3010 § 36, Rdn. 2; Voormann, ZfG 1984, S. 237, 251.

⁴²⁰ Beuthien, a.a.O.; Schubert/Steder, a.a.O.

⁴²¹ Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), S. 483, 509; a.M. Müller, a.a.O.

⁴²² Land/Weidmüller/Lutz/Schaffland, § 36, Rdn. 17; Müller, § 36, Rdn. 14; unklar Beuthien, § 36, Rdn. 2.

⁴²³ Land/Weidmüller/Lutz/Schaffland, § 36, Rdn. 20, 23; Müller, a.a.O.

⁴²⁴ Vgl. die Ausführungen auf S. 93 ff.; im übrigen Beuthien, § 36, Rdn. 2.

⁴²⁵ Vgl. nur GK-BetrVG/Kraft, vor § 76 BetrVG 1952, Rdn. 9.

⁴²⁶ Vgl. BGH, DB 1975, S. 1548, 1549.

nicht anwendbar. Die Bestellung der Vertreter der Genossen erfolgt daher ebenfalls nach § 36 I GenG, deren Abberufung nach § 36 III GenG⁴²⁷. Die Arbeitnehmervertreter werden gem. §§ 9 ff. MitbestG gewählt. Diese Vorschriften sind ebenfalls zwingend, so dass keine statutarische Abweichungen, Erweiterungen oder Ergänzungen möglich sind⁴²⁸.

cc. Fakultativorgane

Die gesetzliche Zulässigkeit von Fakultativorganen ergibt sich aus § 27 II S.2 GenG. Das Statut kann ihnen entweder Aufgaben der gesetzlichen Organe übertragen oder ergänzende Kompetenzen einräumen, soweit dadurch nicht zwingende Kompetenzen der gesetzlichen Organe beeinträchtigt werden, § 18 S.2 GenG⁴²⁹. Es gilt insofern das zur *Aktiengesellschaft* Gesagte⁴³⁰, da bei beiden der vergleichbare Grundsatz der Satzungsstrenge gilt. Soweit also zulässig, kann das Statut beliebig viele Fakultativorgane errichten. Entsprechendes gilt für das Bestellungs- und Abberufungsverfahren ihrer Mitglieder, ebenso für etwaige Entsendungs-, Vorschlags-, Präsentations- und Zustimmungsrechte.

Nun besteht zur *Aktiengesellschaft* der Unterschied, dass gem. § 9 II S.1 GenG die Mitglieder des Aufsichtsrats und Vorstands Genossen sein müssen, so dass sich hier die Frage stellt, ob die Mitglieder eines Fakultativorgans ebenfalls analog § 9 II S.1 GenG Genossen sein müssen oder ob - wie bei der *Aktiengesellschaft* und *GmbH* - Dritte als Organwalter bestellt werden können. Überwiegend wird die Selbstorganshaft auch auf die fakultativen Organe ausgedehnt. So meint *Müller*, aus § 9 II GenG sei als allgemeiner Rechtssatz abzuleiten, dass nur die Genossen die *Genossenschaft* verwalten sollen⁴³¹. *Metz* betont dagegen die Förderungsbeziehung der Genossen. Nur diese verkörperten die genossenschaftliche „Basiserfahrung“⁴³². Diese Auffassungen sind jedoch aus den nachfolgenden Gründen abzulehnen.

Wie bei der im Außenverhältnis unbeschränkten Haftung des GbR- und OHG-Gesellschafters sowie des Komplementärs dient auch die genossenschaftliche Selbstorganshaft den Genossen als Korrektiv eines fehlenden Haftungsfonds bzw. einer fehlenden Pflicht zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung⁴³³. Ihnen soll

⁴²⁷ *Raiser*, MitbestG, § 6, Rdn. 57.

⁴²⁸ *Raiser*, MitbestG, § 1, Rdn. 49.

⁴²⁹ *Land/Weidmüller/Lutz/Schaffland*, § 9, Rdn. 21 ff.; *Müller*, § 9, Rdn. 5 ff.; *Voormann*, ZfgG 1984, S. 237, 238.

⁴³⁰ Vgl. S. 103 ff.

⁴³¹ *Müller*, § 9, Rdn. 18.

⁴³² *Land/Weidmüller/Lutz/Schaffland*, § 9, Rdn. 34; ähnlich *Voormann*, ZfgG 1984, S. 237, 242.

⁴³³ Vgl. *Dörrie*, § 3 II 2, S. 41; *Immenga*, S. 102; *K. Schmidt*, FS für Knobbe-Keuk (1997), S. 307, 309, 311; *Wiedemann*, GesR, § 6 IV 1a, S. 343; zur *Genossenschaft*: *Beuthien*, *Genossenschaft*, S. 133, 143; *a.M. v. Detten*, § 3 D II 2, S. 93.

gleichzeitig aber hierdurch eine Kontrolle über die vermögens- und haftungsrechtlichen Konsequenzen verbandlichen Handelns ermöglicht werden, um ihr persönliches Vermögen zu schützen⁴³⁴. Indes gewährleistet auch die Satzungsstrenge (§ 18 S.2 GenG) diesen Vermögensschutz, da sie - wie oben angeführt - u.a. verhindert, dass das Statut den obligaten Organen die gesetzlich zugewiesenen Aufgaben entzieht und auf andere (fakultative) Organe überträgt. Analysiert man die so verbleibenden Kompetenzen, die das Statut einem Fakultativorgan zuweisen kann, ist es gar nicht möglich, Organkompetenzen, deren unkontrollierte Ausübung tatsächlich eine Gefahr für das Vermögen der Genossen darstellen könnten, auf ein Fakultativorgan zu übertragen. Vielmehr besteht von Gesetzes wegen eine zwingende Verzahnung von Kompetenz und Verantwortung, die - so der gesetzliche Normalfall - durch die unbeschränkte Nachschusspflicht der Genossen finanziell abgesichert wird. Dieser Zusammenhang wird aber nicht dadurch durchbrochen, dass das Statut Fakultativorgane errichtet und kompetenziell ausstattet, da es diesen - eben aufgrund der Satzungsstrenge - keine Kompetenzen zuweisen kann, die eine durch die unbeschränkte Nachschusspflicht gesicherte Verantwortung erfordern. Insbesondere ist den Fakultativorganen ein rechtsgeschäftlicher Außenauftritt verwehrt. Wenn gleichwohl die Selbstorganschaft für Fakultativorgane gelten sollte, hätte dies zudem der damalige Gesetzgeber im Wortlaut des § 9 II S.1 GenG berücksichtigt, da das Gesetz an anderer Stelle die uneingeschränkte Errichtung fakultativer Organe vorsieht (§ 27 II S.2 GenG). Entgegen der herrschenden Meinung ist demnach die Verbandsmitgliedschaft für die Bestellung zum Mitglied eines Fakultativorgans nicht notwendig⁴³⁵.

Hiervon ist aber die Frage strikt zu trennen, ob Dritte einen entsprechenden Einfluss auf die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern dieser Fakultativorgane haben können. Insofern gilt dann wiederum das zur *Aktiengesellschaft* Gesagte⁴³⁶. Besteht in diesen Grenzen die Möglichkeit zur Schaffung weiterer Organe, so steht auch die konkrete Ausgestaltung der Bestellungs- und Abberufungskompetenz frei. Dasselbe gilt für Entsendungs-, Vorschlags-, Präsentations- und Zustimmungsrechte.

⁴³⁴ Vgl. auch v. Detten, § 3 D II 2, S. 94; zu den *Personengesellschaften*: Dörrie, § 3 II 2, S. 42; GroßKzHGB/Habersack, § 125, Rdn. 5; GroßKzHGB/Ulmer, a.a.O.; Jaeniche, S. 30 und S. 250; Schlegelberger/Martens, § 109, Rdn. 5; Wiedemann, GesR, § 6 IV 1a, S. 343; ders., JZ 1969, S. 469, 471.

⁴³⁵ So im Ergebnis auch Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), S. 483, 510.

⁴³⁶ Vgl. S. 103.

b. Weisungsrechte

aa. Vorstand

Die Novelle des Genossenschaftsrechts im Jahre 1973 brachte einen tiefen Einschnitt in die bis dahin bestehende Struktur der *Genossenschaft*. Nach allgemeiner Auffassung war die Generalversammlung bis dato das oberste Organ innerhalb der *Genossenschaft*. Entsprechend war nach § 27 I GenG 1889, der bis zur obigen Novelle galt, der Vorstand verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, die statutarisch oder durch Beschlüsse der Generalversammlung für den Umfang seiner Geschäftsführungsbefugnis festgesetzt wurden. Das Weisungsrecht der Generalversammlung war nach der damals herrschenden Meinung gegenüber dem Vorstand unbegrenzt; es konnte sich sowohl auf generelle Fragen der Geschäftspolitik als auch auf konkrete Einzelfälle der Geschäftsführung beziehen⁴³⁷. Im Ergebnis fungierte der Vorstand nur als ein „Beauftragter“ der Generalversammlung und war ein reines Exekutivorgan⁴³⁸. Das Statut konnte dagegen einem Genossen ein Sonderrecht i.S.v. § 35 BGB nicht einräumen, weil die Generalversammlung zwingend gem. §§ 27 I, 41 I, 18 S.2 GenG 1889⁴³⁹ zur letztendlichen Weisungserteilung, wenn auch im Wege einer Satzungsänderung, berechtigt sein musste. Die Eigenart eines Sonderrechts i.S.v. § 35 BGB ist aber gerade, dass die Generalversammlung es ohne Zustimmung des Inhabers nicht beseitigen kann. Das Fehlen einer letztendlichen Beseitigungskompetenz hätte indes der insofern auch vor 1973 bestehenden zwingenden Kompetenz der Generalversammlung nach § 41 I GenG 1889 widersprochen. So war es möglich, zwar einem anderen Organ oder einem Dritten eine Weisungsbefugnis einzuräumen, diese konnte aber die Generalversammlung jederzeit ohne Zustimmung des Rechtsinhabers wieder entziehen⁴⁴⁰. Der Aufsichtsrat sollte dagegen grundsätzlich nur die Geschäftsführung überwachen, § 36 I GenG 1889⁴⁴¹. Gleichwohl war es möglich, ihm statutarisch gem. § 36 III GenG 1889 die Befugnis einzuräumen, einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen - unerheblich welcher Art oder welchen Umfangs - selbst vorzunehmen sowie den Vorstand bindend anzuweisen, diese vorzunehmen oder zu unterlassen⁴⁴².

⁴³⁷ Vgl. *Beuthien*, ZfG 1975, S. 180, 181; *Gefler*, FS für Reinhardt (1972), S. 237, 241; *Paulick*, FS für Draheim (1972), S. 211, 217; *H. Westermann*, FS für Reinhardt (1972), S. 359, 363; a.M. noch *Paulick*, § 20 IV 1a, S. 220.

⁴³⁸ *Paulick*, FS für Draheim (1972), S. 211, 217.

⁴³⁹ Vgl. *100 Jahre Genossenschaftsgesetz*, S. 372 ff., zu dem damaligen Originaltext.

⁴⁴⁰ Vgl. *Gefler*, FS für Reinhardt (1972), S. 237, 241; *H. Westermann*, FS für Reinhardt (1972), S. 359, 362, m.w.N.

⁴⁴¹ *Beuthien*, ZfG 1975, S. 180, 181; *H. Westermann*, FS für Reinhardt (1972), S. 359, 362.

⁴⁴² *Beuthien*, a.a.O.

Mit der Novelle von 1973 erfolgte eine neue interne Kompetenzverteilung. Die Leitungsmacht des Vorstands wurde in § 27 I GenG n.F. erheblich gestärkt. Nunmehr leitete der Vorstand die *Genossenschaft* „unter eigener Verantwortung“, § 27 I S.1 GenG⁴⁴³. Als gesetzlicher Grundsatz schließt § 27 I S.1 GenG somit Weisungen und einen schwächeren Zustimmungsvorbehalt sowohl seitens der Generalversammlung als auch des Aufsichtsrats aus⁴⁴⁴. Die hier interessierende Frage ist daher, ob das Statut diesen Grundsatz wieder aushebeln kann. Obwohl hierüber eigentlich Klarheit wegen der Parallelen zum aktienrechtlichen Vorstand (§ 76 AktG) herrschen sollte, ergeben sich aber aus einer Reihe von Gründen Unstimmigkeiten. Während das Aktiengesetz in § 111 IV S.1 klar und eindeutig verbietet, Maßnahmen der Geschäftsführung dem Aufsichtsrat zu übertragen, und gem. § 119 II AktG der Hauptversammlung nur auf Verlangen des Vorstands eine (sehr eingeschränkte) Geschäftsführungskompetenz zusteht, fehlen solche eindeutigen Aussagen im Genossenschaftsgesetz. Zudem muss der Vorstand nach § 27 I S.2 GenG Beschränkungen beachten, die durch das Statut festgesetzt wurden. Dass sich aufgrund dessen Zweifelsfälle ergeben, liegt nahe, zumal hinzu kommt, dass das Statut dem Aufsichtsrat gem. § 38 III GenG „weitere Obliegenheiten“ zuweisen kann. Überdies ist das Verhältnis zwischen der Geschäftsführungskompetenz der Generalversammlung und der des Vorstands wegen § 43 I GenG a.F. und n.F. unklar, da bis zum Inkrafttreten des Bilanzrichtliniengesetzes am 1.1.1986 der erste Absatz des § 43 GenG noch die Worte „insbesondere in Bezug auf die Führung der Geschäfte“ enthielt. Deren Streichung hatte damals aber nur redaktionelle, keine materielle Bedeutung⁴⁴⁵. Es lässt sich somit festhalten, dass vom Wortlaut her § 43 I GenG auch Geschäftsführungsmaßnahmen der Generalversammlung in eigener Kompetenz umfasst.

Somit ergeben sich folgende unklare Verhältnisse: zum einen zwischen der eigenverantwortlichen Leitung des Vorstands i.S.d. § 27 I S.1 GenG und deren statutarischen Einschränkung gem. § 27 I S.2 GenG, zum anderen zwischen dessen Geschäftsführungskompetenz i.S.d. § 27 I S.1 GenG und einer etwaigen Kompetenz der Generalversammlung nach § 43 I GenG, darüber hinaus zwischen der Überwachungskompetenz des Aufsichtsrats gem. § 38 I GenG sowie einer möglichen Geschäftsfüh-

⁴⁴³. Wichtig ist zu erkennen, dass die Novelle von 1973 die beiden Vorschriften, die die Grundlage für die Rechte der Generalversammlung und des Aufsichtsrats auf dem Gebiet der Geschäftsführung (bis 1973) bildeten (§§ 38 III, 43 I GenG), nicht veränderte. Auch heute kann das Statut dem Aufsichtsrat nach § 38 III GenG „weitere Obliegenheiten“ übertragen. Bis 1973 galt der heutige § 43 I GenG als Grundlage für ein unbeschränktes Weisungsrecht der Generalversammlung an den Vorstand.

⁴⁴⁴. Statt vieler: *Beuthien*, § 27, Rdn. 3.

⁴⁴⁵. Vgl. BT-Druchs 9/1878, S. 111 ff. zu Nr. 11; *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 510.

rungskompetenz nach § 38 III GenG und der Geschäftsführungskompetenz des Vorstands (§ 27 I GenG).

Die erste Abgrenzungsproblematik ist dem Grunde nach von der *Aktiengesellschaft* her bekannt. Dort hat der nach § 76 I AktG eigenverantwortlich handelnde Vorstand gem. § 82 II AktG „die Beschränkungen einzuhalten, die im Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft die Satzung, der Aufsichtsrat, die Hauptversammlung und die Geschäftsordnungen des Vorstands und des Aufsichtsrats für die Geschäftsführungsbefugnis getroffen haben“. Insofern besteht in der aktienrechtlichen Literatur Einigkeit, dass lediglich Konkretisierungen der Geschäftsführungskompetenz erfolgen können⁴⁴⁶. Wegen der vom Gesetzgeber gewollten Übereinstimmung könnten die aktienrechtlichen Ausführungen auf die *Genossenschaft* zu übertragen sein⁴⁴⁷, doch setzte dies eine ähnlich austarierte Gewaltenteilung innerhalb der *Genossenschaft* voraus, was - wie sich nachfolgend zeigt - gerade nicht der Fall ist. Aus dem Verhältnis von § 82 II AktG zu § 76 I AktG ist daher keine Erkenntnis über das Verhältnis von § 27 I S.1 GenG zu § 27 I S.2 GenG zu gewinnen⁴⁴⁸.

Das zweite Spannungsverhältnis wird bei der *Aktiengesellschaft* durch § 119 II AktG insoweit geregelt, als über Fragen der Geschäftsführung die Hauptversammlung nur entscheiden kann, wenn der Vorstand dies verlangt. Da es § 119 II AktG schon bei Inkrafttreten des neuen § 27 I GenG im Jahre 1973 gab, ist davon auszugehen, dass das Statut selbst und nicht etwa ein konkludenter Beschluss grundsätzlich der Generalversammlung Geschäftsführungsmaßnahmen zuweisen kann⁴⁴⁹. Hinzu kommt, dass § 43 I GenG, der im Zeitpunkt der Gesetzesnovelle noch die Worte „insbesondere in bezug auf die Führung der Geschäfte“ enthielt und bis dato als Rechtsgrundlage für ein unbeschränktes Weisungsrecht der Generalversammlung an den Vorstand galt, unverändert blieb. Offen bleibt dabei aber zum einen, ob die Geschäftsführungskompetenz durch bindende Einzelweisungen an den Vorstand, d.h. als geschäftsführende Initiative, oder nur durch eine Vetokompetenz i.S.e. Zustimmungsvorbehalts erfolgen kann, zum anderen, welche Anforderungen an eine statutarische Beschränkung i.S.v. § 27 I S.2 GenG zu stellen sind.

Bei der dritten Abgrenzungsfrage ist wieder auf die Regelung des § 111 IV S.1 AktG zurückzugreifen, die dem Gesetzgeber bei Inkrafttreten der Gesetzesnovelle 1973

⁴⁴⁶ Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 105; im übrigen *KölnK/Mertens*, § 82, Rdn. 11.

⁴⁴⁷ BT-Drucks. 7/97 zu Nr. 17; vgl. hierzu *Gefler*, FS für Reinhardt (1972), S. 237, 241.

⁴⁴⁸ *Gefler*, FS für Reinhardt (1972), S. 237, 239.

⁴⁴⁹ Vgl. auch *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 511; *Gefler*, FS für Reinhardt (1972), S. 237, 243; *Neumann*, S. 136, m.w.N.; *a.M. Müller*, § 27, Rdn. 1, 7.

bekannt war. Das Fehlen einer derartigen Vorschrift im Genossenschaftsgesetz einerseits und die Möglichkeit zur statutarischen Normierung gem. § 38 III GenG andererseits sprechen dafür, dass der Gesetzgeber tatsächlich andere Kompetenzen als Kontrollbefugnisse meinte. Ergänzend ist angefügt, dass bis 1973 § 38 III GenG, der dann unverändert blieb, als gesetzliche Grundlage für die Übertragung von Geschäftsführungskompetenzen diente⁴⁵⁰. Grundsätzlich kann das Statut daher dem Aufsichtsrat Geschäftsführungskompetenzen zuweisen⁴⁵¹. Fraglich ist aber, ob dies als Initiativ- oder nur als Vetorecht erfolgen kann⁴⁵².

Bekanntlich dient der aktienrechtliche Zustimmungsvorbehalt des § 111 IV S.2 AktG nur einer Präventivkontrolle und stellt daher gerade keine (initiative) Geschäftsführungskompetenz dar⁴⁵³. Während dort das Initiativrecht weiterhin bei dem Vorstand, dem Aufsichtsrat hingegen nur ein Vetorecht verbleibt, müsste demnach wegen des Fehlens einer gegenteiligen Vorschrift im Genossenschaftsgesetz sogar ein Initiativrecht in Form eines Weisungsrechts möglich sein. Die Ausführungskompetenz verbliebe gleichwohl weiterhin bei dem Vorstand als dem eigentlichen Geschäftsführungsorgan. Eine vergleichbare Situation besteht beim fakultativen Aufsichtsrat nach § 52 I GmbHG, da der Gesellschaftsvertrag diesem nach herrschender Meinung trotz seiner Aufsichtsfunktion auch Geschäftsführungsfunktionen zuweisen kann⁴⁵⁴.

In der genossenschaftlichen Literatur ist indessen umstritten, ob das Statut der Generalversammlung dem Aufsichtsrat sowie einem Fakultativorgan eine initiative Geschäftsführungskompetenz einräumen kann⁴⁵⁵. Mit anderen Worten: es ist fraglich, ob die Geschäftsführungskompetenz des Vorstands eine ausschließliche ist, die eine eigene derartige initiative Kompetenz eines anderen Organs verbietet⁴⁵⁶. Gemeinsamer Nenner in der Literatur ist, dass das Statut sowohl der Generalversammlung als auch dem Aufsichtsrat zumindest ein Zustimmungsvorbehalt zu bestimmten Ge-

⁴⁵⁰ Vgl. nur *Gefler*, FS für Reinhardt (1972), S. 237, 243.

⁴⁵¹ *Neumann*, S. 132 ff.; *a.M. Gefler*, FS für Reinhardt (1972), S. 237, 244; *Schubert/Steder*, 3010 § 27, Rdn. 5; *Voormann*, ZfG 1984, S. 237, 248.

⁴⁵² Vgl. auch *Neumann*, S. 157, 158, m.w.N.

⁴⁵³ Vgl. hierzu die Ausführungen S. 105 ff.

⁴⁵⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen S. 72 ff.

⁴⁵⁵ Dafür: *H. Westermann*, FS für Reinhardt (1972), S. 359, 362, 366; dagegen *Schubert/Steder*, 3010 § 27, Rdn. 5.

⁴⁵⁶ Wichtig ist es, hiervon die Frage zu trennen, ob innerhalb der ausschließlichen Geschäftsführungskompetenz des Vorstands eine Weisungsgebundenheit bestehen kann. Dies sind zwei verwandte, aber unterschiedliche Fragen. So wäre es denkbar, dem Vorstand einen (begrenzten) Geschäftsführungsbereich statutarisch zuzuweisen, in dem er eigenverantwortlich, d.h. weisungsfrei zu handeln hat. Daneben wäre im der Generalversammlung, dem Aufsichtsrat oder einem Fakultativorgan zugewiesenen Geschäftsführungsbereich das berechnigte Organ seinerseits - je nach statutarischer Regelung - eigenverantwortlich zuständig. Es bestünden also mehrere geschäftsführende Organe (ablehnend *Gefler*, a.a.O.; *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, § 27, Rdn. 13; die bei § 38, Rdn. 32 zustimmen; zustimmend *Neumann*, S. 132 ff., 134). Andererseits könnte aber eine ausschließliche umfassende Geschäftsführungskompetenz des Vorstands bestehen (*Müller*, § 27, Rdn. 7) und dann fraglich sein, ob gleichwohl ein Weisungsrecht eines anderen Organs bestehen kann.

schäftsführungsmaßnahmen einräumen kann⁴⁵⁷. Im Rahmen dessen herrscht aber Unklarheit - die vielleicht eher sprachlicher als rechtsdogmatischer Natur ist - ob der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats eine Präventivkontrolle - in Anlehnung an § 111 IV S.2 AktG - oder Teil einer Geschäftsführungskompetenz ist⁴⁵⁸.

Uneinigkeit besteht weiter, ob das Statut darüber hinaus einem anderen Organ ein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand einräumen kann. Während Müller dies zu Gunsten des Aufsichtsrats ablehnt, könne seiner Meinung nach der Generalversammlung statutarisch für bestimmte Maßnahmen ein Weisungsrecht eingeräumt werden, obschon die Geschäftsführungskompetenz als solche bei dem Vorstand verbleiben müsse⁴⁵⁹. Nach Beuthien/Gätsch und Metz könne das Statut dem Aufsichtsrat eine eigene Geschäftsführungskompetenz für einzelne Geschäfte einräumen⁴⁶⁰. Nach überwiegender Meinung scheiden dagegen etwaige statutarische Einzelweisungen an den Vorstand (im Rahmen seines eigenverantwortlich geführten Geschäftsbereiches) aus, da dies - sinngemäß - der eigenverantwortlichen Geschäftsführung des Vorstands widerspräche⁴⁶¹.

Sowohl der Generalversammlung als auch dem Aufsichtsrat kann das Statut aber richtigerweise eine initiative Geschäftsführungskompetenz zuweisen⁴⁶². Ein Widerspruch zur Eigenverantwortlichkeit des Vorstands besteht hierin nicht, da diese nur Freiheit von Weisungen bedeutet, nicht jedoch dessen ausschließliche Geschäftsführungskompetenz innerhalb der *Genossenschaft*. Aber auch wenn der Generalversammlung und dem Aufsichtsrat entsprechende Befugnisse zustünden, obläge in vielen Fällen dem Vorstand die Ausführungskompetenz. Zudem gäbe es auch bei genügend eindeutiger Aufgabenabgrenzung keine verbandsinterne (konkurrierende) Kompetenzüberschreitung. Der Rechtsverkehr wäre auch nicht berührt, da die Verteilung der Geschäftsführungskompetenz nur verbandsintern bedeutsam ist, der Vorstand also nach außen hin immer das Ausführungsorgan wäre. Ein gravierender Ein-

⁴⁵⁷ Gefler, a.a.O.; Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, a.a.O.; Müller, § 27, Rdn. 6; Neumann, S. 147, 155; Schubert/Steder, 3010 § 27, Rdn. 6; H. Westermann, a.a.O. - Ansonsten besteht Unklarheit, wie der Begriff „bestimmte Geschäfte“ zu definieren ist. Eine generelle Zustimmungspflicht kollidiert ersichtlich mit der Eigenverantwortlichkeit des Vorstands (Gefler, a.a.O.; Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, § 27, Rdn. 12; Müller, § 38, Rdn. 48). Als Vorbild könnte insofern der § 111 IV S.2 AktG gelten (so etwa Gefler, a.a.O.; Müller, a.a.O.). Doch besteht bekanntlich auch bei der *Aktiengesellschaft* Unklarheit, wann § 111 IV S.2 AktG greift, zumal dort der Aufsichtsrat auch eine Beschlusskompetenz hat, einen eigenen Zustimmungsvorbehalt also begründen kann. Der Streit dreht sich darum, ob der Zustimmungsvorbehalt nur für ungewöhnliche Geschäfte gilt (Gefler, a.a.O.; Gefler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 111, Rdn. 65; Hüffer, § 111, Rdn. 16; KölnK/Mertens, § 111, Rdn. 61; Müller, § 38, Rdn. 48) oder ob darunter auch gewöhnliche Geschäfte gefasst werden können (Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), S. 483, 505, 511; Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, § 38, Rdn. 32).

⁴⁵⁸ Für Präventivkontrolle: Neumann, S. 145, 155 ff.; Voormann, ZfG 1984, S. 237, 247; für den Teil einer Geschäftsführungskompetenz: Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, § 27, Rdn. 13; Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), S. 483, 511.

⁴⁵⁹ Müller, § 27, Rdn. 6.

⁴⁶⁰ Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), S. 483, 505, 511; vgl. auch Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, § 38, Rdn. 32, 33.

⁴⁶¹ Vgl. Neumann, S. 145 ff., m.w.N.

⁴⁶² Vgl. Beuthien/Gätsch, a.a.O.; Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, a.a.O.; Müller, § 27, Rdn. 6.

griff in die Stellung des Vorstands liegt insoweit auch nicht vor, da aufgrund des Ausnahmecharakters der Zuweisung dies nur bei Geschäften zulässig ist, die nach ihrem Gegenstand, ihrem Umfang oder dem mit ihnen verbundenen Risiko für ein Unternehmen der Art des Genossenschaftsbetriebs von besonderer Bedeutung sind. Maßnahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs fallen nicht hierunter⁴⁶³.

Kann das Statut der Generalversammlung und dem Aufsichtsrat also eine initiative Kompetenz zuweisen, ist dies aber nicht gleichbedeutend mit einer Weisungsgebundenheit des Vorstands im herkömmlichen Sinne. Dazu muss man sich von der Vorstellung trennen, dass ihm per se der ganze sachliche Bereich der Geschäftsführung zustehen muss, da das Statut im Rahmen des § 27 I S.2 GenG bestimmte sachliche Bereiche auslagern und einem anderen Organ übertragen kann⁴⁶⁴. Im verbleibenden Restbereich wäre der Vorstand weiterhin weisungsungebunden, nur nicht im ausgegliederten Bereich. Dass diese Konstruktion auch dem geltenden Recht entspricht, also der Vorstand nicht bei jeglichem Handeln seinerseits weisungsfrei sein muss, belegt der Bereich der Grundlagen- und Strukturentscheidungen, etwa einer Satzungsänderung i.S.v. § 16 GenG. Die Generalversammlung ist kompetenziell zuständig und der Vorstand insofern weisungsgebunden, als er die Änderung beim Genossenschaftsregister anmelden muss⁴⁶⁵. Entsprechend sind dann auch Zustimmungsvorbehalte zu Gunsten der Generalversammlung oder des Aufsichtsrats zulässig.

Es verbleibt aber noch die Frage, ob das Statut derartige Rechte auch für ein Fakultativorgan oder einen Dritten vorsehen kann. Die gesetzliche Zulässigkeit von Fakultativorganen ergibt sich aus § 27 II S.2 GenG. Diesen Organen kann das Statut - positiv formuliert - entweder Aufgaben übertragen oder ergänzende Kompetenzen einräumen, soweit es dadurch nicht die zwingende Kompetenzverteilung der gesetzlichen Organe beeinträchtigt, § 18 S.2 GenG⁴⁶⁶. Offen ist insofern, ob das Statut einem Fakultativorgan eine eigene Geschäftsführungskompetenz oder zumindest ein Zustimmungsvorbehalt einräumen kann.

Dem Grunde nach gilt hier das bereits oben Ausgeführte. Wenn eine begrenzte Übertragung sowohl auf die Generalversammlung mit ihren unbeständigen Beschlussmehrheiten und den sonstigen damit verbundenen Nachteilen als auch auf den Aufsichtsrat möglich ist, so gilt dies auch für eine Übertragung auf ein Fakultativor-

⁴⁶³ Vgl. Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, § 38, Rdn. 33; anders aber bei, § 27, Rdn. 13; KölnK/Mertens, § 111, Rdn. 66; a.M. Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), S. 483, 505, 511.

⁴⁶⁴ Vgl. auch Neumann, S. 132 ff.

⁴⁶⁵ Vgl. Müller, § 16, Rdn. 37 ff.

⁴⁶⁶ Land/Weidmüller/Lutz/Schaffland, § 9, Rdn. 21 ff.; Müller, § 9, Rdn. 5 ff.; Voormann, ZfgG 1984, S. 237, 238.

gan bzw. einen Dritten, wenn man diesen im Ergebnis als Fakultativorgan ansieht. Hinzu kommt, dass § 27 II S.2 GenG von sonstigen Organen spricht und außerdem nicht offensichtlich wäre, welche Kompetenzen jenen überhaupt dann noch einzuräumen wären, falls man dies ablehnte⁴⁶⁷. Ebenfalls ist - als schwächere Variante - richtigerweise ein Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten eines Fakultativorgans oder eines Dritten zulässig⁴⁶⁸.

Aber es stellt sich ein anderes Problem, gleich, ob man den Zustimmungsvorbehalt als eine weitere Kontrollfunktion oder als Teil der Geschäftsführung betrachtet; nämlich, ob das so berechnigte Organ mit Dritten überhaupt besetzt werden darf, ob also hier die Selbstorganschaft des § 9 II GenG gilt. Zu einfach wäre es, auf die bereits oben erfolgten Ausführungen zu verweisen, da sie sich nur auf die generelle Zulässigkeit beziehen⁴⁶⁹. Hier liegt indes gerade die Besonderheit vor, dass das Statut dem Fakultativorgan eine eigene Geschäftsführungskompetenz zuweist und diese gleichzeitig dem Vorstand als dem eigentlichen geschäftsführenden Organ „wegnimmt“. Es werden keine zusätzlichen Kompetenzen geschaffen, sondern bestehende auf das Fakultativorgan übertragen. Insofern entspricht das Fakultativorgan aber dem Vorstand; gilt für diesen die Selbstorganschaft, kann wegen der sachlich identischen Kompetenz des dann geschäftsführungsberechtigten Fakultativorgans grundsätzlich nichts anderes gelten. Somit könnte tatsächlich zu fordern sein, dass auch das mit einer Initiativkompetenz ausgestattete geschäftsführende Fakultativorgan der Selbstorganschaft unterliegt⁴⁷⁰. Dies bedeutet aber auch, dass das Statut einem Dritten ein Weisungsrecht nicht einräumen darf, weil er - nach der hier vertretenen Meinung - dadurch wiederum zu einem geschäftsführenden Organ würde. Für den Aufsichtsrat, dem das Statut zusätzlich eine Geschäftsführungskompetenz einräumt, stellt sich wegen § 9 II GenG allerdings dieses Problem nicht, da dieser nur mit Genossen zu besetzen ist.

Die Selbstorganschaft ist jedoch richtigerweise nicht auch auf ein Fakultativorgan auszudehnen. Dem Schutzgedanken der Selbstorganschaft wird bereits Genüge getan, wenn im Fall einer Zustimmungskompetenz dem Vorstand, für den § 9 II GenG per se gilt, die initiative Geschäftsführungskompetenz zusteht und das berechnigte Organ

⁴⁶⁷. Vgl. auch *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), S. 483, 505, 511; *Neumann*, S. 160, m.w.N.; *H. Westermann*, FS für Reinhardt (1972), S. 359, 362; *a.M. Beuthien*, ZfgG 1975, S. 180, 193; *Voormann*, Beirat, § 11 II 1, S. 77; *ders.*, ZfgG 1984, S. 237, 248 ff., m.w.N.

⁴⁶⁸. *Beuthien*, ZfgG 1975, S. 180, 195; *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, § 27, Rdn. 13, m.w.N.; *Neumann*, S. 160; *Schubert/Sieder*, 3010 § 27, Rdn., 12; *H. Westermann*, FS für Reinhardt (1972), S. 359, 362; *Voormann*, Beirat, § 11 II 1, S. 77.

⁴⁶⁹. Vgl. S. 114 ff.

nur in begrenzten Fällen zustimmungspflichtige Geschäfte verhindern kann. Aber auch im Fall einer initiativen Geschäftsführungskompetenz verbliebe dem Vorstand gleichwohl die Ausführungskompetenz, zumindest was das Außenverhältnis betrifft. Die Vorstandsmitglieder sowie die übrigen Genossen sind zudem durch ein Ablehnungsrecht bei treu- oder gesetzeswidrigen Weisungen des Fakultativorgans oder des Dritten geschützt. Insofern entfielen dann die Folgepflicht des Vorstands⁴⁷¹. Zudem verlagert sich insoweit die Organhaftung der Vorstandsmitglieder auf das anweisende Organ⁴⁷². Die nichtgeschäftsführungsberechtigten Genossen werden daher haftungsrechtlich ausreichend durch die Organhaftung erstens des Vorstands (§ 34 GenG) im Fall einer Befolgung einer nichtigen Weisung sowie zweitens des Fakultativorgans (§ 34 GenG analog) wegen dessen widrigen Weisungserteilung geschützt. Hinzu kommt auch die geltende Richtigkeitsgewähr infolge der Selbstorganschaft des Vorstands (§ 9 II GenG)⁴⁷³. Schließlich ist nicht zu vergessen, dass sowohl eine eigene initiative Kompetenz als auch ein entsprechender Zustimmungsvorbehalt nur für Ausnahmefälle möglich ist. Die Tatsache, dass diese Geschäfte einen Ausnahmecharakter aufweisen, bedeutet in der Praxis eine hohe persönliche Affinität der Genossen sowie der Vorstandsmitglieder, die allein schon für eine große Aufmerksamkeit sorgen wird. Der Schutzgedanke der Selbstorganschaft steht daher einer Beteiligung Dritter nicht entgegen. In diesem begrenzten Fall kann also das berechnigte Organ mit Dritten (ausschließlich) besetzt werden. Räumt man einem Dritten eine Weisungskompetenz ein, wird also ein Fakultativorgan errichtet; insofern ist auf die nachfolgenden Ausführungen zu verweisen.

Gleichwohl stellt sich wiederum die Frage, ob das so berechnigte Organ oder dessen Mitglieder weisungsabhängig sein können, z.B. ob ein Dritter anweisen kann, die Zustimmung zu einem bestimmten Geschäft zu verweigern oder ein bestimmtes Geschäft vorzunehmen oder den Vorstand entsprechend anzuweisen. Da aufgrund der insofern bestehenden Gestaltungsfreiheit die konkrete Ausgestaltung des Organs offen ist, kann das Statut auch eine Weisungsabhängigkeit zu Gunsten eines Dritten begründen, wenn der Dritte entsprechend organisationsrechtlich eingebunden ist. Dies setzt aber voraus, dass das Fakultativorgan auch ein geschäftsführendes und kein kontrollierendes Organ ist. Im letzteren Fall wäre nämlich der Zustimmungsvor-

⁴⁷⁰ So Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, § 9, Rdn. 22; Müller, § 9, Rdn. 18; Neumann, S. 164 ff.; Voormann, ZfgG 1984, S. 237, 242; a.M. Beuthien, § 27, Rdn. 12; Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), S. 483, 505, 511; Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, § 27, Rdn. 13; Stauffer, S. 148 ff.

⁴⁷¹ Vgl. S. 30.

⁴⁷² Vgl. S. 140.

⁴⁷³ Ähnlich Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), S. 483, 505, 511; Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, § 27, Rdn. 13.

behalt Teil der Präventivkontrolle i.S.v. § 111 IV S.2 AktG analog; aus einer derartigen Kontrollfunktion ergibt sich aber per se dessen Weisungsunabhängigkeit⁴⁷⁴. Es ist also jeweils die genaue Funktion des Zustimmungsvorbehalts (entweder Geschäftsführungs- oder Kontrollkompetenz) ermitteln. Im Übrigen gelten die nachfolgenden Ausführungen zum Weisungsrecht gegenüber einem Fakultativorgan.

bb. Aufsichtsrat

Derartige Rechte schließen sich per se aus. Der Aufsichtsrat bzw. dessen Mitglieder sind - wie bei den übrigen Verbänden - an keinerlei Weisungen gebunden, sondern verpflichtet, eigenverantwortlich zu handeln, § 36 GenG. Weisungsrechte oder vergleichbare Rechte Dritter sind damit unvereinbar⁴⁷⁵. Etwas anderes gilt aber, wenn das Statut dem Aufsichtsrat gem. § 38 III GenG als weitere Obliegenheit eine Geschäftsführungskompetenz einräumt. Insofern besteht eine mit dem fakultativen Aufsichtsrat nach § 52 GmbHG vergleichbare Lage, dem der Gesellschaftsvertrag neben seiner Überwachungs- gewisse Geschäftsführungskompetenzen übertragen kann⁴⁷⁶. Hier wie dort gilt es daher zunächst zwischen diesen beiden Funktionen zu differenzieren. Denkbar wäre demnach, dass der Aufsichtsrat oder dessen Mitglieder generell oder im Einzelfall bindende Weisungen der Genossen, anderer Fakultativorgane oder sogar Dritter beachten müssten.

Aber auch hier ist genau zu ermitteln, ob das Statut dem Aufsichtsrat erstens eine eigene Initiativ- oder lediglich eine Zustimmungskompetenz einräumt und zweitens, ob der Zustimmungsvorbehalt tatsächlich Teil einer eigenständigen Geschäftsführungskompetenz ist oder lediglich eine erweiterte Präventivkontrolle darstellt. Im letzteren Fall scheidet wiederum eine Weisungsgebundenheit aus, während das Statut jene im Fall eines geschäftsführenden Zustimmungsvorbehalts gegenüber einem Dritten statuieren kann - vorausgesetzt der Dritte wird als Fakultativorgan betrachtet. Steht dem Aufsichtsrat eine eigene, begrenzte Initiativkompetenz zu, gilt - wiederum im Fall einer Weisungsabhängigkeit - der Dritte seinerseits als geschäftsführendes Organ.

⁴⁷⁴ Vgl. die obigen Ausführungen, S. 70 ff.

⁴⁷⁵ Statt aller *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, § 36, Rdn. 8.

⁴⁷⁶ Vgl. S. 72 ff.

cc. Fakultativorgane

Besteht in bescheidenen Grenzen die Möglichkeit zur Errichtung weiterer Organe, so steht auch die konkrete Ausgestaltung der Rechte und Pflichten jener Organe und deren Mitglieder frei⁴⁷⁷. Insofern gelten dieselben Grundsätze wie bei den übrigen Verbänden. Nun ist auch hier auf die Funktion des Fakultativorgans zu achten; wird ein Fakultativorgan mit zusätzlichen Kontrollfunktionen geschaffen, etwa mit dem eben angesprochenen Zustimmungsvorbehalt (§ 111 IV S.2 AktG analog), ergibt sich hieraus per se dessen Unabhängigkeit sowie die seiner Mitglieder. Weisungen machen insofern keinen Sinn. Bei einem fakultativen Organ mit einem geschäftsführenden Zustimmungsvorbehalt gilt das oben Gesagte; die Normierung einer Weisungsabhängigkeit steht im Belieben der Genossen⁴⁷⁸. Ein ausschließliches oder konkurrierendes Weisungsrecht oder ein vergleichbares Recht (etwa ein Vorbehalt) für einen Dritten ist demnach vor dem hier entwickelten Hintergrund möglich.

VII. Personengesellschaften

1. Einfluss auf Satzungsautonomie

Anders als bei der *Aktiengesellschaft*, *Genossenschaft* und *GmbH*, bei denen die satzungsändernden Vorschriften zwingend sind, können die Gesellschafter bei der *OHG* und *KG* gem. §§ 109, 161 II HGB und der *GbR* gem. §§ 705 ff. BGB die Binnenstruktur unter Beachtung der Selbstorganschaft, des Abspaltungsverbots und der Kernbereichslehre⁴⁷⁹ frei gestalten, insbesondere bestehen keine gesetzlichen Vorschriften zur Änderung des Gesellschaftsvertrags⁴⁸⁰. Parallelen bestehen dabei zum *Verein*.

Das *Reichsgericht* hat es im Rahmen einer Entscheidung über statutarische Drittrechte bei der *GmbH* abgelehnt, einem Dritten derartige Rechte durch statutarische Begründung eines Vertrags zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB) zuzugestehen. Die *GmbH*-Satzung könne kein Vertrag zu Gunsten Dritter sein, da sie keine schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den einzelnen Gesellschaftern begründe. Das Gericht deutete jedoch an, dass gleichwohl die Gesellschafter einen Vertrag zu Gunsten Dritter u.U. mit dem Gesellschaftsvertrag einer *GbR* oder einer *OHG* verbinden kön-

⁴⁷⁷. Vgl. die obigen Ausführungen, S. 114 ff.

⁴⁷⁸. Vgl. die Ansätze zur *GmbH*: wie hier *Hachenburg/Raiser*, § 52, Rdn. 363; *Hölters*, Beirat, S. 22 ff.; *Voormann*, Beirat, § 15 2e, S. 152 ff.; unklar *GmbH-Handbuch I/Kallmeyer*, Rdn. 1799.

⁴⁷⁹. Vgl. hierzu S. 114 ff., S. 133 ff., S. 141 ff.

⁴⁸⁰. Vgl. *K. Schmidt*, GesR, § 47 I 1, S. 1375.

nen. Da diese Frage aber nicht entscheidungsrelevant war, ließ sie das Gericht offen⁴⁸¹.

Die Literatur hat sich nur am Rande mit dieser Problematik beschäftigt und lehnt derartige Rechte ab. Ausschließlich können die Gesellschafter Änderungen des Gesellschaftsvertrags vereinbaren⁴⁸². Eine Beteiligung Dritter hieran scheidet aus. Die Gesellschafter können ihnen kein Zustimmungsrecht einräumen, da die verbandliche Autonomie zu gewährleisten sei, dass über die Rechtsgrundlage einer Gesellschaft ausschließlich die Gesellschafter entscheidungsbefugt seien⁴⁸³.

2. Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie

a. Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern

aa. Geschäftsführer

Wie bei den vorherigen Verbänden ist fraglich, ob die Gesellschafter einem Dritten ein Recht auf die Bestellung und/oder Abberufung des Geschäftsführers statutarisch einräumen können⁴⁸⁴. Aufgrund der weitgehenden dispositiven §§ 709 BGB, 114, 115, 161 HGB und der damit einhergehenden Gestaltungsautonomie können sie nach herrschender Meinung zumindest einem Gesellschafter ein Sonderrecht i.S.v. § 35 BGB auf die Bestellung sowie Abberufung eines Geschäftsführers zuweisen; vorausgesetzt die Gesellschaft ist in diesem Bereich körperschaftlich strukturiert und sieht dem Körperschaftsrecht nachgebildete Bestellungs- und Abberufungsakte vor⁴⁸⁵. Ebenfalls lehnt die herrschende Meinung - wie bei den vorherigen Verbänden auch - ein entsprechendes Sonderrecht eines Dritten ab⁴⁸⁶.

Ob ein statutarisches Dritt-Bestellungs- und Abberufungsrecht zulässig ist, wird in der Literatur kaum angesprochen⁴⁸⁷. *Voormann* lehnt indes eine derartige Kompetenz ab, wenn sie dem Dritten zur Verfolgung „eigener“ Interessen eingeräumt wird⁴⁸⁸. Nach *Wiedemann* ist jedenfalls eine Übertragung auf einen Dritten dann möglich, wenn dem Dritten ein Auswahlrecht aus mehreren Personalvorschlägen (Stichentscheid) zustehen soll. Ob ein darüber hinausgehendes (Bestimmungs-)Recht aller-

⁴⁸¹. RGZ 169, S. 65, 82.

⁴⁸². So *Schlegelberger/Martens*, § 109, Rdn. 9.

⁴⁸³. *Schlegelberger/Martens*, a.a.O.; auch *Baumbach/Hopt*, § 163, Rdn. 16; *GroßKzHGB/Ulmer*, § 109, Rdn. 32; *Heymann/Emmerich*, § 109, Rdn. 4b; *Nitschke*, § 15 II 2, S. 289; *ders.*, § 15 V, S. 298; *K. Schmidt*, GesR, § 5 I 3b, S. 84 ff.

⁴⁸⁴. Vgl. *Semrau*, S. 346 ff.; *Weber*, S. 277 ff.

⁴⁸⁵. *Baumbach/Hopt*, § 114, Rdn. 21; *GroßKzHGB/Habersack*, § 125, Rdn. 27 ff.; *GroßKzHGB/Ulmer*, § 114, Rdn. 81; *Nitschke*, § 15 V, S. 298; *H.P. Westermann*, Handbuch, I Rdn. 250.

⁴⁸⁶. Vgl. *Soergel/Hadding*, § 35, Rdn. 2, 10, m.w.N.

⁴⁸⁷. Vgl. *Semrau*, a.a.O.

⁴⁸⁸. Vgl. *Voormann*, Beirat, § 13 3c bb, S. 123.

dings einräumbar ist, hinge davon ab, welcher Einfluss und welche Kontrolle den Gesellschaftern im Übrigen verbliebe⁴⁸⁹.

Dafür wurde um so häufiger eine - von dem hiesigen Standpunkt aus - strukturell vergleichbare Frage aufgeworfen⁴⁹⁰, nämlich, ob die Gesellschafter einem Fakultativorgan derartige Kompetenzen übertragen können und ob sie dieses Organ dann überwiegend oder sogar ganz mit Dritten besetzen können. Während die erste Frage aufgrund der Satzungsautonomie grundsätzlich bejaht wird⁴⁹¹, ist die zweite umstritten.

Namentlich lehnt *Ulmer* dies aus einem scheinbar stichhaltigen Grund ab: Die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern stelle immer eine Änderung des Gesellschaftsvertrags dar und diese läge in der Alleinzuständigkeit der Gesellschafter⁴⁹². Letzteres ist natürlich richtig, doch so einfach liegen die Dinge nicht. Wenn man von einer „einfachen“ *Personengesellschaft* ausgeht, deren Gesellschaftsvertrag in der Ausgangssituation „nur“ die gesetzlichen Regelungen enthält - also etwa bei einer *KG* mit den zwei Komplementären A und B, die beide gem. § 115 I HGB einzelgeschäftsführungsbefugt sind und dann die Gesellschafterversammlung B zum alleinigen Geschäftsführer „bestellt“, indem A entsprechend „abberufen“ wird - dann wird in der Tat der Gesellschaftsvertrag nach §§ 119 I, 161 II HGB geändert. Doch abgesehen von der hier vertretenen Meinung, dass in einem derartigen Fall die Bestel- lungs- und Abberufungskompetenz des Dritten eine statutarische Satzungsänderungskompetenz mit einer entsprechenden organschaftlichen Einbindung des Dritten darstellt, ist die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers eine Geschäftsführungsmaßnahme; wohlgemerkt, wenn es sich um eine körperschaftlich strukturierte Gesellschaft handelt. Bei der normalen, personalistischen Gesellschaft gehört diese Kompetenz und deren Änderung zu den der Gesellschaftergesamtheit obliegenden Grundlagenentscheidungen, die dann die Gesellschaftergesamtheit nur im Wege der Satzungsänderung verändern kann⁴⁹³. Aufgrund der körperschaftlichen Struktur - etwa bei einer Publikumsgesellschaft - abstrahiert sich aber die Bestellung von der ihr zugrundeliegenden Bestellungskompetenz. Bestellung und deren Kompetenz dazu bilden also getrennte Vorgänge⁴⁹⁴. Was für *Verein*, *GmbH*, *Genossenschaft* und *Akti-*

⁴⁸⁹ *Wiedemann*, FS für Schilling (1973), S. 105, 117.

⁴⁹⁰ Vgl. die Ausführungen auf S. 51 ff.

⁴⁹¹ *Barbasch*, § 8 VI 5b, S. 181; *Baumbach/Hopt*, § 163, Rdn. 14; *GroßKzHGB/Ulmer*, § 109, Rdn. 54, 55; *Nitschke*, § 15 III, S. 290; *Voormann*, Beirat, § 12 I 5e, S. 96.

⁴⁹² *GroßKzHGB/Ulmer*, § 109, Rdn. 32, 56.

⁴⁹³ So auch *Maulbetsch*, S. 76; vgl. *GroßKzHGB/Ulmer*, § 109, Rdn. 56.

⁴⁹⁴ Vgl. *Nitschke*, § 6 II, S. 100 ff.

engesellschaft von Gesetzes wegen gilt, wird bei der körperschaftlichen *Personengesellschaft* im Wege der Satzungsautonomie also statutarisch eingeführt⁴⁹⁵.

Dessen ungeachtet bestehen - wie angeführt - Bedenken, wenn Dritte Mitglieder des bestellungsberechtigten Fakultativorgans sind. Es bestünde die Gefahr, dass die Gesellschafter die ihnen zustehende Möglichkeit, die erfolgte Geschäftsführerbestellung rückgängig zu machen, erst ausüben könnten, nachdem der zwischenzeitlich bestellte Geschäftsführer zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt hätte. Auch könnten einzelne Gesellschafter die Abberufung verhindern, oder die Gesellschafter könnten aus Furcht vor wirtschaftlichen Sanktionen von ihrem Recht keinen Gebrauch machen⁴⁹⁶. Diese Argumente greifen aber nicht. Das Bestreben, wirtschaftliche Sanktionen des Dritten zu vermeiden, ist zwar verständlich, aber insofern unerheblich, da Sanktionen in der Regel auch durch ein zulässiges wettbewerbsübliches Verhalten des Dritten erfolgen können. Falls tatsächlich sachliche Gründe für die alsbaldige Abberufung des Geschäftsführers bestehen und ein Gesellschafter weigert sich aus unsachgemäßen Gründen dieser zuzustimmen, so ist seine diesbezügliche Stimmausübung wegen Treueverstoßes nichtig⁴⁹⁷. Der leidige Geschäftsführer kann gleichwohl abberufen werden. Aber auch das erste Argument schlägt nicht durch. Dass der Geschäftsführer zum Nachteil der Gesellschaft handelt, ist ein regelmäßiger Vorgang, der auch bei *Verein*, *GmbH* und *Genossenschaft* des Öfteren vorkommt. Bei diesen Verbänden kann aber nach herrschender Meinung die Bestellungs- und Abberufungskompetenz auf einen Dritten übertragen werden. Insofern kann es keinen Unterschied geben. Anzuführen ist nun allerdings die im Außenverhältnis unbeschränkte Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters; eine sich hieraus ergebende Gefahr für ihn besteht unbestritten, doch dieselbe Situation besteht auch bei Einräumung einer Prokura oder einer sonstigen rechtsgeschäftlichen Vollmacht. Als persönlich haftender Gesellschafter sollte man sich dessen immer bewusst sein; eines weitergehenden gesetzlichen Schutzes bedarf es nicht. Hinzu kommt - und dies ist entscheidend -, dass sich der Kreis, aus dem sich die organschaftlichen und daher letztendlich entscheidungsbefugten Geschäftsführer rekrutieren, wegen des Grundsatzes der Selbstorganschaft nur aus allen persönlich haftenden Gesellschaftern zusammensetzt. Es besteht im Grunde genommen keine Gefahr, einen zum Nachteil der Gesellschaft handelnden Geschäftsführer „bestellt zu bekommen“, da dieser selbst persönlich haftet und somit

⁴⁹⁵ Ähnlich auch *Barbasch*, § 8 VI 3c, S. 169; *a.M. Voormann*, *Beirat*, § 13 3c bb, S. 123.

⁴⁹⁶ *Voormann*, a.a.O.

⁴⁹⁷ Vgl. *Baumbach/Hopt*, § 119, Rdn. 24, m.w.N.

die volle finanzielle Verantwortung seines Handelns selbst trägt. Darüber hinaus bestehen weitere Schutzmechanismen, die in ihrer Gesamtheit ausreichend sind, wie etwa Organhaftung oder Sittenwidrigkeit des abgeschlossenen Geschäfts bei kollusivem Verhalten des Geschäftsführers⁴⁹⁸. Greifen demnach obige Bedenken nicht, so ist grundsätzlich die Besetzung des bestellungsberechtigten Organs mit Dritten - auch die ausschließliche - möglich⁴⁹⁹.

Fraglich ist nur, wie die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter die tatsächlich bestehenden Gefahren bewältigen können. Man erreicht dies - wie bei den übrigen Verbänden auch - nur durch eine konsequente organschaftliche Einbindung des Dritten in den Verband, so dass eine ad personam Zuweisung der Kompetenzen ausscheidet. In diese Richtung weist auch *Nitschke*, wenn er sinngemäß folgende Voraussetzungen fordert: statutarische Festlegung und Konkretisierung der Kompetenzen, Zustimmung des designierten Geschäftsführers, jederzeitige Abberufung des dem Bestellungsorgan angehörenden Dritten, jederzeitige Entzugsmöglichkeit der Geschäftsführungsbefugnis und Kompetenz-Kompetenz der Gesellschafterversammlung⁵⁰⁰.

Liegen diese Voraussetzungen, die die Einbindung des Dritten in die Gesellschaft sicherstellen, vor, können die Gesellschafter entweder einem Dritten oder einem sonstigen Fakultativorgan die Bestellungs- und Abberufungskompetenz einräumen. Ebenfalls können sie die „schwächeren“ Rechte (Zustimmungs-, Präsentationsrecht und dergleichen) zu Gunsten eines Dritten begründen. Voraussetzung dessen ist jedoch die organschaftliche Einbindung des Dritten⁵⁰¹

bb. Fakultativorgane

Wegen der weitgehenden internen Gestaltungsfreiheit bei den *Personengesellschaften* ist nicht die Bildung fakultativer Organe, sondern deren kompetenzielle Ausstattung das gestalterische Problem⁵⁰². Hinsichtlich der Geschäftsführung ist insofern problematisch, ob der Gesellschaftsvertrag dem Fakultativorgan organschaftliche Befugnisse vor dem Hintergrund der Selbstorganschaft einräumen kann, bezüglich der Kontrolle der Geschäftsführung, ob er dem Organ entsprechende Kompetenzen zu Lasten der individuellen Kontroll- und Informationsrechte übertragen⁵⁰³ und in-

⁴⁹⁸ Vgl. zur Kollusion: *Erman/Palm*, § 138, Rdn. 120.

⁴⁹⁹ So auch *Maulbetsch*, S. 80; *MünchHdb. GesR II/Riegger*, § 8, Rdn. 34; *Reuter*, FS für Steindorff (1990), S. 229, 243; *Semrau*, S. 348.

⁵⁰⁰ *Nitschke*, § 15 III, S. 290 ff.; vgl. auch *Barbasch*, § 8 VI 3e, S. 169.

⁵⁰¹ Vgl. hierzu S. 136 ff.

⁵⁰² Vgl. *Reuter*, FS für Steindorff (1990), S. 229, 231, 232.

⁵⁰³ Vgl. allgemein hierzu *MünchHdb. GesR II/Riegger*, § 11; *MünchHdb. GesR I/Weipert*, § 8; *ders.*, § 52.

wieweit er sonstige Grundlagenentscheidungen dem Fakultativorgan zu Lasten der mitgliedschaftlichen Selbstbestimmung zuweisen kann.

Sind diese Hindernisse überwunden, stellt sich wiederum die Frage, ob und in welchem Umfang Dritte Mitglieder der Fakultativorgane sein können. Hier ist vieles im Unklaren und soll daher der hierzu erschienenen Literatur im einzelnen vorbehalten bleiben⁵⁰⁴.

Von dieser Frage ist aber wiederum die zu unterscheiden, ob Dritte Einfluss auf die personelle Besetzung jener Organe in Form von Bestellungs- sowie Abberufungsrechten oder sonstigen Rechten haben können. Die Motivation der Gesellschafter zur Errichtung von Fakultativorganen entspringt regelmäßig dem Wunsch, bei der Personengesellschaft eine körperschaftliche Struktur zu installieren. Insofern ist es nicht verwunderlich, dass die Bestellungs- und Abberufungsmodalitäten der Körperschaft Vorbild sind, so dass auch hier die Abstrahierung der Bestellungs- oder Abberufungsakte von den ihnen zugrunde liegenden Kompetenzen besteht. Wie zuvor ist dann die Organbesetzung kein echter Bestandteil des Gesellschaftsvertrags⁵⁰⁵. Wegen der eingangs erwähnten Gestaltungsfreiheit gilt demnach, dass die Gesellschafter die Besetzungsmodalität der fakultativen Organe frei regeln können⁵⁰⁶. Entsendungsrechte oder Vorschlagsrechte kann der Gesellschaftsvertrag daher begründen⁵⁰⁷. Auch eine Kooptation ist je nach wahrzunehmender Aufgabe möglich⁵⁰⁸. Ebenfalls besteht weitgehende Einigkeit, dass die Gesellschafter Dritten derartige Rechte einräumen können. So halten u.a. *Baumbach/Hopt*, *Ulmer* und *Voormann* ein Bestellungsrecht für zulässig. Inhaltliche Nuancen bestehen insofern, als *Voormann* für die Einräumung das Bestehen eines Gesellschaftsinteresses fordert⁵⁰⁹. *Ulmer* betont die jederzeitige Dispositivität der satzungsändernden Gesellschaftermehrheit⁵¹⁰. Nach *Baumbach/Hopt* sei die Mehrheit der Mitglieder eines kontrollierenden Organs von den Gesellschaftern zu wählen⁵¹¹. Trotz dieser scheinbaren Einigkeit sind allerdings die jeweiligen Einzelheiten sowie die rechtliche Qualifizierung jener Drittrechte unklar. Die Klarheit entsteht vor dem hier vertretenen rechtsdogmatischen Hintergrund⁵¹².

⁵⁰⁴ Vgl. hierzu: *Barbasch, Maulbetsch, Semrau, Voormann*.

⁵⁰⁵ *Voormann*, Beirat, § 14 1a, S. 128.

⁵⁰⁶ Statt vieler: *GroßKzHGB/Ulmer*, § 109, Rdn. 58.

⁵⁰⁷ *Baumbach/Hopt*, § 163, Rdn. 13; *Maulbetsch*, S. 83; *MünchHdb. GesR II/Riegger*, § 8, Rdn. 48.

⁵⁰⁸ Zu den etwaigen Grenzen vgl. *MünchHdb. GesR II/Riegger*, § 8, Rdn. 49.

⁵⁰⁹ *Voormann*, Beirat, § 14 1a, S. 129.

⁵¹⁰ *GroßKzHGB/Ulmer*, § 109, Rdn. 58.

⁵¹¹ *Baumbach/Hopt*, § 163, Rdn. 16.

b. Weisungsrechte

aa. Geschäftsführer

Der gesetzliche Normalfall sieht keine Weisungsabhängigkeit der geschäftsführenden Gesellschafter vor. Bei der *GbR* sind gem. § 709 I BGB alle Gesellschafter geschäftsführungsbefugt, ein Weisungsrecht ist insofern nicht vorgesehen. Bei der *Personenhandels-gesellschaft* gibt es eine Art bindendes Weisungsrecht der Gesellschafter-gesamtheit gegenüber den Geschäftsführern bei außergewöhnlichen Geschäften i.S.v. §§ 116 II, 114 I, 115 I, 161 II HGB, die einen Ausnahmecharakter aufweisen und nach Gegenstand oder Umfang aus dem Rahmen fallen⁵¹³. Da die Gesellschafter jedoch die Organisation der Geschäftsführung grundsätzlich frei gestalten können, bestehen zahlreiche Varianten, wie sie ein Weisungsrecht aufstellen können⁵¹⁴. So wird es als zulässig erachtet, bei der *OHG* der Gesellschafterversammlung und bei der *KG* einem aus persönlich haftenden Gesellschaftern bestehenden Beirat ein generelles Weisungsrecht gegenüber den geschäftsführenden Gesellschaftern einzuräumen⁵¹⁵. Da diese Gestaltungen indes nicht die Beteiligung Dritter betreffen, fragt sich auch hier, ob die Gesellschafter ein Fakultativorgan, das überwiegend oder ausschließlich mit Dritten besetzt ist, errichten oder sogar einem Dritten ad personam ein Weisungsrecht gegenüber dem persönlich haftenden Geschäftsführer einräumen können. Gegen die Errichtung eines entsprechend ausgestatteten Organs bestehen wegen der Gestaltungsfreiheit keine grundsätzlichen Bedenken⁵¹⁶. Im Detail stecken aber die eigentlichen Probleme. Dabei sind folgende Fragestellungen zunächst auseinander zu halten: erstens, ob dem Fakultativorgan ein generelles oder nur ein einzelfallbezogenes Weisungsrecht zusteht, zweitens, ob dies eine Auswirkung auf die Besetzung mit Dritten haben kann. Beide Probleme kollidieren mit dem vorherrschenden Prinzip der Selbstorganschaft, das u.a. - positiv formuliert - bedeutet, dass allen persönlich haftenden Gesellschaftern eine organschaftliche Geschäftsführungsbefugnis zusteht, welche Weisungsrechte per se ausschließt; negativ formuliert heißt dies, dass zumindest einem persönlich haftenden Gesellschafter unter Ausschluss der übrigen die organschaftliche Geschäftsführungsbefugnis verbleiben muss⁵¹⁷. Gerade dies ist aber umstritten, weil nach einer Ansicht die Selbstorganschaft nur für die organschaftliche

⁵¹² Vgl. S. 136 ff.

⁵¹³ Vgl. statt vieler: *Baumbach/Hopt*, § 116, Rdn. 2.

⁵¹⁴ Vgl. zu denkbaren Gestaltungen *Beck Hdb. Personengesellschaften/Stengel*, § 3, Rdn. 84 ff.

⁵¹⁵ *Krage*, S. 60 ff.; *Voormann*, Beirat, § 11 I 1, S. 68; *a.M. Wiedemann*, GesR, § 6 III 2a aa, S. 334.

⁵¹⁶ Vgl. nur *Voormann*, Beirat, § 11 I 1, S. 67, 68, m.w.N.

⁵¹⁷ *GroßKzHGB/Ulmer*, § 109, Rdn. 9, 34; *Jaeniche*, S. 30, 250; *Nitschke*, § 13 I 1, S. 215; *Schlegelberger/Martens*, § 109, Rdn. 5; *K. Schmidt*, GesR, § 14 II 2a, S. 409; *ders.*, ZHR 153 (1989), S. 270, 288; *ders.*, DB 1988, S. 2241, 2242; *ders.*, FS für *Knobbe-Keuk* (1997), S. 307, 311; *Sudhoff*, S. 65; *Weber*, S. 75; *Wiedemann*, GesR, § 6 IV 1a, S. 343; *Werra*, S. 57.

Vertretung gelten soll⁵¹⁸. Seit einer Entscheidung des *BGH* aus dem Jahre 1962 wird indes die Selbstorganschaft auch für die Geschäftsführungsbefugnis gefordert⁵¹⁹.

Wenn nun die Gesellschafter ein umfassendes Weisungsrecht auf ein Fakultativorgan übertragen und dieses nur mit persönlich haftenden Gesellschaftern besetzten, bestehen keine Bedenken gegen eine derartige Kompetenzübertragung, da es keinen Unterschied macht, ob alle bis auf einen Gesellschafter von der Geschäftsführungsbefugnis ausgeschlossen sind (vgl. § 114 II HGB) oder ob ein Organ - gewissermaßen als „verkleinerte“ Abbildung der eigentlichen Gesellschaftergesamtheit - entscheidungsbefugt ist⁵²⁰. Eine ähnliche Situation besteht, wenn sämtliche Komplementäre von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind und der Gesellschaftsvertrag diese einem aus den Kommanditisten bestehenden Beirat überträgt⁵²¹. Da die Kommanditisten gem. § 170 HGB zwingend von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossen sind⁵²², sind zwar die an sich ausgeschlossenen Komplementäre im Außenverhältnis weiterhin das zuständige Ausführungsorgan, doch im Innenverhältnis unterliegen sie einem umfassenden Weisungsrecht des Beirats, wobei zu ihrem Schutz weiterhin §§ 116 II, 117 HGB gelten⁵²³. Ein Verstoß gegen die Selbstorganschaft besteht insofern nicht, „da die Kommanditisten diese Rechte und Pflichten in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter und Mitinhaber des Gesellschaftsunternehmens ausüben“⁵²⁴. In den genannten Fällen kann daher ein umfassendes Weisungsrecht eines Fakultativorgans gegenüber den eigentlichen Geschäftsführern bestehen. Auch ist ein Weisungsrecht eines einzelnen Kommanditisten denkbar, etwa als Sonderrecht i.S.v. § 35 BGB⁵²⁵. Als äußere Grenze gilt bei diesen Gestaltungen, dass es infolge der Übertragung auf ein Fakultativorgan nicht zu einer völligen Entrechtung des persönlich haftenden Gesellschafters kommen darf⁵²⁶. Dies wird jedoch u.a. dadurch verhindert, dass jenem weiterhin die organschaftliche Vertretungskompetenz, die Rechte aus §§ 115 I, 116 II, 117 HGB und ein Ablehnungsrecht bei gesellschafts- oder treuwidrigen Weisungen zusteht⁵²⁷. Mit der herrschenden Meinung ist also festzuhalten, dass die Gesellschafter die organschaftliche Geschäftsführungskompetenz einem

⁵¹⁸ *Fischer*, NJW 1959, S. 1059, 1061; *A. Hueck*, OHG, § 10 II 2, S. 119; *Werra*, S. 95, m.w.N.

⁵¹⁹ *BGHZ* 36, S. 292, 293; hierzu *Werra*, a.a.O.; kritisch *BGH*, NJW 1982, S. 1817 ff.

⁵²⁰ Ähnlich *Maulbetsch*, S. 60; vgl. auch die Nachweise bei Fn. 515.

⁵²¹ *BGH*, WM 1968, S. 509 ff.

⁵²² Vgl. *H. P. Westermann*, Handbuch, I Rdn. 238, m.w.N.

⁵²³ Vgl. *Maulbetsch*, S. 72 ff.

⁵²⁴ *BGH*, WM 1968, S. 509, 510.

⁵²⁵ *Schlegelberger/Martens*, § 164, Rdn. 29, 31 ff.

⁵²⁶ So auch *Maulbetsch*, S. 59.

⁵²⁷ *Schlegelberger/Martens*, § 164, Rdn. 29.

Fakultativorgan, das mit Gesellschaftern besetzt ist, übertragen können⁵²⁸. Gleichwohl bleibt das genaue Ausmaß der Übertragung fraglich.

Vor dem Hintergrund, dass die Selbstorganschaft primär ein Schutzprinzip des jeweiligen persönlich haftenden Gesellschafters ist⁵²⁹, müssen ihm daher die obigen unabdingbaren Mindestkompetenzen verbleiben⁵³⁰. Können die Gesellschafter dem Fakultativorgan die umfassende Geschäftsführungskompetenz mit einem entsprechenden Weisungsrecht einräumen, so gilt dies ebenfalls für ein beschränktes Weisungsrecht und einen Zustimmungsvorbehalt⁵³¹.

Eine andere Situation könnte jedoch bestehen, wenn das berechnigte Organ überwiegend oder ausschließlich mit Dritten besetzt ist. Auch in diesem Fall stehen aber weiterhin dem persönlich haftenden Gesellschafter die obigen unabdingbaren Mindestkompetenzen zu, weshalb die herrschende Meinung die Besetzung mit Dritten für unbedenklich hält⁵³². Eine Mindermeinung lehnt dies jedoch ab⁵³³. *Ulmer* sieht hierin einen Verstoß gegen die Selbstorganschaft, doch greifen seine Bedenken nicht⁵³⁴. Aufgrund der verbleibenden unabdingbaren Mindestkompetenzen wird die Selbstorganschaft einerseits in ihrer „Schutzprinzip“-Lesart aufrechterhalten⁵³⁵ und andererseits in ihrer „Organisationsprinzip“-Lesart nur unwesentlich berührt⁵³⁶, da das letztendliche Geschäftsführungsorgan (zumindest hinsichtlich der Ausführungskompetenz) weiterhin der persönlich haftende Gesellschafter ist. Im Grunde genommen hat diese Fragestellung auch gar nichts mit der Selbstorganschaft als Schutzprinzip auf Gesellschafterebene zu tun, vielmehr wird primär die verbandliche Selbstbestimmung berührt⁵³⁷. Korrekterweise erhebt deshalb auch *Wiedemann* wegen des Grundsatzes der Verbandssouveränität Bedenken. Die „Präsumption interessenkonformen Verhaltens“ fiele dadurch weg⁵³⁸. Eine Erwartungshaltung des Rechtsverkehrs ist aber nur in begrenzten Fällen - etwa der organschaftlichen Vertretungsmacht - geschützt. Gesellschaftsinterna werden in der Regel nicht publik gemacht, falls doch,

⁵²⁸ . Statt vieler *Baumbach/Hopt*, § 114, Rdn. 27; *Voormann*, Beirat, § 11 I 2, S. 69; *Werra*, S. 99 ff.; *a.M. GroßKzHGB/Ulmer*, § 109, Rdn. 55; mit Einschränkungen *Reuter*, FS für Steindorff (1990), S. 229, 241.

⁵²⁹ . Vgl. Nachweise bei Fn. 517.

⁵³⁰ . Vgl. *Baumbach/Hopt*, § 164, Rdn. 7; *Loritz*, ZGR 1986, S. 310, 328; *Maulbetsch*, S. 72; *Schlegelberger/Martens*, a.a.O.; *Voormann*, Beirat, a.a.O., S. 71; *Werra*, S. 100; *Wiedemann*, FS für Schilling (1973), S. 105, 119.

⁵³¹ . *GroßKzHGB/Ulmer*, a.a.O.; *Maulbetsch*, S. 73, m.w.N.; *Wiedemann*, a.a.O.

⁵³² . *Barbasch*, § 8 VI 5a, S. 177 ff.; *Baumbach/Hopt*, § 163, Rdn. 13; *Flume*, Personengesellschaft, § 14 VII, S. 237; *Huber*, Vermögensanteil, § 3 I d, S. 36; *ders.*, a.a.O., § 3 2d, S. 48 ff.; *Heymann/Emmerich*, § 114, Rdn. 32 ff.; *Nitschke*, § 15 II 2, S. 289; *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit, § 11 I, S. 383; *Voormann*, Beirat, § 13 3a, S. 117, 118; *Werra*, S. 98, m.w.N.

⁵³³ . *Großfeld/Brondics*, AG 1987, S. 293, 308; *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit, § 17 I, S. 189 ff.

⁵³⁴ . *GroßKzHGB/Ulmer*, a.a.O.

⁵³⁵ . Vgl. *GroßKzHGB/Ulmer*, § 109, Rdn. 9, 34; *Jaeniche*, S. 30, 250; *Schlegelberger/Martens*, § 109, Rdn. 5.

⁵³⁶ . Vor allem *K. Schmidt*, GesR, § 14 II 2a, S. 409; *ders.*, ZHR 153 (1989), S. 270, 288; *ders.*, DB 1988, S. 2241, 2242; *ders.*, FS für Knobbe-Keuk (1997), S. 307, 311.

⁵³⁷ . Ähnlich auch *Werra*, S. 101.

⁵³⁸ . *Wiedemann*, FS für Schilling (1973), S. 105, 119.

erzeugen sie grundsätzlich kein schützenswertes Vertrauen⁵³⁹. Die Erwartungen der Gesellschafter sind ausreichend durch die ihnen u.a. zustehende letztendliche Bestellungs- und Abberufungskompetenz hinsichtlich der Organwalter des Fakultativorgans geschützt. Können die Gesellschafter somit das geschäftsführende Fakultativorgan überwiegend oder ausschließlich mit Dritten besetzen, müssen trotzdem die schon erwähnten Bedingungen erfüllt sein⁵⁴⁰, um den Schutz der verbandlichen Selbstbestimmung zu gewährleisten: erstens die statutarische Festlegung der entsprechenden Kompetenzen des Fakultativorgans, zweitens die jederzeitige Abberufung (zumindest aus wichtigem Grund) der dem Organ angehörenden Dritten, drittens die Entzugsmöglichkeit der Geschäftsführungsbefugnis des Fakultativorgans und viertens die Kompetenz-Kompetenz der Gesellschafterversammlung. Darüber hinaus tritt bei einem Fehlverhalten die Organhaftung ein, wobei als Maßstab die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§§ 93 I AktG, 34 I GenG, 43 I GmbHG) dienen kann⁵⁴¹.

Vom Standpunkt der Richtigkeitsgewähr verbandlicher Entscheidungen aus dürfte dies ein naheliegendes Ergebnis sein, da ohne weiteres bei einem geschäftsführungsbefugten Beirat in der *GmbH* Dritte Organmitglieder sein können. Hier wie dort ist die konsequente organisationsrechtliche Einbindung des Dritten unerlässlich, gleichzeitig aber auch ausreichend. Steht dieses Ergebnis fest, kann das Fakultativorgan auch nur aus einem Organwalter, einem Dritten etwa, bestehen.

Hiervon zu unterscheiden ist wiederum, ob die Gesellschafter einem Dritten eine organschaftlich wirkende Geschäftsführungskompetenz in Form eines Weisungsrechts einräumen können, also *ad personam*, ohne Organ oder Organwalter zu sein. Seit der schon zitierten Entscheidung des *BGH* aus dem Jahre 1962 gilt als gesicherte Erkenntnis, dass eine echte (dingliche) organschaftliche Übertragung auf einen Dritten unzulässig ist⁵⁴². Die Geschäftsführungsbefugnis kann weder von dem Gesellschaftsanteil abgespalten noch auf einen Dritten übertragen bzw. ihm *ad personam* eingeräumt werden. Hierbei geht es aber um die Übertragung, eben Abspaltung der originären Geschäftsführungskompetenz mit der Folge, dass diese vollständig - ohne dass ein „gewisser Rest“ bei dem bisherigen Gesellschafter verbleibt - übertragen wird⁵⁴³. Von dieser originären Übertragung ist indes jene derivative Kompetenz-

⁵³⁹ Bis auf die Tatsachen, die in das Handelsregister i.S.v. § 15 HGB eingetragen sind.

⁵⁴⁰ Vgl. Ausführungen auf S. 129.

⁵⁴¹ Voormann, Beirat, § 13 3a, S. 117.

⁵⁴² BGHZ 36, S. 292 ff.

⁵⁴³ Vgl. S. 142 ff.

übertragung zu unterscheiden. So ist es denkbar, einem Dritten eine derivative Geschäftsführungskompetenz derart zu begründen, dass dem übertragenden Gesellschafter eine übergeordnete, originäre Geschäftsführungskompetenz verbleibt.

Vom Prinzip her macht dies so die herrschende Meinung, wenn sie die Überlassung von Organfunktionen an Dritte zur Ausübung gestattet, nur dass von Überlassung, nicht von Übertragung der Organfunktionen gesprochen wird⁵⁴⁴. Aber auch die Ausübungsüberlassung führt ja zu einer Amtsbezogenheit oder Fremdnützigkeit, wie sie den Organrechten zu Eigen ist. Bei jenen geht es auch nicht um die Übertragung, sondern um die Einräumung der Ausübungskompetenz, die durch den Akt der Bestellung bei den körperschaftlich strukturierten Verbänden erfolgt. Auch Organrechte sind „treuhänderisch“ zur Ausübung eingeräumt. Es verwundert daher nicht, dass die Voraussetzung der Überlassung (zur Ausübung) der des hier propagierten Ansatzes entspricht, als da wäre: Letztverantwortung der Gesellschafter für die Geschäftsführung in der Form, dass ihnen die Kompetenz verbleibt, in ihrer Gesamtheit - oder ggf. mehrheitlich - jederzeit über Geschäftsführungsmaßnahmen zu entscheiden⁵⁴⁵. Dies entspricht der angeführten Kompetenz-Kompetenz. Ob also die Geschäftsführungskompetenz einem Dritten zur Ausübung eingeräumt oder - wie hier vorgeschlagen - derivativ organschaftlich begründet wird, macht keinen sachlichen Unterschied. In beiden Fällen können die Gesellschafter dem Dritten die entsprechende Kompetenz jederzeit entziehen.

Dasselbe gilt für ein Weisungsrecht und einen Zustimmungsvorbehalt. Die Gesellschafter können diese Rechte zwar - nach der hier vertretenen Meinung - einem Dritten als Organ zuweisen, nicht aber ad personam. Hinsichtlich deren Voraussetzungen gelten dann die obigen Ausführungen.

bb. Fakultativorgane

Im Ergebnis gilt das zur *GmbH* Gesagte entsprechend. Auch hier gilt wieder ausgehend von der Gestaltungsfreiheit, dass deren innere Ordnung statutarisch frei zu gestalten ist⁵⁴⁶. Ebenfalls wäre es demnach denkbar, dass die Organmitglieder generell oder im Einzelfall den bindenden Weisungen der Gesellschafter, anderer Fakultativorgane oder sogar Dritter unterliegen könnten⁵⁴⁷. Falls das Fakultativorgan teilwei-

⁵⁴⁴ Baumbach/Hopt, § 114, Rdn. 11, 24; GroßKzHGB/Ulmer, § 114, Rdn. 36; Schlegelberger/Martens, § 114, Rdn. 51 ff.; H.P. Westermann, Handbuch, I Rdn. 644.

⁵⁴⁵ So GroßKzHGB/Ulmer, a.a.O.; Schlegelberger/Martens, a.a.O.

⁵⁴⁶ Vgl. Maulbetsch, S. 80 ff.; auch Baumbach/Hopt, § 163, Rdn. 13; Reuter, FS für Steindorff (1990), S. 229, 244.

⁵⁴⁷ Vgl. Maulbetsch, S. 100; Voormann, Beirat, § 15 2c, S. 152 ff.

se Überwachungsfunktionen im Sinne eines Aufsichtsrats innehat, gilt allerdings auch hier der Grundsatz der Weisungsungebundenheit, dasselbe bei einem Zustimmungsvorbehalt als Teil einer Präventivkontrolle⁵⁴⁸; ggf. sind die diesbezüglichen Kompetenzen durch Auslegung zu ermitteln. Im Übrigen können die Gesellschafter sie beliebig statuieren, d.h. sowohl seitens der Gesellschafterversammlung als auch sonstiger Fakultativorgane können bindende Weisungen erfolgen⁵⁴⁹. Ein ausschließliches oder konkurrierendes Weisungsrecht sowie vergleichbare Rechte (Zustimmungsvorbehalt) für einen Dritten sind demnach vorstellbar und vor dem hier entwickelten Hintergrund möglich.

VIII. Stellungnahme

1. Kernproblem des organschaftlichen Dritteinflusses

Den bisherigen Ausführungen ist zu entnehmen, dass wenig dogmatische Klarheit darüber besteht, wie statutarische Drittrechte rechtlich zu qualifizieren sind. Dies hängt damit zusammen, dass weder zwischen der genauen Rechtsnatur jener Rechte differenziert wird (d.h. Organrechte vs. Gläubigerrechte) noch deren unterschiedlichen Rechtsfolgen zutreffend gewürdigt werden.

Anhand der Strukturierung und der rechtlichen Klassifizierung wurde die Existenz zweier rechtsdogmatischer Gegenpole verdeutlicht: organschaftlicher und schuldrechtlicher Dritteinfluss. Hierbei besteht allerdings das praktische Problem, dass die Verbandsmitglieder diese Rechte inhaltlich weitestgehend identisch ausgestalten können; hinsichtlich der schuldrechtlichen Gläubigerrechte ist dies im nächsten Kapitel aufzuzeigen. Gerade diese inhaltliche Übereinstimmung führt dazu, dass die rechtsdogmatischen Unterschiede vielfach nicht erkannt werden. Die Folge dessen ist, dass organschaftlicher Dritteinfluss auf die Satzungs- und Selbstverwaltungautonomie regelmäßig als Gefahr für den Verband abgelehnt wird. Hierfür scheint die Vorstellung verantwortlich zu sein, der Verband räume dem Dritten jene statutarischen Rechte ad personam ein⁵⁵⁰.

2. Organerrichtungstheorie

Insofern ist bei den statutarischen Drittrechten zu klären, ob der Verband bzw. dessen Mitglieder einem Dritten ad personam verbandsintern wirkende Rechte einräumen

⁵⁴⁸ So auch *Maulbetsch*, S. 104.

⁵⁴⁹ Vgl. *Voormann*, a.a.O.

⁵⁵⁰ Vgl. *Steinbeck*, § 7 II 4, S. 75.

können, die materieller Bestandteil des Statuts sind. Anders formuliert ist fraglich, ob sie einem Dritten organschaftlich wirkende Rechte einräumen können, ohne dass dieser dem Verband als Mitglied oder als Organ angehört (sog. organschaftlich wirkende formell-statuarische Drittrechte). Hieraus ergibt sich dann die anschließende Frage, ob der Verband bzw. dessen Mitglieder derartige Rechte nur mit Zustimmung des Dritten beseitigen können, also ob sie dem Dritten eine dem Sonderrecht i.S.d. § 35 BGB vergleichbare unentziehbare Stellung einräumen können.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es verbandsrechtlich unzulässig, einem Dritten i.S.d. § 35 BGB gesicherte Rechte auf die Satzungs- und Selbstverwaltungsautonomie ad personam einzuräumen. Um die Entscheidungssouveränität der Mitglieder bzw. des Verbands zu gewährleisten, sind derartige Rechte zwingend als Organrechte zu qualifizieren (sog. Organerrichtungstheorie). Die Folge dieser Auffassung ist, dass durch die statutarische Zuweisung von verbandsintern wirkenden Rechten ein Fakultativorgan errichtet und der Dritte seinerseits zu dessen Organwalter bestellt wird. Der Dritte ist insofern als „statutarisch erkorenes Organ“ zu bezeichnen⁵⁵¹. Reduziert man diese Organerrichtungstheorie, so entspricht der hier vertretene Ansatz letztlich nur der Errichtung fakultativer Organe⁵⁵².

Um deren theoretische Konzeption zu erläutern, insbesondere da sich die Untersuchung nur auf bestimmte organschaftliche Drittrechte konzentriert und es daher noch verschiedenfache mögliche Drittrechte gibt, sei die hier vorgenommene Untersuchungsfolge zusammenfassend erläutert: da die entsprechende Kompetenz einem Dritten nicht ad personam übertragen werden kann, ist - so die Organerrichtungstheorie - zu klären, ob jene Kompetenz auf ein anderes Fakultativorgan übertragen werden kann. Falls dies nach den gesetzlichen Vorschriften des betreffenden Verbands zulässig ist, ist einerseits zu untersuchen, ob jenes Organ ausschließlich mit Dritten besetzbar ist, und andererseits, ob dieses Organ nur eine Organwalterstelle haben kann, d.h. nur aus einer Person, nämlich dem Dritten bestehen kann.

Wie bereits erwähnt, ist es rechtlich unzulässig, einem Dritten ad personam organschaftlich wirkende formell-statuarische Drittrechte einzuräumen, da sie ihm einen verbandsrechtlich nicht kontrollier- und beherrschbaren verbandsinternen Einfluss ermöglichen. Dies wäre u.a. mit der Verbandssouveränität unvereinbar⁵⁵³. Derartige einem Dritten ad personam zustehende Rechte wären von der Rechtsfolge her Organ-

⁵⁵¹. Vgl. *Flume*, *Juristische Person*, § 7 I 2, S. 191; vgl. auch *Steinbeck*, § 7 I 1c, S. 67.

⁵⁵². Vgl. *Beuthien/Gätsch*, *ZHR* 156 (1992), S. 459, 479; *dies.*, *ZHR* 157 (1993), S. 483, 486; *Senrau*, S. 41 ff.

rechte, ohne dass der Dritte einer organschaftlichen Einbindung in den Verband unterläge⁵⁵⁴. Die Gefährlichkeit derartiger Drittrechte resultiert - neben den u.U. negativen Auswirkungen auf die Richtigkeitsgewähr verbandlicher Entscheidungen - daraus, dass die Ausübung von Organrechten eine verbandsintern gestaltende Wirkung hat, die eine verbindliche Rechtslage für die übrigen Organe erzeugt⁵⁵⁵. Diese quasi-gestalterische Wirkung, welche eine Art von „Rechtssetzung“ erzeugt, verleiht einem Organwalter eine machtvolle Stellung, die ihrerseits der Verband bzw. dessen Mitgliedern zwingend kontrollieren müssen. Bei der Ad-personam-Zuweisung weisen der Verband bzw. dessen Mitglieder dem Dritten diese Rechte aber persönlich, ohne entsprechende verbandliche Rückbindung durch die organschaftliche Treuepflicht zu⁵⁵⁶. So verstandene Rechte entsprechen also insofern „normalen“ Gläubigerrechten, die der Dritte verwenden kann, um eigene Interessen zu verfolgen. Neben deren gestalterischen Wirkung, die als solche schon eine erhebliche Gefahrenquelle darstellt, fehlte ihnen daher die verbandliche Kontroll- bzw. Beherrschbarkeit. Hinzu kommt, dass nach deren Begründung der Verband bzw. dessen Mitglieder diese Art Rechte nicht mehr einseitig aufheben können, wodurch u.a. die Richtigkeitsgewähr verbandlicher Entscheidungen zukünftig nicht mehr zu gewährleisten ist.

Falls der Verband bzw. dessen Mitglieder einem Dritten statutarisch Rechte zuweisen, die intern gestalterische Wirkung haben sollen, sind nach der hier vertretenen Organerrichtungstheorie derartige Rechte verbandsübergreifend als Organrechte zu qualifizieren; denn nur die konsequente Qualifizierung als Organrecht ermöglicht eine anhand der organschaftlichen Treuepflicht durch die Mitglieder und den Verband kontrollierbare Einflussnahme und - vor allem wegen der damit zusammenhängenden Kompetenz-Kompetenz - eine Beherrschbarkeit⁵⁵⁷. Durch die Kompetenz-Kompetenz ist es ebenfalls möglich, den organschaftlichen Dritteinfluss, falls dieser nicht mehr „passt“, durch entsprechende Änderung des Statuts zu beseitigen, ohne dass der Dritte dies verbandsrechtlich verhindern könnte. Seine Rechte sind - wie sich im Gegensatz zu vergleichbaren schuldrechtlichen Rechten im Folgenden zeigt - insofern nicht „bestandsfähig“. Zu deren Änderung bedarf es keiner Zustimmung des

⁵⁵³ Im Ergebnis auch *Bürkle*, S. 38, *Ulmer*, FS für *Wiedemann* (2002), S. 1297, 1321; kritisch *Steinbeck*, § 7 II 3, S. 74, 75; *Beuthien/Gätsch*, a.a.O.

⁵⁵⁴ *A.M. Steinbeck*, § 7 II 4, S. 75, nach der Dritte statutarische Einflußrechte ad personam erlangen könne, ohne zum Organ(walter) zu werden; *dies.*, § 7 IV, S. 79 ff.

⁵⁵⁵ Vgl. S. 30 ff.

⁵⁵⁶ Ähnlich im Ergebnis *Reuter*, ZHR 145 (1981), S. 273, 281; vgl. auch *MüKo/Reuter*, § 33, Rdn. 19 ff.

⁵⁵⁷ So auch *Beuthien/Gätsch*, ZHR 156 (1992), S. 459, 475; *dies.*, ZHR 157 (1993), S. 483, 486; ähnlich auch *Herfs*, S. 61; *Reichert*, Rdn. 742; *K. Schmidt*, GesR, § 14 III 3b, S. 419; *Teubner*, ZGR 1986, S. 565, 567, 568; kritisch *Steinbeck*, § 7 III, S. 75 ff.

Dritten etwa i.S.d. § 35 BGB⁵⁵⁸. Durch diese verbandliche Kontrollier- und Beherrschbarkeit besteht für den Verband eine geringere Gefahr als allgemein angenommen. Für den Dritten bedeutet dies allerdings auch, dass ihm organschaftlicher Dritteinfluss keine rechtliche Möglichkeit eröffnet, Sonderinteressen zu verfolgen. Hierzu ist er auf schuldrechtliche Einflussmöglichkeiten angewiesen.

Zusammengefasst gilt demnach: Falls der Verband bzw. dessen Mitglieder einem Dritten tatsächlich „organschaftlich-wirkende“ Rechte einräumen, erfordert dies verbandsrechtlich die Errichtung eines Fakultativorgans, das der Dritte als Organwalter besetzt. Sowohl Errichtung als auch Besetzung sind organisationsrechtlich getrennte Akte, die aber statutarisch einheitlich durch die Figur des „statutarisch erkorenen Organs“ erfolgen, d.h. auch die Besetzung erfolgt statutarisch⁵⁵⁹. Es fehlt somit nur noch die ausdrückliche oder konkludente Annahme des Dritten als Organwalter. Insoweit erfolgt die Zuweisung der Rechte an den Dritten durch Begründung organschaftlicher Rechte im Wege der Satzungs- und Selbstverwaltungsautonomie. Konstruktionen gem. § 328 BGB (analog) bedarf es somit nicht, da der Verband bzw. dessen Mitglieder als Normsetzer auftreten,⁵⁶⁰ und nicht als Vertragspartner⁵⁶¹.

Verbandsübergreifend gilt demnach, dass aufgrund der organmäßigen Einbindung und der daraus resultierenden Verantwortlichkeit (Haftung und Kontrolle) des Dritten Drittrechte im Bereich der Satzungs- und Selbstverwaltungsautonomie möglich sind⁵⁶². Voraussetzung dessen ist: erstens statutarische Festlegung und Konkretisierung der entsprechenden Kompetenzen, zweitens Abberufungsmöglichkeit des dem Fakultativorgan angehörenden Dritten und drittens die Kompetenz-Kompetenz der Mitglieder- bzw. Gesellschafterversammlung. Daneben muss als Folge der Entscheidungsbefugnis des Dritten eine entsprechende Organhaftung bestehen, d.h. eine von der organschaftlichen Treuepflicht kontrollierte Rechtsausübung⁵⁶³. Die Organhaftung richtet sich dabei nach den jeweiligen verbandsspezifischen Grundsätzen. Es sei z.B. im Bereich des weisungsberechtigten Dritten erwähnt, dass den angewiesenen Organwalter hinsichtlich der Rechtsfolgen der Weisung keine Verantwortung trifft, sondern den Dritten. Dies ist mit der Situation vergleichbar, in der die Gesellschaf-

⁵⁵⁸ Nach dem hier vertretenen Ansatz können die Mitglieder einem Dritten bei manchen Verbänden ein Zustimmungsvorbehalt bei Satzungsänderungen einräumen. Falls sie dann aber den statutarischen Zustimmungsvorbehalt seinerseits ändern oder sogar abschaffen wollen, unterliegt dessen Änderung nicht dem Zustimmungsvorbehalt, da dies mit der Kompetenz-Kompetenz kollidierte.

⁵⁵⁹ Vgl. *Flume*, Juristische Person, § 712, S. 191; vgl. auch *Steinbeck*, § 711c, S. 67.

⁵⁶⁰ Vgl. S. 32.

⁵⁶¹ Ähnlich *Hammen*, WM 1994, S. 765, 767; vgl. auch *Semrau*, S. 39 ff.

⁵⁶² Ähnlich auch *Wiedemann*, FS für Schilling (1973), S. 105, 113; kritisch *Weber*, S. 203, 204.

⁵⁶³ Vgl. *Weber*, S. 163 ff.

terversammlung den Geschäftsführer gem. §§ 45, 46 GmbHG oder die Hauptversammlung den Vorstand gem. §§ 119 II, 93 IV S.1 AktG anweist⁵⁶⁴.

Falls der statutarisch so Begünstigte eine juristische Person ist und infolgedessen zum Organwahrer wird, fungiert und handelt deren gesetzlicher Vertreter⁵⁶⁵.

3. Kritik an der Organerrichtungstheorie

a. Verbandssouveränität

Als grundlegendes Prinzip zur Wahrung der Selbstbestimmung und Begrenzung eines (schädigenden) Fremdeinflusses wird die Verbandssouveränität angesehen, deren Gültigkeit heute allgemein anerkannt ist⁵⁶⁶.

Danach dürfe das Schicksal einer Gesellschaft grundsätzlich nicht von Dritten abhängen, da sie nicht die gleichen Interessen verfolgten wie die Gesellschafter selbst und deren Rechtsausübung deshalb nicht ausreichend beschränkt und zu kontrollieren sei⁵⁶⁷. Ausgangspunkt der Verbandssouveränität sei demnach der Selbstschutz der Gesellschaft, so dass nur Personen gesellschaftliche Entscheidungen beherrschen dürfen, die sich als Gesellschafter oder Organ mit den Belangen der Gesellschaft identifizieren, notfalls auch zu einer solchen Interessenwahrung verpflichtet seien oder es bei einem entsprechenden Fehlverhalten wären. Zudem wird ein sog. „Abschichtungseffekt“ des Verbands angeführt: entsprechend der Zentralisation des Vermögens in einem Sondervermögen müsse die Organisation in der unabhängigen Entscheidungszuständigkeit vereinheitlicht sein. Insofern sei es nicht vereinbar, Dritten, die nicht in diesem Kompetenzgefüge und im Verantwortlichkeits- und Haftungszusammenhang des Verbands eingebunden seien, Dispositionsbefugnisse über das Unternehmen zu gewähren⁵⁶⁸. Zu bedenken ist jedoch, dass sich die Verbandssouveränität gerade auch in der freiwilligen „Unterwerfung“ unter den Willen eines Dritten äußert, also deren konsequente Umsetzung sein kann. Die Verbandssouveränität ist demnach der Ausgangspunkt eines Dritteinflusses, d.h. deren Aufgabe ist nicht bzw. kann aufgrund ihrer weiten, sehr pauschalen Formulierung nicht

⁵⁶⁴ Vgl. z.B. zur GmbH: *GmbH-Handbuch I / Fuhrmann*, Rdn. 2317; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner*, § 43, Rdn.28; *BGH*, *GmbHR* 1993, S. 427, m.w.N.

⁵⁶⁵ So auch *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 52, Rdn. 23, m.w.N.; *Beuthien*, § 9, Rdn. 5; *Michalski/Heyder*, § 52, Rdn. 406, m.w.N.; a.M. wohl *Beuthien/Gätsch*, *ZHR* 157 (1993), S. 483, 495 ff.; *Voormann*, *Beirat*, § 14 4b aa, S. 136.

⁵⁶⁶ Vgl. *Flume*, *Personengesellschaft*, § 14 I, S. 207 ff.; *GroßKzHGB/Ulmer*, § 109, Rdn. 31, 55; *Herfs*, S. 53 ff.; *Kleindiek*, *Strukturvielfalt*, § 7, S. 94 ff.; *Loritz*, *ZGR* 1986, S. 310, 317 ff.; *Mertens*, *FS für Stimpel* (1985), S. 417, 420; *Priester*, *FS für Werner* (1984), S. 657, 663 ff.; *Rohleder*, §§ 7, 8, S. 73 ff.; *Schlegelberger/Martens*, § 109, Rdn. 9 ff.; *K. Schmidt*, *GesR*, § 5 I 3, S. 83 ff.; *Schneider*, *ZGR* 1975, S. 253, 269 ff.; *Steinbeck*, § 5, S. 63; *Teubner*, *ZGR* 1986, S. 565, 567 ff.; *Voormann*, *Beirat*, § 13 2, S. 111 ff.; *Weber*, S. 47 ff.; *Wiedemann*, *FS für Schilling* (1973), S. 105, 111; *ders.*, *FS für H. Westermann* (1974), S. 585, 595; *ders.*, *GesR*, § 7 II 1b, S. 371; *Zöllner*, *FS 100 Jahre GmbH-Gesetz* (1992), S. 85, 119; a.M. *Schockenhoff*, *AcP* 193 (1993), S. 35, 66.

⁵⁶⁷ Vgl. *Wiedemann*, *FS für Schilling* (1973), S. 105, 111; *ders.*, *FS für H. Westermann*, (1974), a.a.O.; *ders.*, *GesR*, a.a.O.

sein, Dritteinfluss unmittelbar zu verhindern. Potentiell schädigender Dritteinfluss ist vielmehr derart zu kanalisieren, dass er vom Verband bzw. dessen Mitgliedern beherrschbar und kontrollierbar ist. Der Weg hierhin ist die konsequente Einbindung des Dritten in den Verband infolge der Organerrichtungstheorie.

Auch nach *Kleindiek* verbiete die Verbandssouveränität, das Schicksal der Gesellschaft in die Hände Dritter zu legen, die nicht die gleichen Interessen verfolgten wie die Gesellschafter selbst und deren Rechtsausübung deshalb nicht ausreichend beschränkbar und kontrollierbar sei⁵⁶⁹. Er weist jedoch darauf hin, dass die Verbandssouveränität neben einer formalen Komponente (Schutz vor zu weitgehendem Einfluss von Dritten) auch eine materielle Komponente besäße, indem sie die Entscheidungsträger in der Gesellschaft auf das Gesellschaftsinteresse verpflichte. Insofern gewinne - nach *Kleindiek* - die Verbandssouveränität durch Bindung der Organe an das Gesellschaftsinteresse Bedeutung als Korrektiv für die Teilnahme von Dritten am Entscheidungsprozess innerhalb des Verbands. Daher betont auch die hier vertretene Auffassung, dass eine strikte Beachtung des Verbandszwecks und des Gegenstands der Verbandstätigkeit sowie des daraus resultierenden Verbandsinteresses einen schädigenden Dritteinfluss verhindert. Wenn der zu einem Organ qualifizierte Dritte sich ausschließlich an den so definierten Pflichtenrahmen hält, verwirklicht er die autonomen Interessen des Verbands bzw. seiner Mitglieder. Zur Kollision mit verbandsfremden, d.h. eigenen Sonder- und Partikularinteressen kann es theoretisch gar nicht kommen. Insofern bedarf es einer strikten Bindung des Dritten an den Verbandszweck und den Gegenstand der Verbandstätigkeit, was die hier vertretene organmäßige Einbindung erreicht. So ähnlich auch *Herfs*, wonach Dritteinfluss zulässig sei, wenn u.a. effektive Kontrollmechanismen den Dritten zur Wahrung des Gesellschaftsinteresses anhalten⁵⁷⁰.

Zusammenfassend gilt demnach, dass die strikte Einbindung des Dritten infolge seiner organmäßigen Stellung die Verbandssouveränität wahrt.

b. Selbstorganschaft

Auch die Selbstorganschaft zählt zu den Rechtsprinzipien, die schädigenden Dritteinfluss abhalten können. Sie wurde jedoch schon bei der *Genossenschaft* und den *Per-*

⁵⁶⁸. *Ebd.*

⁵⁶⁹. *Kleindiek*, Strukturvielfalt, § 7 A I, S. 94 ff.

⁵⁷⁰. *Herfs*, S. 54.

sonengesellschaften angesprochen⁵⁷¹. Insofern ist auf die dortigen Ausführungen zu verweisen⁵⁷², insbesondere bestehen aufgrund der Selbstorganschaft keine Bedenken gegen organschaftliche Drittrechte infolge der Organerrichtungstheorie.

c. Abspaltungsverbot

Nach dem verbandsübergreifenden Abspaltungsverbot können die Mitglieder bzw. der Verband Organrechte nicht losgelöst von der Mitgliedschaft auf andere Mitglieder oder Dritte übertragen⁵⁷³. Sie sind vielmehr untrennbar mit der Mitgliedschaft verbunden⁵⁷⁴. Daraus folgt, dass diese Rechte nicht mit dinglicher Wirkung übertragbar sind, ein förmlicher Wechsel der Rechtsinhaberschaft ist daher ausgeschlossen. Doch hat sich in Anlehnung an die *Rechtsprechung* das Abspaltungsverbot vom Wortlaut des § 717 S. 1 BGB gelöst und ist auf alle der Übertragung gleichwertigen, insbesondere schuldrechtlichen Absprachen ausgeweitet worden⁵⁷⁵. Richtigerweise ist jedoch das Abspaltungsverbot nur eine Rechtstechnik, die die Verbandssouveränität und infolgedessen die Richtigkeitsgewähr verbandsautonomer Willensakte vor schädlichem Dritteinfluss schützen möchte⁵⁷⁶. Das Abspaltungsverbot soll demnach verhindern, dass ein Dritter durch ein originäres Organrecht (z.B. Stimmrecht) auf die Satzungs- und Selbstverwaltungsautonomie einwirken kann. Die dem Dritten infolge der Organerrichtung zugewiesenen Rechte sind jedoch aufgrund ihrer Qualität als Organrechte per se derivativ von der Mitglieder- bzw. Gesellschafterversammlung abgeleitet, werden daher auch nicht abgespalten. Vielmehr werden sie - solange das mit dem Dritten besetzte Organ besteht - diesem zur Ausübung zugewiesen, was auch nach der Rechtsprechung - wie dargestellt - unproblematisch ist⁵⁷⁷.

d. Bestimmtheitsgrundsatz, Kernbereichslehre und Gleichbehandlungsgebot

Diese ungeschriebenen Prinzipien finden ihre dogmatischen Grundlagen in dem gesetzlich vorgegebenen Minderheitenschutz. Ihr Sinn und Zweck ist der Individual-

⁵⁷¹ Vgl. auch *Weber*, S. 75.

⁵⁷² Vgl. S. 115 ff. und S. 131 ff.

⁵⁷³ RGZ 82, S. 167 ff., 169; RGZ 132, S. 149, 159; BGHZ 43, S. 261, 267; BGH, WM 1968, S. 96, 97; BGH, WM 1976, S. 1247, 1249; BGH, WM 1987, S. 70, 71; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 14, Rdn. 19; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47, Rdn. 28; *Erman/H.P. Westermann*, § 38, Rdn. 2; *Fleck*, FS für Fischer (1979), S. 107, 108; *Gefler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 8, Rdn. 26; *Hettrich/Pöhlmann*, § 18, Rdn. 4; *Hüffer*, § 8, Rdn. 10; *ders.*, § 12, Rdn. 1; *KölnK/Kraft*, § 8, Rdn. 41; *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, § 18, Rdn. 1; *Lutter/Hommelhoff*, § 47, Rdn. 2; *Müller*, § 18, Rdn. 66; *MünchKAG/Heider*, § 8, Rdn. 108 ff.; *MüKo/Reuter*, § 32, Rdn. 33 ff.; *Reichert*, Rdn. 895 ff.; *Roth/Altmeyen*, § 47, Rdn. 17 ff.; *Rowedder/Koppensteiner*, § 47, Rdn. 24 ff.; *Scholz/K. Schmidt*, § 47, Rdn. 20; *Theissen*, DB 1993, S. 469; *Soergel/Hadding*, § 38, Rdn. 29; *Staudinger/Weick*, § 38, Rdn. 2, 4; *Stoiber*, Rdn. 203; *Weber*, S. 61 ff.

⁵⁷⁴ *Schlegelberger/Martens*, § 109, Rdn. 13.

⁵⁷⁵ RGZ 82, S. 167, 169 ff.; 132, S. 149, 159; BGHZ 3, S. 354, 359; 20, S. 363, 365; 36, S. 292, 293.

⁵⁷⁶ *Bälz*, ZGR 1980, S. 1, 72; *Dörrie*, § 3 II 3, S. 49; *Fleck*, FS für Fischer (1979), S. 107, 118 ff.; *K. Schmidt*, GesR, § 19 III 4a, S. 560, 561 (mit Bezug auf *Flume*, Personengesellschaft, § 14 IV, S. 220 ff., VII, S. 235 ff.).

⁵⁷⁷ Vgl. S. 134.

schutz des einzelnen Mitglieds vor einer verbandsinternen Mehrheit. Die Abwehr verbandsexterner Fremdbestimmung obliegt ihnen nicht⁵⁷⁸. Insofern sind sie für die vorliegende Abhandlung irrelevant.

e. Verbandliche Treuepflicht

Auch die verbandliche Treuepflicht dient dem verbandsinternen Ausgleich von Mehrheits- und Minderheits- sowie Verbands- und Individualinteressen. Es ist auch hier fraglich, ob die verbandliche Treuepflicht überhaupt in der Lage ist, verbandsfremden Dritteinfluss abzuschirmen, oder ob sie dem rein verbandsinternen Interessenausgleich dient. Allgemein stellt die verbandliche Treuepflicht eine Verhaltensregel für die Ausübung von Mitgliedschafts- und Organrechten dar⁵⁷⁹. Ursprünglich laut Rechtsprechung nur in der *Personengesellschaft* angesiedelt, wurde deren Geltung von der *Aktiengesellschaft* auf die *GmbH* ausgedehnt, so dass nicht mehr fraglich ist, ob verbandliche Treuepflichten überhaupt bestehen, sondern welchen Umfang sie haben⁵⁸⁰. Dabei besteht hinsichtlich deren Schutzrichtung nunmehr die Erkenntnis, dass die Treuepflicht sowohl zwischen dem Verband und dem einzelnen Mitglied als auch zwischen den einzelnen Mitgliedern besteht⁵⁸¹. Neben der allgemeinen verbandlichen besteht eine spezielle organschaftliche Treuepflicht⁵⁸², da dem Organwalter infolge seiner Stellung die Befugnis zusteht, über fremdes Vermögen zu disponieren⁵⁸³.

Infolge der hier vertretenen Organerrichtungstheorie ist der Dritte durch seine Qualifizierung als Organ in deren Anwendungsbereich einbezogen. Insofern stellt die organschaftliche Treuepflicht ein entscheidendes Korrektiv für den organschaftlichen Dritteinfluss dar. Ohne Qualifizierung des Dritten als Organ könnte dagegen die organschaftliche Treuepflicht aufgrund der Relativität von Schuldverhältnissen nicht

⁵⁷⁸ Vgl. K. Schmidt, GesR, § 16 III, S. 466 ff., m.w.N.

⁵⁷⁹ Vgl. statt vieler nur: MüKo/Ulmer, § 705, Rdn. 181 ff.; Wiedemann, ZGR Sonderheft 13, S. 5, 20; vgl. auch BGHZ 129, S. 136, 143.

⁵⁸⁰ Vgl. Saenger, § 7 I, S. 135.

⁵⁸¹ Habersack, Mitgliedschaft, § 6 III 4b, S. 95 ff.; Hüffer, FS für Steindorff (1990), S. 59, 65; Saenger, § 7 III, S. 146; K. Schmidt, GesR, § 20 IV 1c, S. 589; für Personengesellschaft: Baumbach/Hopt, § 109, Rdn. 23; GroßKzHGB/Ulmer, § 105, Rdn. 243; Grunewald, S. 12 ff.; MüKo/Ulmer, § 707, Rdn. 186-189; Schlegelberger/Martens, § 109, Rdn. 22; Schlegelberger/K. Schmidt, § 105, Rdn. 161 ff.; für GmbH: BGH, NJW 1989, S. 166, 167, m.w.N.; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 13, Rdn. 21; Lutter/Hommelhoff, § 14, Rdn. 18, 19; Scholz/Emmerich, § 13, Rdn. 36; Scholz/Winter, § 14, Rdn. 52; für Aktiengesellschaft: BGHZ 103, S. 184, 194 ff.; Hüffer, § 53a, Rdn. 19 ff.; Lutter, ZHR 153 (1989), S. 446, 454; für Genossenschaft: Beuthien, § 18, Rdn. 36, 42; Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, § 18, Rdn. 50 ff.; Müller, § 18, Rdn. 68; speziell für den Verein: Reichert, Rdn. 608 ff.; Sauter/Schweyer, Rdn. 348.

⁵⁸² Allgemein: Hauswirth, S. 65, Wiedemann, a.a.O.; für Personengesellschaften: MüKo/Ulmer, § 705, Rdn. 158 ff.; ders., § 709, Rdn. 30, m.w.N.; für GmbH: Baumbach/Hueck/Zöllner, § 35, Rdn. 19, 20, m.w.N.; Hachenburg/Mertens, § 43, Rdn. 36, m.w.N.; für Aktiengesellschaft: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 75, Rdn. 8; Hüffer, § 93, Rdn. 4 ff.; KölnK/Mertens, § 93, Rdn. 57 ff.; für Genossenschaft: Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, § 24, Rdn. 65, m.w.N.; für Verein: Reichert, Rdn. 617.

⁵⁸³ So zutreffend Wiedemann, GesR, § 8 II 3a, S. 432.

auf den Dritten ausgedehnt werden. Wie sich in dem nächsten Kapitel zeigt, stellt dies gerade die Gefahr des schuldrechtlichen Dritteinflusses dar.

f. Organbegriff

Die hier vertretene Organerrichtungstheorie sieht den materiell-statutarisch begünstigten Dritten als Organ an (sog. Kurationsorgan)⁵⁸⁴. Namentlich *Ulmer* hält dieser Sichtweise entgegen, sie führe zu einer „uferlosen Ausweitung des derzeit ohnehin wenig präzisen Organbegriffs“⁵⁸⁵. Daher ist im Folgenden näher auf den Organbegriff einzugehen. Vorauszuschicken ist, dass der Organbegriff die rechtstechnische Seite des Vorgangs erfasst, wie der Organwalter Rechte mit Wirkung für den Verband wahrnimmt⁵⁸⁶.

aa. Zurechnungstechniken

Zunächst stellt sich die Frage, wie das Handeln des Organwalters dem Verband zuzurechnen ist. Dabei haben sich zwei Theorien herausgebildet. Sie sind nachfolgend in der gebotenen Kürze zu erläutern, da für das hier behandelte Problem nicht die eigentliche Zurechnungstechnik entscheidend ist, sondern vielmehr die genauen Voraussetzungen organschaftlichen Handelns.

Rechtsgeschichtlich entwickelten sich diese Theorien um die Rechtsnatur der juristischen Person, doch stellt sich dieses Problem letztlich bei allen Verbänden. Nach der sog. Vertretertheorie ist die juristische Person handlungsunfähig; im verfassungsmäßigen Vertreter (vgl. § 31 BGB) sei ein gesetzlicher Vertreter zu sehen, dessen Verhalten der juristischen Person zuzurechnen sei⁵⁸⁷. Dagegen handelt nach der sog. Organtheorie die juristische Person selbst durch ihren verfassungsmäßigen Vertreter; sie ist also durch ihre Organe selbsthandelnd⁵⁸⁸.

Fraglich ist insofern, mit welchen Folgen das Verhalten des Organwalters dem Verband zuzurechnen ist. Analysiert man die Standpunkte, so reduziert sich jedoch die

⁵⁸⁴ Vgl. auch *Beuthien/Gätsch*, ZHR 156 (1992), S. 459, 467 ff.; *dies.*, ZHR 157 (1993), S. 484, 486; *Bürkle*, S. 168; *Ehrenberg/Feine*, Bd. I, § 34 II 3, S. 474; *Flume*, Juristische Person, § 7 I 2, S. 191; *ders.*, FS für Coing II (1982), S. 97, 98; *Hachenburg/Mertens*, § 37, Rdn. 21; *Harde*, S. 125, 137 ff., 149; *Herfs*, S. 61-73; *Klumpp*, S. 56 ff., 62; *Kronstein*, S. 20 (Fn. 24), 31 ff.; *Lutier/Hommelhoff*, § 46, Rdn. 1; *Molitor*, FS für Ehrenberg (1927), S. 41, 46, 59, 61; *Reuter*, Perpetuierung, S. 172 ff.; wohl auch *Rowedder/Koppensteiner*, § 37, Rdn. 20; wohl auch *Voormann*, Beirat, § 14 Ia, S. 129; *Weber*, S. 159 ff.

⁵⁸⁵ *Ulmer*, FS für Werner (1984), S. 911, 923; *ders.*, *MiKa/Ulmer*, § 705, Rdn. 211; *ders.*, FS für Wiedemann (2002), S. 1297, 1304 ff.; vgl. auch *Herfs*, S. 63; *Reuter*, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), S. 631, 634.

⁵⁸⁶ Vgl. hierzu auch die Ausführungen bei *Wolff/Bachof*, VerR II, § 74 Ia 1, S. 49.

⁵⁸⁷ Dogmatischer Wegbereiter war v. *Savigny*, § 90, S. 281 ff.; vgl. zu heutigen Darstellungen seiner Lehre: *Flume*, Juristische Person, § 1, S. 1-30; *Kleindiek*, Deliktshaftung, § 7 A I, S. 151, m.w.N.

⁵⁸⁸ Dogmatischer Wegbereiter war v. *Gierke*, Deutsches Privatrecht I, S. 466 ff.; *ders.*, Genossenschaftsrecht I, S. 603 ff.; vgl. zu den modernen Vertretern: *Beuthien/Gätsch*, ZHR 156 (1992), S. 459, 468; *Enneccerus/Nipperdey*, § 103 IV 2, S. 618; *Hübner*, § 14 IV 2, Rdn. 197, S. 117; *Kleindiek*, a.a.O.; *Palandt/Heinrichs*, § 31, Rdn. 1; *K. Schmidt*, GesR, § 10 I 2, S. 250 ff.; *Soergel/Hadding*, § 31, Rdn. 1; vgl. ferner *BGHZ* 98, S. 148, 151.

ganze Auseinandersetzung auf die Frage, ob sich die Verhaltenszurechnung mit dem Institut der individualrechtlichen Stellvertretung hinreichend erfassen lässt. Da es - wie schon erwähnt - vorliegend weniger auf die genaue dogmatische Zurechnungstechnik als vielmehr auf die allgemeinen Organvoraussetzungen ankommt, verzichtet die vorliegende Untersuchung auf eine ausführliche Stellungnahme hierzu. Letztlich bedarf es aber ohnehin keiner abschließenden Entscheidung, da auch die Anhänger der Vertretertheorie den „Vertreter“ als Organ bezeichnen⁵⁸⁹, so dass die eigentliche Schwierigkeit für die vorliegende Untersuchung darin besteht, den Begriff des „Organs“ zu definieren. Die „Uferlosigkeit“ des Organbegriffs hängt aber primär damit zusammen, dass versucht wird, einen für alle Rechtsgebiete und Sachfragen einheitlichen Organbegriff zu definieren. Hiervon ist aber Abstand zu nehmen.

bb. Verschiedene Organbegriffe

Das „Dickicht“ der Organbegriffe lüftet sich zunächst durch eine von *Wiedemann* vorgenommene Dreiteilung in einen Organbegriff der juristischen Person, des Verbandsrechts und des steuerlichen Konzernrechts⁵⁹⁰. Erstere seien natürliche Personen, deren Verhalten als Verhalten der juristischen Person gilt, soweit sie als Amtsträger tätig sind. Den Gegensatz hierzu bilden die rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vertreter. Organe des Verbandsrechts seien Personen und Gruppen, deren Willensbildung für den Verband maßgebend sei und deren Entscheidung sowie Willensbildung am Verbandsinteresse orientiert sein müsse. Oberstes Verbandsorgan sei die Mitgliederversammlung. Den Gegensatz dazu bilden - so *Wiedemann* - die einzelnen Mitglieder, wenn sie ihre Mitgliederrechte ausüben⁵⁹¹. Unter den Organbegriff des steuerlichen Konzernrechts falle die Organgesellschaft, die von einem anderen Unternehmen, das als Organträger fungiere, abhängig, aber rechtlich selbständig sei.

Weist *Wiedemann*'s Aufteilung in die richtige Richtung, so ist aber seinem aufgebauten Gegensatz zwischen dem Organbegriff der juristischen Person und dem des allgemeinen Verbandsrechts nicht zu folgen. Wenn der Gegensatz darin besteht, dass beim ersten Begriff das tatsächliche Verhalten und beim zweiten die Willensbildung die jeweilige Organeigenschaft definiert, so sind das keine Eigenschaften, die den Organbegriff definieren, im Gegenteil: gerade die Willensbildung stellt häufig eine notwendige Vorbereitung organschaftlichen Verhaltens dar. Insofern erscheint dies

⁵⁸⁹ Vgl. insbesondere *Flume*, Juristische Person, § 11 I, S. 377 ff.

⁵⁹⁰ *Wiedemann*, GesR, § 4 II 3a, S. 212; *ders.*, WM 1975, Sonderbeilage IV, S. 5, 15 ff; vgl. *Weber*, S. 160.

⁵⁹¹ A.a.O.

kein taugliches Abgrenzungskriterium zu sein. Ferner kommt hinzu, dass die juristische Person unter den Verbandsbegriff im modernen Sinne fällt, es also eine verbands- bzw. rechtsformübergreifende Definition geben muss. Letztlich unterliegt *Wiedemann* ebenfalls aber dem Versuch, den Organbegriff der juristischen Person so zu definieren, dass er unter den gesetzlich normierten Organbegriff des § 31 BGB fällt. Genau hierdurch entsteht jedoch die „Uferlosigkeit“ des Organbegriffs, wenn versucht wird, den verbandsrechtlichen Organbegriff mit dem haftungsrechtlichen des § 31 BGB zu vereinbaren. Die unterschiedlichen Organbegriffe zu vereinen, ist jedoch abzulehnen, da - wie sich nachfolgend zeigt - haftungsrechtliche Fragen (Voraussetzungen des Haftungseintritts und Beweisfragen) den Organbegriff des § 31 BGB beherrschen. Um zu einem für den vorliegenden Zweck brauchbaren Ergebnis zu kommen, sind aber die unterschiedlichen Rechtsfragen und -gebiete auseinanderzuhalten. Dies geschieht, indem zunächst zwischen dem verbandsrechtlichen und dem haftungsrechtlichen Organbegriff differenziert wird.

(1) Verbands- vs. haftungsrechtlicher Organbegriff

Gemäß § 31 BGB ist der *Verein* für den Schaden verantwortlich, den er, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat. Der Anwendungsbereich des § 31 BGB erstreckt sich nach ganz herrschender Meinung nicht nur auf den rechtsfähigen *Verein* bzw. gem. § 89 BGB auf den Fiskus (Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts), sondern auch auf andere juristische Personen und Sondervermögen. Im Ergebnis sind alle hier betrachteten Verbände davon erfasst⁵⁹². Die rechtspolitische Grundlage des § 31 BGB ist eine Gerechtigkeitserwägung⁵⁹³: kommt einerseits die Tätigkeit nebst Ergebnissen einer für die juristische Person handelnden Person regelmäßig der juristischen Person zu, so erscheint es nur gerecht, dass sie andererseits auch für die Schäden einstehen muss, die durch Fehler oder durch bewusste Rechtsverletzungen seitens der handelnden Person entstehen⁵⁹⁴. Insofern besteht unabhängig von der allgemeinen deliktischen Vorschrift des § 831 BGB – welche kein Verschulden zurechnet, sondern eine Haftung wegen eignen Verschul-

⁵⁹² Vgl. *Larenz/Wolf*, § 10, Rdn. 84, S. 214; *Kleindiek*, Deliktshaftung, § 10 E III 2, S. 261; *MüKo/Reuter*, § 31, Rdn. 11 ff., 10; *MüKo/Ulmer*, § 705, Rdn. 217 ff.; *Soergel/Hadding*, § 31, Rdn. 7; *K. Schmidt*, GesR, § 60 II 4, S. 1782; *Wiedemann*, GesR, § 5 II 3a, S. 264; a.M. *BGHZ* 45, S. 311, 312.

⁵⁹³ Vgl. auch *Kleindiek*, Deliktshaftung, § 10 D, S. 253.

⁵⁹⁴ Vgl. *Larenz/Wolf*, § 10, Rdn. 82 ff., 84, S. 213; *Staudinger/Weick*, § 31, Rdn. 1.

dens darstellt - eine besondere Haftung der juristischen Person. Aus diesen haftungsrechtlichen Fragen haben sich u.a. auch obige Zurechnungstheorien entwickelt. Ob sich das haftungsauslösende Verhalten des Vertreters nur auf ein nichtrechtsgeschäftliches Verhalten⁵⁹⁵ oder auch auf ein solches bezieht, das vertragliche und gesetzliche Schadensersatzansprüche auslöst⁵⁹⁶, ist hier offen zu lassen, da für die Definition des Organbegriffs nur die Bestimmung des haftungsrechtlichen Organs entscheidend ist. Der haftungsrechtliche Grundgedanke des § 31 BGB, dass Handlungen, die ein Organ im Rahmen der ihm übertragenen Aufgaben vornimmt, dem dahinter stehenden Vermögensträger zuzurechnen seien⁵⁹⁷, bedingt den Personenkreis, für den der *Verein* haftet. Das Problem bei der Anwendung des § 31 BGB ist daher, zu bestimmen, für wessen Handlungen der *Verein* einstehen muss. Dies ist unproblematisch für das Geschäftsführungsorgan. Die Verbandshaftung erstreckt sich aber auch auf „andere verfassungsmäßig berufene Vertreter“⁵⁹⁸. Diese Formulierung bezieht sich zunächst auf die i.S.d. § 30 BGB geschaffenen Sonderorgane⁵⁹⁹. Doch hat die *Rechtsprechung* den Kreis der unter diese Vorschrift fallenden Personengruppen im Ergebnis auf eine Art Repräsentantenhaftung erweitert. Um in den Anwendungsbereich zu fallen „genügt [es, Anm. d. Verf.], dass dem Vertreter durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, dass er also die juristische Person auf diese Weise repräsentiert“⁶⁰⁰. Hiernach fallen etwa ein Filialleiter⁶⁰¹, ein Zweigstellenleiter einer Großbank⁶⁰², der Chefarzt eines Krankenhauses⁶⁰³ unter den Begriff des verfassungsmäßig berufenen Vertreters.

Wichtig ist aber, den Grund für diese über den „normalen“ Organbegriff des § 31 BGB hinausgehende Auslegung zu verstehen: wenn sich der Kreis der unter § 31 BGB fallenden Personen auf die organisationsrechtlichen Organe beschränkte, käme eine deliktische Haftung des Verbands für leitende Angestellte - da sie gerade keine Organe im Sinne der Verbandsfassung sind - nur über § 831 BGB in Frage. Hierbei würden jedoch zwei Probleme auftreten, erstens die Exkulpationsmöglichkeit des Geschäftsherrn und zweitens der Umstand, dass rechtsdogmatisch § 831 BGB eine Haftung wegen eines eigenen Auswahl- oder Überwachungsverschuldens des Ge-

⁵⁹⁵ So *Staudinger/Weick*, § 31, Rdn. 3, m.w.N.; im Ergebnis auch *Flume*, *Juristische Person*, § 11 III 5, S. 395.

⁵⁹⁶ So *Larenz/Wolf*, § 10, Rdn. 85, S. 214.

⁵⁹⁷ *Larenz/Wolf*, a.a.O.

⁵⁹⁸ Vgl. *Landwehr*, *AcP* 164 (1964), S. 482 ff.

⁵⁹⁹ *MüKo/Reuter*, § 31 Rdn. 6.

⁶⁰⁰ So *BGHZ* 49, S. 19, 21; vgl. auch *MüKo/Reuter*, § 31, Rdn. 1 ff.

⁶⁰¹ *BGHZ*, a.a.O.

⁶⁰² *BGH*, *NJW* 1977, S. 2259 ff.; *BGH*, *NJW* 1984, S. 921, 922; *BGH*, *NJW-RR* 1990, S. 484, 485.

schäftsherrn darstellt. Bei der Anwendung des § 31 BGB geht es aber um die Zurechnung „fremden“ deliktischen, d.h. auch schuldhaften Verhaltens des Organwalters; ein eigenes (Auswahl- oder Überwachungs-) Verschulden soll gerade nicht vorliegen müssen. Es erfolgt gewissermaßen eine Zurechnung fremden Verschuldens an den Verband als eigenes. § 31 BGB bewirkt daher die Zurechnung des vom „Haftungsvertreter“ in eigener Person verwirklichten Haftungstatbestands an den Verband als potenten Vermögensträger⁶⁰⁴. Insofern ist der Organbegriff des § 31 BGB (Vorstand und Sonderorgan) durch die Figur des verfassungsmäßig berufenen Vertreters stark aufgeweicht worden. Zutreffend ist daher die Bezeichnung dieses Vertreters als „Haftungsvertreter“⁶⁰⁵. In diesem Fall ist daher von einem haftungsrechtlichen Organbegriff zu sprechen, der seine Grundlage aber in einer ungenügenden, durch § 831 BGB ausgestalteten Haftung und nicht im Organisationsrecht findet. Im Ergebnis ist also zwischen dem haftungsrechtlichen und dem organisationsrechtlichen Organbegriff zu unterscheiden. Nur der letztere ist hier relevant, da es um verbandsinterne Auswirkungen von Dritthandlungen, nicht um Auswirkungen von Verbandshandlungen im Außenverhältnis geht⁶⁰⁶.

(2) Organisationsrechtlicher Organbegriff

Es stellt sich nun die Frage nach dem verbandsrechtlichen Organbegriff. Auch innerhalb des Verbands- bzw. Organisationsrechts gibt es jedoch unterschiedliche Begriffe, so dass weiter zu differenzieren ist.

(a) Materieller vs. formeller Organbegriff

Der materielle Organbegriff orientiert sich an der Zielsetzung, die in Frage kommt, und dem relevanten Verhaltensmaßstab; eine am Verbandsinteresse ausgerichtete Amtsführung ist daher kennzeichnend für das Organ im materiellen Sinne⁶⁰⁷. Dagegen lässt es der formelle Organbegriff ausreichen, wenn einer Person oder Personen-Gruppe kraft Gesetzes oder Satzung die gebündelte Wahrnehmung von Rechten im Rahmen der Verbandsorganisation zugewiesen ist⁶⁰⁸.

⁶⁰³ BGHZ 77, S. 74.

⁶⁰⁴ So Kleindiek, Deliktshaftung, § 10 H I, S. 277.

⁶⁰⁵ Staudinger/Weick, § 31, Rdn. 4.

⁶⁰⁶ So auch Bürkle, S. 40; ähnlich Beuthien/Gätsch, a.a.O.

⁶⁰⁷ Vgl. Hüffer, ZGR 1980, S. 320, 321 ff.; Maulbetsch, S. 56; Rohleder, § 3 VI, S. 19; Schneider, DB 1973, S. 953, 955.

⁶⁰⁸ Wiedemann, FS für Schilling (1973), S. 105, 109; Voormann, Beirat, § 10 IV, S. 66.

(b) Gesellschaftsorgan vs. Gruppenorgan

Im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit von statutarischen Vertreterklauseln hat sich eine Diskussion entwickelt, ob der aufgrund der Klausel berufene Vertreter Organ ist⁶⁰⁹. Dies sei - so eine Ansicht - zu bejahen, da die Vertretung Bestandteil des Statuts sei und nur alle Gesellschafter sie erweitern, verändern oder beseitigen könnten⁶¹⁰. Der repräsentierte Gesellschafter gebe seine Stimme an den gemeinsamen Vertreter ab, aber nicht an ihn als Person, sondern als gesellschaftliches Organ⁶¹¹. In diesem Zusammenhang wird von dem Vertreter auch als Gruppenorgan oder Repräsentativorgan gesprochen⁶¹², der auf das Interesse der in der Gruppe vertretenen Gesellschafter verpflichtet sei⁶¹³. Gesamtorgane seien dagegen auf das Gesellschaftsinteresse ausgerichtet und entsprechend verpflichtet.

(c) Öffentlich-rechtlicher Organbegriff

Im öffentlichen Verwaltungsrecht hat sich bei der inneren Organisation eines Verwaltungsträgers folgende Unterscheidung herausgearbeitet, die häufig als Vorlage für einen verbandsrechtlichen Organbegriff dient: Organe sind rechtlich geschaffene Einrichtungen eines Verwaltungsträgers, die dessen Zuständigkeiten wahrnehmen; Organwalter sind dagegen jene Personen, die konkret die den Organen zugewiesenen Zuständigkeiten ausüben⁶¹⁴. Das Organ ist nach dieser Auffassung sowohl institutionell als auch funktionell bestimmt. Institutionell sei das Organ zwar dem Verwaltungsträger eingegliedert, aber organisatorisch eine selbständige Einrichtung; es sei aber keine Rechtsperson, sondern Teil derselben⁶¹⁵. Funktionell habe das Organ bestimmte Kompetenzen in Form von Fremdzuständigkeiten. Nur der Verwaltungsträger habe unmittelbare Eigenzuständigkeiten, das Organ dagegen insoweit transitorische Wahrnehmungszuständigkeiten, als es seine Zuständigkeiten vermittelnd für den endgültig verpflichteten oder berechtigten Verwaltungsträger wahrnehme⁶¹⁶. Nach *Wolff/Bachof* ist ein Organ im normativen Sinne ein durch organisatorische Rechtsätze gebildetes eigenständiges, institutionelles Subjekt von Zuständigkeiten zur transitorischen Wahrnehmung der Eigenzuständigkeiten einer Organisation. Als institu-

⁶⁰⁹ Vgl. *K. Schmidt*, GesR, § 21 II 5, S. 621.

⁶¹⁰ *Wiedemann*, Übertragung, § 16 I 1b, S. 388; *ders.*, GesR, § 7 II 1b, S. 371; *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit, § 10 III 2, S. 260.

⁶¹¹ *Wiedemann*, Übertragung, § 16 I 2b, S. 389; vgl. aber *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), S. 525, 538; *ders.*, GesR, § 21 II 5c, S. 623.

⁶¹² Vgl. *Voormann*, Beirat, § 10 IV, S. 64.

⁶¹³ *Hölters*, BB 1977, S. 105, 106; *ders.*, DB 1980, S. 2225, 2226; *K. Schmidt*, GesR, § 57 II 2b, S. 1674; vgl. zum Begriff *Scholz/K. Schmidt*, Anh. § 45, Rdn. 63; *Wiedemann*, FS für Schilling (1973), S. 105, 108 ff.; *Voormann*, a.a.O.

⁶¹⁴ *Maurer*, § 21 II 1, Rdn. 19, S. 528.

⁶¹⁵ *Maurer*, § 21 II 2a, Rdn. 23, S. 530.

tioneller Inbegriff von Wahrnehmungszuständigkeiten sei das Organ unabhängig von der Individualität und vom Wechsel seiner Organwalter⁶¹⁷. Das Organ unterscheide sich als Subjekt von den Wahrnehmungsständigkeiten, die auf einen ideellen Einheitsspunkt bezogenen seien.

(d) Literaturmeinungen

Zur Vervollständigung sind noch verschiedene Organbegriffe der gesellschaftsrechtlichen Literatur angeführt: Nach *Beuthien/Gätsch* sind Organe diejenigen Einrichtungen des Verbands, denen durch Gesetz oder Satzung Funktionen, die der Erreichung des Verbandszwecks dienen, zugewiesen worden sind⁶¹⁸. *Herfs* fordert dagegen neben einem körperschaftlichen Bestellungsakt (des Organwalters) dessen organisatorische Eingliederung in den Verband, wobei ihm Rechte zu übertragen sind, die grundsätzlich der Gesellschaftergesamtheit zustehen⁶¹⁹. Unter anderem nach *Ulmer* sind Organe diejenigen Personen, die als einzelne oder gemeinsam nach der Verbandsverfassung befugt sind, den Willen eines Verbands zu bilden oder in die Tat umzusetzen⁶²⁰. Einen restriktiven Organbegriff vertritt *Wieland*, wonach Organe vom Gesetz mittelbar oder unmittelbar vorgesehen sein müssen⁶²¹. *Zöllner* legt Wert darauf, dass Organe mit den zur Erfüllung verbandsnützlicher Aufgaben notwendigen innerverbandlichen Entscheidungsbefugnissen ausgestattet sind⁶²².

(e) Zusammenfassung

Trotz der unterschiedlichen Definitionen zeichnet sich eine gewisse Gemeinsamkeit ab. Zunächst wird überwiegend eine institutionelle Eingliederung des Organs in die Verbandsorganisation verlangt, die entweder durch Gesetz oder durch Statut geschieht. Funktionell sind dem Organ Kompetenzen zur Aufgabenerfüllung zuzuweisen. Die funktionelle Aufgabenbewältigung hat sich an einem zuvor definierten Interesse zu orientieren, das sich auf den Verband als solchen oder auf bestimmte Verbandsmitglieder beziehen kann (Gesamt- vs. Gruppenorgan); feststeht, dass das Organ außenstehende (Dritt-) Interessen dabei nicht verfolgen darf. Umstritten bleibt aber, ob das Organ die wahrgenommenen Rechte derivativ von der Gesellschafterge-

⁶¹⁶ *Maurer*, § 21 II 2b, Rdn. 24, S. 530.

⁶¹⁷ *Wolff/Bachof*, VerR II, § 74 Ia 6, S. 50.

⁶¹⁸ *Beuthien/Gätsch*, a.a.O.

⁶¹⁹ *Herfs*, S. 71.

⁶²⁰ *MüKo/Ulmer*, § 705, Rdn. 211, m.w.N.; ebenso *Balzer*, S. 29 ff.; *Nitschke*, § 6 I, S. 94; *Staudinger/Weick*, Einl. zu §§ 21, Rdn. 50, 51; ähnlich *Soergel/Hadding*, § 26, Rdn. 3.

⁶²¹ *Wieland*, Bd. II, S. 91; ähnlich *Reuter*, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), S. 631, 633 ff.; *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit, § 5 III 2, S. 152.

samtheit ableitet⁶²³ oder die Rechte originärer Natur sind⁶²⁴. Letzteres ist aber abzulehnen, da es im Ermessen der Mitgliederversammlung als dem einzig autonomen Organ steht, Fakultativorgane und deren Kompetenzen, soweit gesetzlich zulässig, zu errichten und abzuschaffen. Aufgrund dessen vermittelt sie aber auch dem Organ die jeweilige Kompetenz, gibt letztlich eine eigene Kompetenz ab. Dies spricht für eine derivative Stellung.

Die Kritik von *Ulmer* ist also dadurch zu lösen, dass aus der Fülle der Organbegriffe der für die vorliegende Thematik relevante Begriff zu definieren ist. Da es sich dabei um eine Frage des verbandlichen Organisationsrechts handelt, bedarf es mithin eines verbands- bzw. organisationsvertraglichen Organbegriffs. Insofern bietet sich in Anlehnung an die genannten Auffassungen die folgende Definition an: Organ ist eine durch einen oder mehrere Organwalter verwaltete Stelle innerhalb der Verbandsorganisation, die der Verband bzw. dessen Mitglieder durch die Zuweisung von Kompetenzen errichten, deren Willensbildung oder Handeln für den Verband bzw. dessen Mitglieder maßgeblich ist und deren Entscheidungen sich am Verbandsinteresse orientieren müssen. Dieser verbandsübergreifende Organbegriff der hier vertretenen Organerrichtungstheorie gewährleistet die erforderliche strikte Einbindung des statutarisch begünstigten Dritten als Organ(walter).

4. Rechtsfolgen der Organerrichtungstheorie

Zu klären bleibt noch, welche verbandsrechtliche Wirkung eine rechtmäßige bzw. rechtswidrige Ausübung eines organschaftlichen Drittrechts hat; es ist an die Abwandlung des *Beispiels Nr. 9* erinnert⁶²⁵. Dort war fraglich, ob die Zustimmung der Bank eine Wirksamkeits- bzw. Tatbestandsvoraussetzung für den Beschluss ist; ferner, ob der Bank ein Anfechtungsrecht zusteht, wenn die Gesellschafterversammlung den Beschluss in nicht satzungsgemäßer Weise fasst. Andersherum ist aber auch fraglich, wie sich ggf. eine rechtswidrige Verweigerung der Zustimmung verbandsrechtlich auswirkt. Vergleichbare Fragen stellen sich, wenn die Gesellschafterversammlung einem Dritten das Recht zuweist, den Geschäftsführer einer *GmbH* zu bestellen und abzuberufen. Ausgangspunkt einer Antwort muss die aufgezeigte gestaltende Wirkung des Organrechts sein, wonach dessen Ausübung normsetzende

⁶²² Vgl. *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 45, Rdn. 13.

⁶²³ So *Herfs*, a.a.O.

⁶²⁴ So *Nitschke*, § 15 I, S. 275; *Rohleder*, § 3 VI, S. 20; *Voormann*, Beirat, § 10 IV, S. 65; *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit, § 11 I 2, S. 387.

⁶²⁵ Vgl. S. 29.

Wirkung für die übrigen Organe hat und insofern eine verbindliche verbandsinterne Rechtslage erzeugt⁶²⁶. Aufgrund dieser gestaltenden Wirkung ergibt sich, dass die rechtmäßige Ausübung des dem Dritten zugewiesenen Organrechts eine Wirksamkeits- bzw. Tatbestandsvoraussetzung der verbandlichen Maßnahme darstellt.

Wäre im obigen Beispiel die Zustimmungsverweigerung der Bank nun rechtmäßig, ist weiter fraglich, ob der Beschluss erstens formell- oder zweitens materiell-rechtlich fehlerhaft oder drittens aber rechtmäßig, jedoch schwebend unwirksam i.S.v. § 182 BGB ist. Welche der drei denkbaren Rechtsfolgen nun eintritt, ist jedoch im Ergebnis unerheblich, da bei allen drei Varianten der Beschluss im Ergebnis unwirksam ist. Allerdings scheidet eine formelle Rechtswidrigkeit wohl aus, da diese üblicherweise Verfahrensfehler der Beschlussfassung wie Form, Zuständigkeit und dergleichen erfasst. Im Fall einer rechtmäßigen Zustimmungsverweigerung der Bank wäre daher der Beschluss - bzw. im Fall eines Bestellungsrechts die Bestellung - unwirksam. Bei einer treuwidrigen Zustimmungsverweigerung wäre allerdings der Beschluss wirksam, da die Zustimmungsverweigerung aufgrund ihrer Treuwidrigkeit nichtig wäre. Insofern ist die Zustimmungsverweigerung mit der treu- bzw. rechtswidrigen Stimmabgabe zu vergleichen, die nach herrschender Meinung ihrerseits nichtig ist⁶²⁷.

Etwas anders gilt nur, wenn man die von der *GmbH*, *Aktiengesellschaft* und *Genossenschaft* her bekannte Figur der Anfechtbarkeit auf die vorliegenden Fälle übertragen würde. Dort besteht die Besonderheit, dass der Beschluss der Gesellschafterversammlung, Haupt- sowie Generalversammlung rechtswidrig sein kann, aber zunächst gleichwohl rechtswirksam ist, falls dieser materiell fehlerhaft ist. Um den fehlerhaften Beschluss zu beseitigen, bedarf es dann der Anfechtung gemäß §§ 243 ff. AktG, 51 GenG⁶²⁸; zudem ist die Geltendmachung des Fehlers fristgebunden, § 246 AktG (analog)⁶²⁹, § 51 I S.2 GenG. Dieses Verfahren ist aber richtigerweise nicht auf Fakultativorgane zu übertragen, also auch nicht auf Handlungen und Maßnahmen des statutarisch begünstigten Dritten, sondern nur auf Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, Haupt- sowie Generalversammlung anwendbar⁶³⁰. Es fehlt am Bedürfnis, dass die Beschlüsse eines Fakultativorgans bestandskräftig werden, da dessen Mitglieder keine eigenen, sondern nur amtsbezogene Rechte ausüben und ihnen gegen-

⁶²⁶. Vgl. S. 32.

⁶²⁷. Vgl. *OLG Hamburg*, ZIP 1991, S. 1430, 1434; *Lutter/Hommelhoff*, Anh. 47, Rdn. 46; *MüKo/Ulmer*, § 709, Rdn. 53; *a.M. Koppensteiner*, ZIP 1994, S. 1325; vgl. auch *Steinbeck*, § 6, S. 64, 65.

⁶²⁸. Vgl. *Beuthien*, § 51, Rdn. 19; *GroßKzAktG/K. Schmidt*, § 241, Rdn. 24, 37 ff.

⁶²⁹. Vgl. zur *GmbH*: *Baumbach/Hueck/Zöllner*, Anh. § 47, Rdn. 4.

⁶³⁰. So aber *BGHZ* 43, S. 261, 265; *OLG Düsseldorf*, BB 1982, S. 1074, 1075; *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 47, Rdn. 7; *Rowedder/Koppensteiner*, § 45, Rdn. 20; vgl. *Ulmer*, FS für Wiedemann (2002), S. 1297, 318.

über insofern keine Rücksicht zu nehmen ist⁶³¹. Auch ist an die Situation der eigentlichen Gesellschafter, Aktionäre und Genossen zu denken, die von der Anfechtbarkeit erst nach Ablauf der dann insoweit zu fordernden Anfechtungsfrist erfahren⁶³². Dies könnte sogar zu einem Verlust an Rechtssicherheit für die Gesellschafter führen⁶³³. Es bleibt also dabei, dass im Fall der Rechtswidrigkeit die allgemeine Nichtigkeitsfolge eintritt⁶³⁴. Insofern steht auch dem statutarisch begünstigten Dritten kein Anfechtungsrecht zu. Vielmehr kann er - wie die übrigen Organe bzw. Verbandsmitglieder (Gesellschafter) - ggf. die Unwirksamkeit des fehlerhaften Beschlusses durch eine Feststellungsklage i.S.v. § 256 ZPO feststellen lassen, die allerdings kein verbandsspezifisches Rechtsmittel ist, sondern jedermann erheben kann, der ein besonderes Feststellungsinteresse darzulegen vermag⁶³⁵.

Gleichwohl besteht eine Ausnahme im Fall eines Zustimmungsvorbehalts bei Beschlüssen der Gesellschafterversammlung, Haupt- sowie Generalversammlung, da dort unstreitig die Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage greift. Im Ergebnis bedeutet dies, dass im Fall einer rechtswidrigen, d.h. unwirksamen Zustimmungsverweigerung der Beschluss also rechtmäßig und unanfechtbar ist, im Fall einer rechtmäßigen Zustimmungsverweigerung der Beschluss dagegen rechtswidrig ist und somit die „normalen“ verbandlichen Rechtsmittel statthaft sind. Zur Klarheit wäre allerdings im ersten Fall auch eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO möglich.

Bei den *Personengesellschaften* und dem *Verein* lehnt die jeweils herrschende Meinung die Übernahme des Beschlussmängelrechts der §§ 243 ff. AktG ab; auch hier ist nur die Feststellungsklage gem. § 256 ZPO statthaft⁶³⁶.

⁶³¹ Reuter, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 631, 650.

⁶³² Reuter, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 631, 651; Voormann, Beirat, § 18 2b, S. 179.

⁶³³ So etwa Baumbach/Hueck/Zöllner, Anh. § 47, Rdn. 95.

⁶³⁴ So auch Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O.; Reuter, a.a.O.; Voormann, a.a.O.

⁶³⁵ Vgl. Soergel/Hadding, § 32, Rdn. 40, m.w.N.; Zöller/Greger, § 256, Rdn. 7 ff.

⁶³⁶ Vgl. für die *Personengesellschaften*: GroßKzHGB/Ulmer, § 119, Rdn. 80, m.w.N.; für den *Verein*: Soergel/Hadding, § 32, Rdn. 40, m.w.N.

5. Überblick

Nachfolgend wird ein Überblick über die zulässigen Ausgestaltungen bzw. den zulässigen Inhalt organschaftlicher Drittrechte aufgrund der Organerrichtungstheorie gegeben:

a. Organschaftliche Drittrechte auf die Satzungsautonomie

aa. Verein und Personengesellschaften

- Änderungsrecht des Gesellschaftsvertrags sowie diesbezüglicher Zustimmungsvorbehalt

bb. Aktiengesellschaft, Genossenschaft und GmbH

- Zustimmungsvorbehalt bei Satzungsänderungsbeschluss

b. Organschaftliche Dritt-Bestellung- und Abberufungsrechte

aa. GmbH

- Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers sowie diesbezügliche Zustimmungs-, Präsentations- und Vorschlagsrechte
- Entsendungsrechte für Mitglieder eines obligatorischen Aufsichtsrats sowie Zustimmungs-, Präsentations- und Vorschlagsrechte
- Entsendungsrechte sowie Zustimmungs-, Präsentations- und Vorschlagsrechte für Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats und Mitglieder sonstiger Fakultativorgane

bb. Verein

- Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder sowie diesbezügliche Zustimmungs-, Präsentations- und Vorschlagsrechte
- Entsendungsrechte sowie Zustimmungs-, Präsentations- und Vorschlagsrechte für Mitglieder fakultativer Organe

cc. Aktiengesellschaft

- Vorschlagsrechte bei der Wahl von Vorstandsmitgliedern
- Zustimmungsvorbehalt und Präsentations- sowie Vorschlagsrechte bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern durch die Hauptversammlung
- Zustimmungsvorbehalt bei der Abberufung der von der Hauptversammlung gewählten Aufsichtsratsmitglieder
- Zustimmungsvorbehalt bei der Bestimmung von Aufsichtsratsmitgliedern durch einen Entsendungsberechtigten

- Abberufungsrecht und Zustimmungsvorbehalt bei der Abberufung von entsandten Aufsichtsratsmitgliedern
- Entsendungsrechte sowie Zustimmungs-, Präsentations- und Vorschlagsrechte für Mitglieder fakultativer Organe

dd. Genossenschaft

- Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder sowie diesbezügliche Zustimmungs-, Präsentations- und Vorschlagsrechte
- Zustimmungsvorbehalt und Präsentations- sowie Vorschlagsrechte bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern
- Zustimmungsvorbehalt bei der Abberufung gewählter Aufsichtsratsmitglieder
- Entsendungsrechte sowie Zustimmungs-, Präsentations- und Vorschlagsrechte für Mitglieder fakultativer Organe

ee. Personengesellschaften

- Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers sowie diesbezügliche Zustimmungs-, Präsentations- und Vorschlagsrechte
- Entsendungsrechte sowie Zustimmungs-, Präsentations- und Vorschlagsrechte für Mitglieder fakultativer Organe

c. Organschaftliche Dritt-Weisungsrechte gegenüber Organen

aa. GmbH

- Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer sowie Zustimmungsvorbehalt bei Weisungen der Gesellschafterversammlung an den Geschäftsführer
- Weisungsrecht gegenüber einem fakultativen Aufsichtsrat, anderen fakultativen Organen sowie deren Mitgliedern, soweit keine kontrollierende Tätigkeit ausgeübt wird

bb. Verein

- Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand und dessen Mitgliedern sowie Zustimmungsvorbehalt bei Weisungen der Mitgliederversammlung an den Vorstand
- Weisungsrecht gegenüber fakultativen Organen und deren Mitgliedern, soweit keine kontrollierende Tätigkeit ausgeübt wird

cc. Aktiengesellschaft

- Weisungsrecht gegenüber fakultativen Organen und deren Mitgliedern, soweit keine kontrollierende Tätigkeit ausgeübt wird

dd. Genossenschaft

- Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand und dessen Mitgliedern sowie Zustimmungsvorbehalt bei Weisungen der Generalversammlung an den Vorstand
- Weisungsrecht gegenüber dem Aufsichtsrat, fakultativen Organen und deren Mitgliedern, soweit keine kontrollierende Tätigkeit ausgeübt wird

ee. Personengesellschaften

- Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer sowie Zustimmungsvorbehalt bei Weisungen der Gesellschaftergesamtheit an den Geschäftsführer
- Weisungsrecht gegenüber fakultativen Organen und deren Mitgliedern, soweit keine kontrollierende Tätigkeit ausgeübt wird

5. Kapitel - Schuldrechtlicher Dritteinfluss

I. Abgrenzungsfragen

Die vorherigen Ausführungen haben bereits die grundlegenden Unterschiede des schuldrechtlichen zum organschaftlichen Dritteinfluss aufgezeigt. Sie haben u.a. ergeben, dass organschaftlicher Dritteinfluss nicht der Verfolgung eigennütziger Interessen, sondern als fremdnützige Kompetenz im Interesse des Verbands dient, bei dessen Ausübung das Eigeninteresse des Verbands als Handlungsmaßstab verbindlich ist⁶³⁷. Im Unterschied zum schuldrechtlichen Dritteinfluss können keine hiervon abweichenden Eigeninteressen des Dritten verfolgt werden. Des Weiteren wurde herausgearbeitet, dass schuldrechtlicher Dritteinfluss grundsätzlich nur einvernehmlich von den Vertragsparteien mittels Aufhebungsvertrag beseitigt werden kann, während der organschaftliche Dritteinfluss der Kompetenz-Kompetenz der Mitglieder- bzw. Gesellschafterversammlung unterliegt⁶³⁸. Als weiterer Unterschied wurde die verschiedenartige Bindungswirkung hervorgehoben. Schuldrechtlicher Dritteinfluss als Gläubigerrecht i.S.v. § 194 I BGB impliziert die Angewiesenheit des Dritten auf die Mitwirkung des Verbands bzw. dessen Mitglieder zur Erreichung des vertragsgemäßen Ziels; ohne Mitwirkung kann kein anspruchsgemäßer Zustand erreicht werden. Schuldrechtlichem Dritteinfluss kommt somit keine rechtssetzende Wirkung zu. Ganz anders ist die Lage beim organschaftlichen Dritteinfluss in Form von Organrechten. Diese haben als eine Art von Quasi-Gestaltungsrechten eine normative, rechtssetzende Wirkung, die eine für alle übrigen Organe verbindliche Rechtslage erzeugt⁶³⁹.

Diese Unterscheidung stößt jedoch bei der praktischen (vertraglichen) Umsetzung auf Schwierigkeiten, da Organ- und Gläubigerrechte formell deckungs- und inhalts-gleich sein können, indem etwa Gläubigerrechte in einem Statut enthalten sind bzw. verlautbart werden. Eine Aussage zur rechtlichen Qualifizierung erfolgt bei der statutarischen Verlautbarung gerade nicht. Hieraus ergeben sich dann die erwähnten Abgrenzungsschwierigkeiten.

Die Abgrenzung zwischen Organ- und Drittrechten darf aber nicht den Eindruck erwecken, als ob sich beide Einflussarten per se in ihrer Existenz ausschließen würden. Ihr Verhältnis zueinander lässt sich vielmehr etwa mit dem Verhältnis Schuldrecht zu Sachenrecht oder Verpflichtungs- zu Erfüllungsgeschäft vergleichen. Deren Gegen-

⁶³⁷ Vgl. S. 29 ff.

⁶³⁸ Vgl. S. 29 ff. und S. 138 ff.

⁶³⁹ Vgl. S. 32 ff.

sätze sind also zu betonen, aber nicht im Sinne einer Ausschließlichkeit, sondern im Sinne einer Komplementarität.

Als Beispiel hierzu dient der Kauf einer beweglichen Sache: Gemäß dem Abstraktionsprinzip ist der Kaufvertrag als Grundgeschäft von dem Erfüllungsgeschäft (der Übereignung) zu trennen⁶⁴⁰. Deren rechtliche Existenzen sind - bis auf die Fälle der Fehleridentität - unabhängig voneinander, obwohl der Kaufvertrag die causa der Eigentumsübertragung ist. Trotzdem bedingen sie sich aber in ihrem Bestand; ohne causa gibt es grundsätzlich keine endgültige Vermögensübertragung. Ähnlich ist auch das Verhältnis des hier besprochenen schuldrechtlichen Dritteinflusses zu dem organschaftlichen⁶⁴¹.

Vor diesem Hintergrund ist also zunächst die rechtliche Natur statutarischer Drittrechte zu ermitteln. Es ist an das *Beispiel*⁶⁴² Nr. 10 zu denken, welches die Bestellung und Abberufung eines *GmbH*-Geschäftsführers durch eine Bank beschreibt, einerseits aufgrund einer Klausel im Darlehensvertrag und andererseits aufgrund einer Satzungs Vorschrift. Die Klausel im Darlehensvertrag ist unstreitig schuldrechtlicher Natur; die Natur der statutarischen Klausel ist indes erst zu ermitteln. Als materiell-statutarischer Satzungsbestandteil wäre sie ein Organrecht. Denkbar wäre jedoch auch eine Einordnung als formell-statutarischer Bestandteil; die Absprache wäre dann nur scheinbar ein Teil der Satzung⁶⁴³, tatsächlich entspräche sie der Klausel im Darlehensvertrag. Was genau gewollt ist, muss daher durch Auslegung ermittelt werden.

Ist also die Rechtsnatur der betreffenden Vorschrift herausgearbeitet worden, stellt sich beim schuldrechtlichen Dritteinfluss das nachfolgende Problem, das auf der oben beschriebenen Komplementarität beruht. Als Beispiel ist ein Weisungsrecht einer Bank gegenüber einem *GmbH*-Geschäftsführer anzuführen, das in einem Darlehensvertrag enthalten ist⁶⁴⁴. Wegen der Aufnahme im Darlehensvertrag handelt es sich - unstreitig - dem Grunde nach um ein schuldrechtliches Weisungsrecht. Fraglich ist aber, ob es - ggf. nach Auslegung - dabei bleiben soll oder ob nicht vielmehr als „Erfüllungsgeschäft“ der Bank ein organschaftliches Weisungsrecht seitens der *GmbH* im Wege der Satzungsänderung einzuräumen ist.

⁶⁴⁰ Vgl. *Jauernig/Jauernig*, vor § 854, Rdn. 12 ff.; *Martinek*, Rdn. 255, 256.

⁶⁴¹ Ähnlich auch *Reuter*, FS für Zöllner (1998), S. 487, 488, 491 ff.

⁶⁴² Vgl. S. 30.

⁶⁴³ Vgl. *Beuthien/Gätsch*, ZHR (1993), S. 483, 487.

⁶⁴⁴ Eine derartige Klausel könnte folgendermaßen aussehen: „Dem Darlehensgeber wird in allen Grundlagenentscheidungen, die die Geschäftspolitik in der Sparte „Metallbautechnik“ betreffen, ein Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer der Darlehensnehmerin eingeräumt.“

Es ist daher zu ermitteln, was genau Inhalt des schuldrechtlichen Dritteinflusses ist, d.h. ob dem Dritten nur ein Gläubigerrecht, also ein Anspruch auf die Vornahme eines Organisationsakts durch den Verband bzw. dessen Mitglieder, oder ein eigenes Recht zur Vornahme der organisationsrechtlichen Handlung innerhalb des Verbands einzuräumen ist.

Bezogen auf das *Beispiel Nr. 10* bedeutet dies⁶⁴⁵: es ist zu ermitteln, ob der Bank lediglich ein Anspruch auf Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers eingeräumt wird, der durch die anspruchskonforme Bestellung und Abberufung seitens des zuständigen Organs zu erfüllen wäre, oder ob der Bank die verbandsintern gestaltende Bestellungs- und Abberufungskompetenz mit entsprechender normativer Wirkung übertragen werden soll. Dass dies zwei rechtlich vollkommen unterschiedliche Handlungen sind, ist offensichtlich, zeigt aber die beschriebene Komplementarität. Wie bei dem Beispiel des Kaufvertrags ist ähnlich also auch hier das „Grundgeschäft“ von der „Erfüllungshandlung“ zu unterscheiden. Konkret ist einerseits zwischen organschaftlichen Dritt- und Gläubigerrechten, andererseits zwischen der Vornahme und Ausübung von Organrechten durch den Verband bzw. dessen Mitglieder aufgrund eines Gläubigerrechts und der Einräumung eines Organrechts zu Gunsten eines Dritten aufgrund eines Gläubigerrechts zu unterscheiden.

Während die Verpflichtungsebene beim organschaftlichen Dritteinfluss der Verband ist, ist beim schuldrechtlichen Dritteinfluss die Verpflichtungsebene des Verbands und die des Verbandsmitglieds auseinander zu halten, da einerseits die verbandliche und andererseits die mitgliedschaftliche Selbstbestimmung berührt wird. Beispielsweise kann zum einen der Dritte mit der *GmbH* einen Vertrag bzgl. der Geschäftsführerbestellung und zum anderen mit jedem einzelnen Gesellschafter einen entsprechenden Stimmbindungsvertrag abschließen⁶⁴⁶. Vom Ergebnis her besteht - die rechtliche Zulässigkeit derartiger Verträge vorausgesetzt - zwischen beiden kein Unterschied, wohl aber in der Art und Weise des Zustandekommens des anspruchsgemäßen Zustands. Man kann in diesem Zusammenhang von der „funktionalen Äquivalenz“ sprechen⁶⁴⁷: auf der Verpflichtungsebene „*GmbH*“ muss ggf. der Dritte gegen die *GmbH* auf Vertragserfüllung klagen, während auf der Verpflichtungsebene „Gesellschafter“ der einzelne Gesellschafter auf die entsprechende Stimmabgabe zu

⁶⁴⁵ Vgl. S. 30.

⁶⁴⁶ Vgl. *Weber*, S. 13, ff., S. 338 ff.

⁶⁴⁷ So *Winter*, ZHR 154 (1990), S. 259, 261.

verklagen ist; einerseits wäre also die *GmbH* passivlegitimiert, andererseits die Gesellschafter als Gesamtschuldner.

II. GmbH

1. Einfluss auf Satzungsautonomie

Als weiteres Beispiel ist anzuführen, dass im Rahmen der öffentlichen Wirtschaftsförderung häufig Investitionszuschüsse gewährt werden, falls sich eine Gesellschaft verpflichtet, ihren Sitz in die den Zuschuss gewährende Gemeinde zu verlegen. Auch hierbei handelt es sich um schuldrechtlichen Einfluss auf den Organisationsbereich der *GmbH*, da die Sitzverlegung (§ 4a GmbHG) eine Satzungsänderung i.S.d. §§ 53 ff. GmbHG darstellt⁶⁴⁸. In jüngster Zeit erfolgen solche Vereinbarungen im Rahmen eines sog. „Business Combination Agreement“ im Vorfeld einer Fusion⁶⁴⁹. Den Beispielen ist gemeinsam, dass die Gesellschaft jeweils die Vornahme einer bestimmten, konkreten Satzungsänderung mit einem Dritten vereinbart. Neben diesen einzelfallbezogenen Verpflichtungen wäre eine generelle, umfassende Vereinbarung zu Satzungsänderungen denkbar. Die rechtstechnische Ausgestaltung - vorbehaltlich der noch zu klärenden Zulässigkeit - ist auch hier weit zu fassen, d.h. von einer schuldrechtlichen „Übertragung“ der Kompetenz zur Satzungsänderung auf einen Dritten über Zustimmungsrechte bis hin zu Initiativ- oder Präsentationsrechten⁶⁵⁰.

Es zeigt sich im weiteren Verlauf der Untersuchung, dass einzelfallbezogene schuldrechtliche Verpflichtungen auf die Satzungsautonomie zulässig sind und im Ergebnis auch mit normativer Wirkung auf den Verband „durchschlagen“. Die einzelfallbezogene Verpflichtung ist jedoch hinsichtlich der Zulässigkeit ein Ausnahmefall, da anderenfalls, d.h. bei generellen, dauerhaften Bindungen, dies im Ergebnis dazu führen würde, eine schuldrechtliche Kompetenzverlagerung (bzw. -übertragung) auf einen Dritten zuzulassen. Da aber schon verbandsintern die unmittelbare Satzungsänderungskompetenz i.S.d. §§ 53 ff. GmbHG wegen der insofern fehlenden Dispositivität (gem. § 45 II GmbHG) nicht auf ein anderes Fakultativorgan übertragbar ist⁶⁵¹, verstoßen derartige Verträge gegen zwingendes Recht und sind deshalb nichtig⁶⁵². Zu

⁶⁴⁸. Lutter/Hommelhoff, § 53, Rdn. 2. - Schon das Reichsgericht hatte einen derartigen Fall, allerdings mit einer *Aktiengesellschaft*, zu verhandeln, in dem sich die Gesellschaft verpflichtete, ihren Sitz in die den Zuschuss gewährende Gemeinde zu verlegen. Die Gemeinde klagte, als der Gesellschaftssitz woanders eingenommen wurde, auf vertragsgemäße Verlegung des Sitzes, vgl. RGZ 112, S. 273 ff.

⁶⁴⁹. Vgl. hierzu Aha, BB 2001, S. 2225 ff.

⁶⁵⁰. Vgl. S. 52 ff.

⁶⁵¹. Vgl. S. 54 ff.; so die allgemeine Meinung, vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, § 53, Rdn. 26; Fleck, ZGR 1988, S. 104, 109; Hachenburg/Ulmer, § 53, Rdn. 2; Herfs, S. 276; Lutter/Hommelhoff, § 53, Rdn. 7, m.w.N.

⁶⁵². Dabei kann offen bleiben, ob diese Nichtigkeit aus § 134 BGB oder ob diese schon allein aus einem Verstoß gegen §§ 53, 45 II GmbHG herrührt, vgl. auch Erman/Palm, § 134, Rdn. 40; vgl. auch Weber, S. 352 ff.

betonen ist aber, dass sich dieses Ergebnis allein aus dem rechtstechnischen Argument der fehlenden Dispositivität und nicht aus materiellen Wertungsgründen (wie etwa der Gefährdung der Richtigkeitsgewähr und der verbandlichen Selbstbestimmung) herleitet. Diese Problematik stellt sich jedoch auch beim *Verein* und den *Personengesellschaften*, bei denen die Problematik allerdings nur anhand einer materiellen Wertung lösbar ist, da rechtstechnische Argumente insofern nicht fehlen.

Somit gilt als erste Erkenntnis, dass schuldrechtliche Verpflichtungen, die einen dauerhaften generellen Dritteinfluss auf die Satzungsänderungskompetenz der *GmbH* haben, nichtig sind.

Hiervon ist die Frage zu unterscheiden, ob eine einzelfallbezogene Verpflichtung zulässig ist⁶⁵³. Insofern verlagert sich die Problematik dahin, ob die *GmbH* sich zur Vornahme konkreter, bestimmter Satzungsänderungen verpflichten kann, wie etwa in dem Beispiel der Sitzverlegung⁶⁵⁴. Denkbar wäre auch ein schuldrechtlicher Zustimmungsvorbehalt, wonach die Sitzverlegung nur mit Zustimmung erfolgen kann, um z.B. die *GmbH* im Gebiet der den Zuschuss gewährenden Gemeinde halten zu können; eine zwar dauerhafte, jedoch einzelfallbezogene Verpflichtung.

Ob und unter welchen Umständen derartige schuldrechtliche Versprechen der *GmbH* möglich sind, ist bei Betrachtung der diesbezüglichen Literatur weitestgehend unklar. Mit dieser Fragestellung ist aber die Problematik der „satzungsdurchbrechenden Nebenverträge“ nicht zu verwechseln. Während es dort um die Frage geht, ob schuldrechtliche Vereinbarungen (außerhalb der Satzung) zwischen allen Gesellschaftern verbandsinterne Wirkung (d.h. Verbindlichkeit, ggf. sogar ein Anfechtungsrecht) entfalten, funktionell also Organisationsrecht entsprechen können⁶⁵⁵, sind an den hier besprochenen Verträgen auf der einen Seite der Dritte und auf der anderen Seite die *GmbH* als solche beteiligt. Im Ergebnis besteht also eine andere Konstellation.

a. Voraussetzungen

Bei der hier interessierenden Frage sind aber zuvor verschiedene Sachkomplexe auseinanderzuhalten: Voraussetzungen, Verbindlichkeit, Durchsetzbarkeit sowie die Bestands- und Sanktionsfähigkeit derartiger Verträge.

Eine gewisse Einigkeit besteht in der Literatur über deren grundsätzliche Zulässigkeit, wenn sie eine Verpflichtung der *GmbH* zur Vornahme einer ganz bestimmten,

⁶⁵³ Vgl. *Weber*, S. 355 ff.

⁶⁵⁴ Vgl. S. 160.

⁶⁵⁵ Vgl. zu dieser Problematik: *Lutter/Hommelhoff*, § 53, Rdn. 23, m.w.N.

konkreten Satzungsänderung beinhalten⁶⁵⁶. Die überwiegende Literatur löst allerdings nur Zulässigkeits- und Vollstreckungsfragen. Die nachgelagerte Frage aber, ob diese Verträge eine Bestandskraft derart entwickeln können, dass sie eine spätere Satzungsänderung verhindern oder bei deren Erfolg eine Rückgängigmachung erzwingen können - oder, in welchem Umfang der Dritte anderenfalls Schadensersatz verlangen kann - wird jedoch nicht gestellt.

Zunächst zu den Voraussetzungen derartiger Verträge⁶⁵⁷: „Zäumt man das Pferd von hinten auf“, ist - ausgehend von einer zunächst unterstellten Zulässig- und Durchsetzbarkeit jener Verträge - eine scheinbare Parallele zu den Unternehmensverträgen i.S.v. §§ 293 ff. AktG analog zu erkennen⁶⁵⁸. Diese trifft aber nur insofern zu, als in beiden Fällen von außen auf die Gesellschaftsstruktur eingewirkt wird, ohne dass diese Verträge materieller Bestandteil der beeinflussten Satzung werden. Zumindest beim Unternehmensvertrag kann von einer satzungsgleichen bzw. satzungsüberlagernden Wirkung gesprochen werden. Diese Wirkung gilt aber nur für das Geschäfts-führungsorgan und dessen Weisungsgebundenheit (§ 308 AktG analog) mit der Folge, dass das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung vorrangig ist und sich somit durchsetzt⁶⁵⁹. Die damit verbundene Ausrichtung auf ein fremdes, übergeordnetes Konzerninteresse bedingt aber eine Änderung des Gesellschaftszwecks, so dass nach ganz herrschender Meinung die Zustimmung aller Gesellschafter notwendig ist⁶⁶⁰. Jene Zustimmung (und dadurch bewirkte Änderung des Gesellschaftszwecks) ist dann auch die Legitimation zur Verfolgung eines neuen, außenstehenden Interesses. Bei dieser Auswirkung auf die Gesellschaft verbleibt es aber, andere Kompetenzverschiebungen im Organgefüge finden nicht statt. Auch die Satzungs-kompetenz der Gesellschafterversammlung ist nicht berührt⁶⁶¹. Da die Weisungskompetenz des herrschenden Unternehmens vorrangig ist, kann insofern von einer „satzungsüberlagernden Wirkung“ gesprochen werden. Hierin ist aber auch der entscheidende Unterschied zu den vorliegend besprochenen Verträgen zu sehen. Ein derartiger Vertrag ändert weder den Gesellschaftszweck noch richtet er das Gesellschaftsinteresse neu aus; dies ist auch gar nicht von den Vertragsparteien gewollt, sondern nur die Vornahme einer singulären

⁶⁵⁶. Fleck, ZGR 1988, S. 104, 113; Hachenburg/Ulmer, § 53, Rdn. 37; Herfs, S. 239 ff.; Lutter/Hommelhoff, § 53, Rdn. 35; Scholz/Priester, § 53, Rdn. 35 ff.; Scholz/Schneider, § 35, Rdn. 38 ff.; Ulmer., FS für Wiedemann (2002), S. 1297, 1303; a.M. Lutter, FS für Schilling (1973), S. 207, 228.

⁶⁵⁷. Vgl. den Sonderfall eines Kapitalerhöhungsbeschlusses und dessen Durchführung, vgl. S. 180 ff.

⁶⁵⁸. So Herfs, S. 186 ff.

⁶⁵⁹. Vgl. Emmerich/Sonnenschein/Habersack: zur Aktiengesellschaft § 11 II 1, S. 159; GmbH § 32 III 1, S. 491; Personengesellschaft § 34 IV 3, S. 515; Genossenschaft § 36 IV 1, S. 527; Verein § 37 II 3, S. 534.

⁶⁶⁰. Vgl. auch Fn. 66 sowie S. 40 ff.; statt vieler Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbH-KonzernR, Rdn. 39.

Satzungsänderung. Insofern bestehen mehr Unterschiede als Gemeinsamkeiten. Sinnvoller ist es daher, von einem „normalen“ Schuldvertrag mit organisationsrechtlichem Inhalt zu sprechen. Bei den konzernrechtlichen Unternehmensverträgen besteht demnach das Schwergewicht ihrer Wirkung nicht in der Begründung wechselseitiger Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, sondern in der unmittelbaren Gestaltung der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien sowie zwischen der abhängigen Gesellschaft und den außenstehenden Gesellschaftern⁶⁶². Ein Vertrag der vorliegenden Art dient insofern nur der flankierenden Absicherung wirtschaftlicher Maßnahmen wie z.B. Sanierungsbemühungen oder der Wirtschaftsförderung, an denen der Vertragspartner ein eigenes wirtschaftliches Interesse hat.

Im Folgenden ist die rechtliche Eigenart derartiger Verträge zu klären. Sind sie grundsätzlich zulässig und wirksam, reichen also über Naturalobligation hinaus⁶⁶³, könnten sie u.U. auch gegen den Willen der *GmbH* (der Gesellschafter) durchgesetzt werden. Eine Vollstreckung kann dann nach § 894 ZPO erfolgen, wobei das gegen die *GmbH* erstrittene Urteil sowohl den Satzungsänderungsbeschluss und dessen notarielle Beurkundung als auch die nach § 54 I S.1 GmbHG zur Eintragung erforderliche Anmeldungserklärung ersetzt⁶⁶⁴; denkbar wäre auch eine Vollstreckung nach § 890 ZPO.

Die Vollstreckbarkeit begründet dann die oben erwähnte „funktionale Äquivalenz“ der schuldrechtlichen und organschaftlichen Rechte. Zwar haben Organrechte aufgrund ihrer Rechtsnatur per se eine verbandsintern gestaltende Wirkung, während Schuldrechte auf die Vollstreckung angewiesen sind, doch besteht vom Ergebnis her kein Unterschied.

Besteht jene funktionale Äquivalenz eines schuldrechtlichen Vertrags - dessen grundsätzliche Zulässigkeit ist bisher nur unterstellt -, ergibt sich hieraus schon eine erste Zulässigkeitsvoraussetzung, nämlich das Erfordernis eines mit satzungsändernder Mehrheit gefassten Beschlusses der Gesellschafterversammlung (§ 53 I, II S. 1, 2. HS GmbHG)⁶⁶⁵. Da dieser Beschluss von dem eigentlich satzungsändernden Beschluss zu unterscheiden ist, dient dieser entweder als Angebot der *GmbH* zu einem entsprechenden Vertragsabschluss oder als Ermächtigung des Geschäftsführers zur

⁶⁶¹. Vgl. *Emmerich/Habersack*, § 308, Rdn. 42.

⁶⁶². So *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 11 III, S. 161 ff.

⁶⁶³. Vgl. hierzu *Palandt/Heinrichs*, Einl. v. § 241, Rdn. 10.

⁶⁶⁴. *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 115 ff.; *Hachenburg/Ulmer*, § 53, Rdn. 37.

⁶⁶⁵. So auch *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 113; *Hachenburg/Ulmer*, § 53, Rdn. 37; *Herfs*, S. 180; wohl auch *Lutter/Hommelhoff*, § 53, Rdn. 35; *Scholz/Priester*, § 53, Rdn. 35.

Vornahme eines entsprechenden Vertrags. Ersteres wäre dann der Fall, wenn ein derartiger Vertrag als körperschaftliches Rechtsgeschäft⁶⁶⁶, letzteres, wenn jener als mitwirkungsbedürftiges Verpflichtungsgeschäft⁶⁶⁷ zu werten wäre. Im ersten Fall könnten die Gesellschafter selbst die *GmbH* vertreten, aber auch den Geschäftsführer durch Beschluss zu dem Vertragsabschluss ermächtigen⁶⁶⁸. Läge ein mitwirkungsbedürftiges Verpflichtungsgeschäft vor, wäre der Geschäftsführer weiterhin organschaftlich zur Vertretung zuständig⁶⁶⁹. Voraussetzung wäre indes ein diesbezüglicher Ermächtigungsbeschluss obiger Form. Gemeinsam ist daher beiden Varianten, dass der Geschäftsführer von sich aus die *GmbH* nicht wirksam verpflichten kann. Richtigerweise liegt in derartigen Fällen ein mitwirkungsbedürftiges Verpflichtungsgeschäft vor, da es keinen sachlichen Grund gibt, von der gesetzlichen Verteilung der organschaftlichen Vertretungskompetenz abzuweichen. Insofern ist dieser Fall mit dem Abschluss von Unternehmensverträgen vergleichbar⁶⁷⁰. Hier wie dort vertritt der Geschäftsführer die Gesellschaft. Die Fälle, in denen die Gesellschafterversammlung die Gesellschaft vertritt - etwa gegenüber dem Geschäftsführer - sind die Ausnahme, die dadurch bedingt ist, dass der an sich zuständige Geschäftsführer seinerseits von der Vertretungshandlung rechtlich betroffen ist und insofern ein In-sich-Geschäft vorliegt.

Aufgrund der funktionalen Äquivalenz stellt sich weiter die Frage, ob der Ermächtigungsbeschluss gem. § 53 II S.1, 1. HS GmbHG notariell zu beurkunden und sogar nach § 54 III GmbHG ins Handelsregister einzutragen ist. Hiervon ist wiederum die nachfolgende Frage zu unterscheiden, ob der Verpflichtungsvertrag als solcher formbedürftig ist. Die erste Frage kann aus zwei Blickwinkeln beantwortet werden: wenn sowohl Beurkundung als auch Eintragung verlangt werden⁶⁷¹, ist nicht ersichtlich, wozu sich die *GmbH* dann im Außenverhältnis noch verpflichten soll, es sei denn, die Tatsache des Bestehens einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Satzungsänderung soll eingetragen werden. Dies ist indes keine eintragungsfähige Tatsache⁶⁷². Ansonsten wäre vor Vertragsabschluss mit dem Dritten die Satzungsänderung als solche einzutragen, was ebenfalls keinen Sinn macht, da die *GmbH* sich hierzu ja verpflichten möchte (freilich um einer Gegenleistung willen). Richtigerweise kann

⁶⁶⁶. Etwa der Abschluss des Anstellungsvertrags mit dem Geschäftsführer nach § 46 Nr. 5 GmbHG, bei der die Gesellschafter selbst die *GmbH* vertreten, vgl. nur Lutter/Hommelhoff, § 46, Rdn. 13.

⁶⁶⁷. Etwa ein konzernrechtlicher Beherrschungsvertrag, vgl. Lutter/Hommelhoff, Anh. § 13, Rdn. 53.

⁶⁶⁸. Grundlegend hierzu BGHZ 49, S. 117 ff.; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 55, Rdn. 21; Fleck, ZGR 1988, S. 104, 113, 120.

⁶⁶⁹. So Lutter/Hommelhoff, § 53, Rdn. 35; Scholz/Schneider, § 35, Rdn. 40; wohl auch Herfs, S. 243.

⁶⁷⁰. Vgl. S. 40 ff.

⁶⁷¹. So Lutter/Hommelhoff, § 53, Rdn. 35.

⁶⁷². Hachenburg/Ulmer, § 53, Rdn. 37.

daher auf die Eintragung verzichtet werden⁶⁷³, da aufgrund des offenen Versprechens die Publizität keine Rolle spielt und ein eventuell neu eintretender Gesellschafter ggf. wegen der Verletzung einer Pflicht nach §§ 280, 311 II BGB n.F. (vormals p.F.V. und c.i.c.) gegenüber den Gesellschaftern bzw. dem veräußernden Gesellschafter einen Schadensersatzanspruch hätte, wenn ihm der Umstand in schuldhafter Weise verschwiegen werden würde⁶⁷⁴.

Die herrschende Meinung verlangt aber die Beurkundung des Beschlusses, obwohl nur der Abschluss eines Vertrags zur Satzungsänderung und nicht die eigentliche Satzungsänderung beschlossen wird⁶⁷⁵. Die Beurkundung dieses vorgelagerten Beschlusses könnte wegen der angesprochenen funktionalen Äquivalenz zu fordern sein; gewissermaßen vor dem Hintergrund, dass die beschlussfassenden Gesellschafter vor der möglichen Zwangsvollstreckung - der zwangsweisen Satzungsänderung - zu warnen sind⁶⁷⁶. Hierzu ist auf den *BGH* zu verweisen, der der Beurkundung neben der Beweisfunktion grundsätzlich auch eine Warn- bzw. Belehrungsfunktion beimisst⁶⁷⁷. Ist jedoch die Beurkundung darauf zu reduzieren, den Beweis über das Zustandekommen des Satzungsänderungsbeschlusses im Interesse der Rechtssicherheit und zur Erleichterung der registergerichtlichen Prüfung zu erbringen⁶⁷⁸, wäre ggf. ein rechtskräftiges (Leistungs-) Urteil aufgrund seines Beweiswertes auch ausreichend⁶⁷⁹.

Die Beurkundung eines Satzungsänderungsbeschlusses erfolgt nach §§ 36, 37 BeurkG; der Notar nimmt den Abstimmungsvorgang und dessen Ergebnis wahr (= Tatsachenbeurkundung)⁶⁸⁰. Eine notarielle Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG besteht aber nur, soweit einzelne Willenserklärungen beurkundet werden sollen, was jedoch hier gerade nicht der Fall ist. Im Gegenteil erfolgt ja die Beurkundung nach §§ 36 ff. BeurkG, denen nach herrschender Meinung ausschließlich Beweis- und Rechtssicherheitsfunktionen zukommen⁶⁸¹.

Ausgehend vom Sinn und Zweck der Beurkundung nach §§ 36 ff. BeurkG bedarf es einer solchen also nicht. Sollen hiernach die beschließenden Gesellschafter weder gewarnt noch belehrt, sondern nur der Rechtsverkehr geschützt und die registerge-

⁶⁷³ Ebenfalls so *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 114 ff.; *Herfs*, S. 248 ff.; *Scholz/Priester*, § 53, Rdn. 35.

⁶⁷⁴ Vgl. *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 114.

⁶⁷⁵ *Fleck*, a.a.O.; *Herfs*, S. 245 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, § 53, Rdn. 35; *Scholz/Priester*, a.a.O.

⁶⁷⁶ Vgl. *Herfs*, S. 244, m.w.N.

⁶⁷⁷ *BGHZ* 80, S. 76, 79; *BGHZ* 105, S. 324, 338.

⁶⁷⁸ *Hachenburg/Ulmer*, § 53, Rdn. 37; *Sieger/Schulte*, GmbHR 2002, S. 1050, 1051.

⁶⁷⁹ Vgl. zum Beweiswert *Thomas/Putzo*, § 894, Rdn. 8; *Zöller/Stöber*, § 894, Rdn. 5.

⁶⁸⁰ Vgl. *Notar-Handbuch*, D I, Rdn. 105, S. 827; *Sieger/Schulte*, GmbHR 2002, S. 1050, 1051.

⁶⁸¹ *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 53, Rdn. 38, m.w.N.; *Hachenburg/Ulmer*, § 53, Rdn. 37, 43; *Lutter/Hommelhoff*, § 53, Rdn. 16; wohl a.M. *Scholz/Priester*, § 53, Rdn. 75.

richtliche Prüfung erleichtert werden, setzt sich aber die die Beurkundung fordernde Meinung mit ihren Argumenten in Widerspruch⁶⁸². Insofern bedarf richtigerweise der Verpflichtungsbeschluss keiner bestimmten Form; sie schadet natürlich nicht⁶⁸³. Bei der freiwilligen Vertragserfüllung ist im Übrigen das Verfahren nach §§ 53 ff. GmbHG zu beachten.

Daneben besteht aber die nachgelagerte Frage, ob der Vertrag als solcher formbedürftig ist. Da die hier angesprochenen Verträge in die Nähe der Unternehmensverträge rücken, ist an die dort geforderte Schriftform des § 126 BGB zu denken⁶⁸⁴. Sie unterscheiden sich jedoch stark von den Unternehmensverträgen⁶⁸⁵; eine Analogie zu § 293 III AktG scheidet daher aus. Die Schriftform des § 126 BGB dient jedoch der Klarstellung und dem sichernden Beweis, darüber hinaus hat sie in einigen Fällen eine Warnfunktion (z.B. §§ 766, 780 BGB)⁶⁸⁶; insofern weist sie eine Parallele zu §§ 36 ff. BeurkG auf. Da aber nach herrschender Meinung die Warnfunktion bei der Beurkundung nach §§ 53 ff. GmbHG i.V.m. 33, 36 ff. BeurkG keine Rolle spielt, kann sie auch nicht zur Rechtfertigung eines Formerfordernisses nach § 126 BGB dienen. Es bleibt aber die Beweisfunktion. Bei den Fällen, die die gesetzliche Schriftform erfordern, handelt es sich regelmäßig um Geschäfte, denen eine über den Tag hinausreichende Bedeutung für die Beteiligten zukommt⁶⁸⁷. Dies ist auch vorliegend der Fall, insbesondere ist an den zukünftigen Gesellschafter zu denken. Entscheidend kommt hinzu, dass der Vertrag im Wege der Vollstreckung gem. § 894 ZPO notfalls durchsetzbar ist. Das gegen die *GmbH* erstrittene Urteil ersetzt dann sowohl den Satzungsänderungsbeschluss sowie dessen notarielle Beurkundung als auch die nach § 54 I S.1 GmbHG zu der Eintragung erforderliche Anmeldungserklärung⁶⁸⁸. Hierfür bedarf es aber einer gesicherten Beweislage, insbesondere hinsichtlich der Eintragung der versprochenen Satzungsänderung, so dass zumindest die Schriftform des § 126 BGB unumgänglich erscheint⁶⁸⁹.

b. Bestandsfähigkeit

Nachdem die vorstehenden Ausführungen die Zulässigkeitsvoraussetzungen herausgearbeitet haben, ist zu überprüfen, ob derartige Verträge grundsätzlich zulässig sind.

⁶⁸². So etwa Lutter/Hommelhoff, § 53, Rdn. 35.

⁶⁸³. Vgl. Sieger/Schulte, GmbHR 2002, S. 1050, 1051.

⁶⁸⁴. Fleck, ZGR 1988, S. 104, 115; Scholz/Priester, § 53, Rdn. 35; offen gelassen bei Lutter/Hommelhoff, § 53, Rdn. 35; wohl nicht Hachenburg/Ulmer, § 53, Rdn. 37.

⁶⁸⁵. Vgl. S. 162 ff.

⁶⁸⁶. Hübner, § 37 II, Rdn. 853, S. 367.

⁶⁸⁷. Larenz/Wolf, a.a.O.

⁶⁸⁸. Fleck, ZGR 1988, S. 104, 115 ff.; Hachenburg/Ulmer, § 53, Rdn. 37.

Die Antwort hängt mit deren Vollstreckbarkeit nach § 894 ZPO sowie deren Bestands- und Sanktionsfähigkeit zusammen. Ersichtlich ist, dass, wenn derartige Verträge zulässig sind, sie ggf. auch gegen den Willen der Gesellschaft durchsetzbar sein müssen⁶⁹⁰. Zulässigkeit und Vollstreckbarkeit sind jeweils die „Kehrseiten einer Medaille“, so dass über deren grundsätzliche Zulässigkeit erst zu entscheiden ist, wenn die Fragen deren Vollstreckbarkeit und „Bestandskraft“ geklärt sind. Mit „Bestandskraft“ oder „Bestandsfähigkeit“ ist dabei die Fähigkeit gemeint, das Organisationsrecht der *GmbH* verbandsintern zu blockieren. Zu fragen ist also, wie der vollstreckbare Vertrag (auf Vornahme einer Satzungsänderung) auf eine nachträgliche Satzungsänderung reagiert; genauer: erstens, ob die Satzungsänderung dadurch organisationsrechtlich unzulässig wird oder zweitens, zwar zulässig bleibt, aber im Verhältnis zu dem Vertragspartner eine unzulässige Rechtsausübung oder drittens nur eine zum Schadensersatz verpflichtende Maßnahme darstellt.

Bei der Beantwortung dieser Fragen ist davon auszugehen, dass eine einmal wirksam getroffene Vereinbarung fortlaufend, notfalls mit den Zwangsmitteln der §§ 894, 890 ZPO, durchsetzbar ist. Etwa könnte die Verpflichtung der Gesellschaft, einen schuldrechtlichen Zustimmungsvorbehalt bei einer Sitzverlegung zu beachten, im Fall der Zustimmungsverweigerung des Dritten im Wege der Unterlassungsklage mittels eines Ordnungsgeldes vollstreckt werden⁶⁹¹. Mittel der Vollstreckung sind also vorhanden. Bei einer Unterlassungsverpflichtung der Gesellschaft könnte daher bei einer wiederum erfolgten Satzungsänderung immer wieder ein Ordnungsgeld festgesetzt werden. Faktisch, nicht jedoch organisationsrechtlich wäre also die Satzung punktuell „blockiert“ bzw. „eingefroren“.

Zunächst ist die zweite Variante, wonach die Satzungsänderung organisationsrechtlich gültig, aber im Verhältnis zum Dritten relativ unwirksam oder als unzulässige Rechtsausübung zu werten ist, abzulehnen. Es gibt Fälle, in denen dies denkbar wäre, z.B. wenn sich die Gesellschaft zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichtet und die Gesellschafter außerhalb der Gesellschaft dieser Verpflichtung zuwider handeln, könnte ihnen der Einwand einer unzulässigen Rechtsausübung i.S.d. § 242 BGB entgegengehalten werden⁶⁹². Der Vertragsschluss mit der Gesellschaft begründete - so die denkbare Argumentation - bei dem Dritten ein schützenswertes Vertrauen, das durch die Berufung auf die Trennung zwischen Gesellschaft und Ge-

⁶⁸⁹ Anders Hachenburg/Ulmer, § 53, Rdn. 37.

⁶⁹⁰ So die allgemeine Meinung, vgl. nur van Venrooy, *GmbHR* 1982, S. 175, 180.

⁶⁹¹ Vgl. Fleck, *ZGR* 1988, S. 104, 118.

sellschafter enttäuscht würde⁶⁹³. Eine Übertragung auf den vorliegenden Vertrag scheidet jedoch aus. Um die Registerpublizität und den darauf vertrauenden Rechtsverkehr zu schützen, widerspricht eine derart wirkende Unwirksamkeit dem Sinn und Zweck der registerlichen Eintragung. Entweder es wird eine Änderung verlaublich und ist inter omnes gültig oder nicht, dazwischen liegende Kompromisse bedeuten eine unzumutbare Beeinträchtigung der Registeröffentlichkeit. Darüber hinaus sind Gesellschafterbeschlüsse in Anlehnung an § 241 AktG nur in restriktiven Fällen nichtig, ansonsten aber wirksam und allenfalls anfechtbar⁶⁹⁴. Es ist § 241 Nr. 4 AktG analog zu entnehmen, dass die Nichtigkeitsfolge nur im Ausnahmefall der Sittenwidrigkeit greift. Treuwidrig- bzw. Vertragswidrigkeit gegenüber dem Vertragspartner ist nicht zugleich ein Sittenverstoß⁶⁹⁵. Hieraus ergibt sich also, dass, soweit und solange die gesetzlichen und satzungsgemäßen Voraussetzungen einer Satzungsänderung vorliegen, eine daraufhin erfolgte nochmalige Änderung auch gesellschaftsrechtlich wirksam ist; gleichgültig, ob sie im Verhältnis zu dem Dritten eine Schadensersatzpflicht auslöst.

Festhalten lässt sich einstweilen, dass eine anderweitige schuldrechtliche Vereinbarung weder eine nachträgliche Satzungsänderung organisationsrechtlich verhindert, noch, dass diese Satzungsänderung im Verhältnis zum Dritten unwirksam ist. Positiv formuliert: eine Satzungsänderung, die gegen eine anderweitige Verpflichtung erfolgt, ist wirksam⁶⁹⁶. Dieses Ergebnis darf indes nicht dazu verleiten, von einem diesbezüglichen Vorrang des Gesellschaftsrechts gegenüber dem Schuldrecht zu sprechen⁶⁹⁷. Vielmehr besagt es zunächst nur, dass die Rechtsverbindlichkeit eines Vertrags mit organisationsrechtlich-relevantem Inhalt die Satzungsautonomie (Satzungsänderungskompetenz) organisationsrechtlich nicht „sperrt“, Satzungsänderungen also immer möglich und durchführbar sind.

Bei diesem Ansatz ist somit aus Sicht des GmbH-Rechts die Satzungsänderung rechtmäßig, während aus Sicht des Vertragspartners eine rechtswidrige Vertragsverletzung vorliegt. Dasselbe Handeln führt damit auf den ersten Blick zu widersprüchlichen Ergebnissen, was mit dem Postulat von der „Einheit der Rechtsordnung“ scheinbar schwer zu vereinbaren ist⁶⁹⁸. Hieraus aber zu folgern, dass der im Wider-

⁶⁹². Grundlegend BGHZ 59, S. 64, 67.

⁶⁹³. Palandt/Heinrichs, § 242, Rdn. 55 ff., m.w.N.

⁶⁹⁴. Lutter/Hommelhoff, Anh. § 47, Rdn. 9, 10, 42 ff.

⁶⁹⁵. Vgl. Hüffer, § 241, Rdn. 24.

⁶⁹⁶. Vgl. Herfs, S. 220 ff.

⁶⁹⁷. Vgl. auch S. 190.

⁶⁹⁸. So aber Herfs, S. 199, 205.

spruch zum Vertrag gefasste Gesellschafterbeschluss im organisationsrechtlichen Sinne rechtswidrig sei⁶⁹⁹, ginge zu weit. Das Postulat von der Einheit der Rechtsordnung ist viel zu ungenau, als dass hieraus eine derartige Rechtsfolge resultieren könnte. Denn es besagt in seiner allgemeinen Form nur, dass die Gesamtrechtsordnung keine vermeidbaren Wertungswidersprüche enthalten darf. Die Betonung liegt dabei auf Gesamtrechtsordnung. Eine einheitliche Bewertung mag wünschens- und erstrebenswert sein, entspricht aber nicht den rechtlichen Tatsachen. Die Einheitlichkeit der Rechtsordnung ist vielmehr nur ein gerechtigkeitsausfüllender Programmsatz, wobei die Gerechtigkeit und nicht die Einheitlichkeit im Vordergrund steht⁷⁰⁰. Es verbleibt dem Gesetzgeber, seine Gerechtigkeitsvorstellungen in praktische Rechtsprinzipien umzusetzen. Im allgemeinen Zivilrecht wird dies u.a. durch die Relativität der Schuldverhältnisse erfüllt⁷⁰¹, indem zum Schutz der Privatautonomie und des Rechtsverkehrs dieselbe Handlung (Vertragsabschluss und Erfüllung) einerseits rechtmäßig und andererseits rechtswidrig sein kann. Dies zeigt das folgende Beispiel: der mehrfache Verkauf derselben Sache ist zivilrechtlich ohne weiteres möglich, der zeitlich später geschlossene Kaufvertrag und dessen Erfüllung ist rechtmäßig. Im Verhältnis zum Vertragspartner des zuerst abgeschlossenen Kaufvertrags liegt zwar ein rechtswidriges Handeln vor, das aber nur eine Schadensersatzpflicht gem. §§ 437, 280, 281, 283 BGB n.F. auslöst und weder die Wirksamkeit des anderen Vertrags noch die der Erfüllung berührt. Dem Vertragspartner stehen des Weiteren keine rechtlichen oder prozessualen Mittel gegen den anderen Käufer - den jetzigen Eigentümer - zu, es sei denn, es läge der Ausnahmefall des sittenwidrigen Verleitens zum Vertragsbruch (§ 138 BGB)⁷⁰² oder der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung vor (§ 826 BGB)⁷⁰³.

So verhält es sich auch bei einem organisationsrechtlich rechtmäßigen Beschluss, der im Verhältnis zum Dritten rechtswidrig ist. Da im Zivilrecht eine derartige Widersprüchlichkeit möglich ist, muss dies aufgrund der allgemeinen Geltung des Relativitätsgrundsatzes vorliegend ebenfalls gelten; auch wenn obige Relativität mehrere Schuldverhältnisse mit unterschiedlichen Vertragsparteien betrifft, während es hier um die Widersprüchlichkeit derselben Handlung nur zwischen zwei Vertragsparteien geht. Entscheidend ist jedoch, dass hier ebenfalls zwei unterschiedliche Rechtsver-

⁶⁹⁹. So Herfs, a.a.O.

⁷⁰⁰. So Tipke, § 3 4, S. 57.

⁷⁰¹. Vgl. Palandt/Heinrichs, Einl. v. § 241, Rdn. 3.

⁷⁰². Vgl. hier Erman/Palm, § 138, Rdn. 85c, m.w.N.

⁷⁰³. Vgl. Palandt/Thomas, § 826, Rdn. 22 ff.

hältnisse bestehen: einerseits der Schuldvertrag und andererseits das Organisationsverhältnis innerhalb der Gesellschaft.

c. Reaktionsmöglichkeiten bei Vertragsverletzung

Im Anschluss daran stellt sich die Frage, wie der Dritte auf einen vertragswidrigen Zustand reagieren kann, wenn also die statutarische Situation nicht der vertragsgemäßen entspricht. Zunächst könnte der Dritte weiterhin die Vertragsdurchführung, die vereinbarte Satzungsänderung, notfalls im Wege der Vollstreckung gem. § 894 ZPO verlangen; möglich ist es auch zu versuchen, eine anstehende Satzungsänderung nach § 890 ZPO zu verhindern. All dies hindert aber die *GmbH* wiederum nicht, nach erfolgter, ggf. zwangsweiser Satzungsänderung oder nach Festsetzung eines Ordnungsgeldes, ihrerseits die Satzung entgegen der vertraglichen Vereinbarung zu ändern. Hieraus könnte sich eine Art „Spirale“ entwickeln, die keine angemessene Konfliktlösung bedeuten kann. Bei den Reaktionsmöglichkeiten des Vertragspartners ist allerdings zwischen verschiedenen Stufen zu unterscheiden. Auf der ersten geht es um die erstmalige Durchsetzung der vereinbarten Satzungsänderung. Auf der zweiten Stufe geht es dagegen darum, wie zu reagieren ist, wenn die *GmbH* nach der ursprünglich erfolgten Satzungsänderung erneut die betreffende Satzung ändert. Die Änderung als solche ist organisationsrechtlich wirksam⁷⁰⁴. Wiederum wäre ggf. dann nach § 894 ZPO vorzugehen. Im Vorfeld der Änderung ist aber auch ein Vorgehen nach § 890 ZPO möglich. Das Problem ist, dass es u.U. zu obiger Spiralwirkung kommen kann. Sowohl die mögliche Vollstreckung nach § 894 ZPO als auch die wiederholte Ordnungsgeldfestsetzung nach § 890 ZPO können keinen Schaden des Dritten liquidieren, da insbesondere das Ordnungsgeld an die Staatskasse fällt. Die Möglichkeit einer Schadensliquidation ist daher entscheidend.

Dabei ist im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung der Vertragsinhalt dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass eine endgültige Konfliktlösung nur darauf hinauslaufen kann, dass ein dem Vertrag zuwider gefasster Beschluss eine Schadensersatzverpflichtung der *GmbH* auslöst, und zwar nicht eine auf Naturalrestitution, sondern auf das positive Interesse gerichtete⁷⁰⁵. Die naturale Restitution wäre nämlich ihrerseits wieder organisationsrechtlich im Wege einer Satzungsänderung aufzuheben. Denkbar wäre ein Ersatz des positiven Interesses gem. §§ 283, 280 BGB n.F.

⁷⁰⁴ Vgl. S. 167 ff.

⁷⁰⁵ Wobei dies nur für die Fälle gilt, in denen der Dritte durch die erfolgte Satzungsänderung keine ohne dessen Zustimmung entziehbare Rechtsposition erlangt hat, z.B. wäre jenes bei einer Kapitalerhöhung mit erfolgter Übernahme der neuen Stammeinlage durch den Dritten nicht möglich, vgl. hierzu die weiter unten erfolgenden Ausführungen auf S. 180.

aufgrund einer rechtlichen bzw. juristischen Unmöglichkeit (§ 275 BGB n.F.)⁷⁰⁶. Diese liegt grundsätzlich vor, wenn der herbeizuführende Rechtszustand bereits besteht, dieser aber aufgrund öffentlich-rechtlicher oder privat-rechtlicher Beschränkungen nicht oder wenn durch die Leistung ein von der Rechtsordnung nicht anerkannter Zustand herzustellen ist⁷⁰⁷. Eine rechtliche Unmöglichkeit, eine vertragsgemäße Satzungsänderung herbeizuführen, ist jedoch vorliegend nicht gegeben. Die *GmbH* kann jederzeit durch ihre Gesellschafterversammlung eine vertragsgemäße Satzungsänderung beschließen.

Es kommt indes auf eine solche Argumentation nicht an. Aus Sicht des Dritten kann die *GmbH* als solche die Verpflichtung jederzeit durch eine vertragskonforme Satzungsänderung oder - wenn diese erfolgt ist - durch ein entsprechendes Unterlassen erfüllen. Das Versprechen, die intendierte Rechtsfolge zu erreichen, ist der *GmbH* daher rechtlich möglich. Sie verspricht nichts von ihr Unerreichbares. Die typische rechtliche Unmöglichkeit betrifft auch eine andere Situation. Dort ist die Vertragserfüllung infolge einer äußeren rechtlichen Tatsache - etwa der Versagung einer öffentlichen Genehmigung - verhindert, ohne dass die Vertragsparteien darauf Einfluss haben. Ähnlich wie bei der tatsächlichen Unmöglichkeit (z.B. dem Untergang einer Sache) wirkt ein außenstehender Umstand auf das Vertragsverhältnis ein, dessen Eintritt der Schuldner rechtlich nicht verhindern kann.

Es liegt vielmehr im vorliegenden Fall eine schadensersatzauslösende Verletzung der Leistungstreuepflicht vor. Diese Pflicht dient als ergänzende Nebenpflicht der Sicherung der Hauptpflicht, namentlich der Satzungsänderungspflicht der Gesellschaft. Allgemein bedeutet dies, dass die *GmbH* alles zu tun hat, um den Leistungserfolg vorzubereiten, herbeizuführen und zu sichern, sowie alles zu unterlassen hat, was den Vertragszweck oder den Leistungserfolg beeinträchtigen oder gefährden könnte⁷⁰⁸. Im Fall einer vertragswidrigen Satzungsänderung liegt also ein Verstoß gegen diese Nebenpflicht vor. Auch könnte man von einer ernstlichen und endgültigen Erfüllungsverweigerung der *GmbH* sprechen. Rechtliche Grundlage wäre dann § 280 BGB n.F., Schadensersatz wegen Pflichtverletzung (vormals p.F.V.). Aufgrund der gleichwohl fortwährenden Möglichkeit der jederzeitigen Satzungsänderung wäre ein sofortiger Anspruch auf Schadensersatz in Geld statthaft (entsprechend § 251 BGB).

⁷⁰⁶. Im Regelfall wird die Pflicht zur Satzungsänderung nur eine einseitig verpflichtende sein, so dass §§ 320 ff. BGB ausscheiden.

⁷⁰⁷. Vgl. nur *Erman/Battes*, Vor § 275, Rdn. 17, m.w.N.

⁷⁰⁸. Vgl. *Palandt/Heinrichs*, § 242, Rdn. 27.

Eine weitere prozessuale Reaktionsmöglichkeit wäre, dem Dritten ein eigenes Anfechtungsrecht zu gewähren und ihm damit den Weg einer Anfechtungsklage i.S.d. §§ 243 ff. AktG analog zu eröffnen. Es hat sich aufgrund einer jüngeren Rechtsprechung die Meinung herausgebildet, dass die Verletzung eines zwischen allen Gesellschaftern außerhalb der Gesellschaft getroffenen Nebenvertrags einen Anfechtungsgrund i.S.v. § 243 I AktG analog darstellt⁷⁰⁹. Der schuldrechtlich begünstigte Gläubiger (seinerseits allerdings Gesellschafter) muss nicht mehr einzeln gegen seine jeweiligen Schuldner im Wege einer Leistungsklage vorgehen, sondern kann - aus prozessökonomischen Gründen - direkt den Gesellschafterbeschluss anfechten. Passivlegitimiert ist die *GmbH*⁷¹⁰. In der Literatur stößt dieser Standpunkt auf Kritik; überwiegend wird diese Rechtsprechung abgelehnt⁷¹¹. Gleichwohl rechtfertigen manche diese u.a. wie folgt⁷¹²: der Kreis der Anfechtungsgründe könne im Unterschied zu der *Aktiengesellschaft* autonom von den Gesellschaftern erweitert werden⁷¹³. Des Weiteren könne die schuldrechtliche Vereinbarung als Konkretisierung der verbandlichen Treuepflicht oder als bestimmende Auslegung der Satzung verstanden werden⁷¹⁴. Die Besonderheit dieses Falles liegt darin, dass die Stimmbindungen zwischen allen Gesellschaftern getroffen wurden und Dritte nicht beteiligt waren. Vorangehende Argumente greifen daher vorliegend nicht. Das Argument der Prozessökonomie leuchtet zunächst ein, wenn die schlichte Kassation eines Beschlusses erzielt werden soll⁷¹⁵. In diesem Fall wäre die direkte Anfechtung einfacher, da der Beschluss, ohne dass gegen die einzelnen Stimmverpflichteten vorgegangen werden müsste, beseitigt werden könnte. Ansonsten wäre jeder Stimmverpflichtete zu verklagen, erstens auf Stimmabgabe zur Aufhebung des zuvor gefassten Beschlusses und zweitens auf Ausübung des Stimmrechts entsprechend der Vorgabe des Gläubigers. Gleiches würde für den Anmeldungsantrag gem. § 54 GmbHG gelten. Mit einer Kassation ist dem Dritten vorliegend aber nicht geholfen, da es ihm in der Regel um die Erreichung einer bestimmten Satzungsänderung geht. Die Anfechtungsklage führt aber nur dazu, dass das Gericht den angegriffenen Beschluss für nichtig erklärt⁷¹⁶. Insofern wäre mit der Anfechtungsklage eine Klage auf Beschluss-

⁷⁰⁹ Vgl. *BGH*, NJW 1983, S. 1910 ff.; *BGH*, NJW 1987, S. 1890 ff.; dagegen *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 47, Rdn. 48.

⁷¹⁰ Vgl. *BGH*, NJW 1983, S. 1910.

⁷¹¹ So *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 47, Rdn. 48; *Winter*, ZHR 154 (1990), S. 259, 268; *Ulmer*, NJW 1987, S. 1849, 1854; differenzierend *Noack*, § 8 III 2, S. 163 ff.

⁷¹² Vgl. dazu *Herfs*, S. 201.

⁷¹³ So im Ergebnis *Zutt*, ZHR 155 (1991), S. 190, 195.

⁷¹⁴ Vgl. hierzu *Scholz/K. Schmidt*, § 45, Rdn. 116; *Ulmer*, NJW 1987, S. 1849, 1854.

⁷¹⁵ Zur kassatorischen Wirkung vgl.: *Hachenburg/Raiser*, Anh. § 47, Rdn. 190, 236 ff.

⁷¹⁶ *Hachenburg/Raiser*, Anh. § 47, Rdn. 244.

feststellung zu verbinden⁷¹⁷. Auch hier wäre die *GmbH* passivlegitimiert, und dem Urteil käme gem. §§ 248 I, 249 I AktG analog eine Inter-omnes-Wirkung zu (= Gestaltungsklage)⁷¹⁸. Da auch hier jeder Anfechtungsberechtigte Kläger sein kann, handelt es sich ebenfalls um eine verbandsinterne Klage. Vom Ergebnis her (aus Sicht des Dritten) unterscheidet sich diese Beschlussfeststellungsklage nicht von einer vergleichbaren Leistungsklage auf Vornahme der Satzungsänderung nach § 253 ZPO⁷¹⁹. Hier wie dort wären also gleichwohl jeweils zwei verschiedene Klageanträge zu stellen: einerseits auf Erklärung der Nichtigkeit des angefochtenen Beschlusses (Anfechtungsklage) und Fassung des neuen Beschlusses (Beschlussfeststellungsklage); andererseits auf Aufhebung des gefassten und Fassung des neuen Beschlusses⁷²⁰. In beiden Fällen wäre die *GmbH* passivlegitimiert.

Bei der Beschlussfeststellungsklage kommt aber eine rechtliche Unsicherheit hinzu: Nach herrschender Meinung kann diese niemals einen fehlenden Willen der Gesellschaftermehrheit ersetzen, einen Beschluss also feststellen, der in Wahrheit gar nicht gefasst wurde. Insofern reduziert sich der Anwendungsbereich auf den Fall, dass die abgegebenen Stimmen falsch gezählt wurden, weil sich dort ein positives Beschlussergebnis mit hinreichender Sicherheit feststellen lässt. In Fällen, in denen andere Mängel als die falsche Zählung gerügt werden, soll deshalb die Klage nicht in Frage kommen⁷²¹. Vor diesem Hintergrund ist es sehr zweifelhaft, ob überhaupt eine Beschlussfeststellungsklage statthaft wäre, da der Dritte ja gerade einen Beschluss begehrt, den die Gesellschaftermehrheit nicht trägt. Vermutlich wäre diese daher unstatthaft. Es verbliebe dann nur die Anfechtungsklage, die aber keine positive (anderweitige) Beschlussfassung erreichen könnte. Deren Anwendungsbereich würde sich somit auf Fälle reduzieren, in denen dem Dritten die Kassationswirkung ausreicht. Dies trifft z.B. im obigen Fall zu, bei dem eine Verpflichtung besteht, die Verlegung des Sitzes zu unterlassen. Ein diesbezüglicher Verlegungsbeschluss könnte kassiert werden.

Zu klären bleibt daher, ob dem Dritten überhaupt ein entsprechendes Anfechtungsrecht zustehen kann. Es ist rechtlich nachzuvollziehen, dass, wenn in dem Fall einer allseitigen Stimmbindung unter Gesellschaftern überwiegend ein Anfechtungsrecht

⁷¹⁷. Hierzu vgl. *Hachenburg/Raiser*, Anh. § 47, Rdn. 245 ff., m.w.N. zur diesbezüglichen Rechtsprechung des *BGH*; vgl. auch *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 47, Rdn. 43, zu neueren Entscheidungen und Monographien.

⁷¹⁸. Dazu *K. Schmidt*, *NJW* 1986, S. 2018, 2020 ff., m.w.N.

⁷¹⁹. Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings darin, dass die einfache Leistungsklage zunächst nur zwischen den Parteien, während die Beschlussfeststellungsklage inter omnes wirkt. Im Wege des Vollstreckungsergebnisses wirkt aber die Leistungsklage inter omnes, da ja die Satzungsänderung ihrerseits inter omnes wirkt.

⁷²⁰. Vgl. *MünchHdb. GesR II/Ingerl*, § 40, Rdn. 63.

⁷²¹. Vgl. *Baumbach/Hueck/Zöllner*, Anh. § 47, Rdn. 91; *Hachenburg/Raiser*, Anh. § 47, Rdn. 245, m.w.N.

abgelehnt wird, dies erst recht für einen Dritten gelten soll⁷²². Mit beachtlichen Argumenten versucht *Herfs* dagegen, auch dem nur schuldrechtlich verbundenen Dritten ein Anfechtungsrecht einzuräumen⁷²³. Er übersieht dabei aber, dass die Anfechtungsklage lediglich in dem „Unterlassensfall“, also in einem kleinen Bereich, sinnvoll wäre, zudem, dass eine positive Beschlussfeststellungsklage keinen entgegenstehenden Mehrheitswillen ersetzen könnte. Insofern wäre der Dritte trotzdem (zusätzlich) auf eine „normale“ Leistungsklage nach § 253 ZPO angewiesen. Hinzu kommt, dass - und dies ist wesentlich - die Anfechtungsklage und die positive Beschlussfeststellungsklage, soweit statthaft, fristgebunden sind. Zwar gilt die Monatsfrist des § 246 I AktG nicht unmittelbar. Gleichwohl dient sie als Leitlinie, so dass die Anfechtungsklage innerhalb einer nach den Umständen des Einzelfalls angemessenen Frist zu erheben wäre⁷²⁴. Dabei sind u.a. das Interesse der Gesellschaft an einer beschleunigten Ausführung des Beschlusses und das mögliche Vertrauen der Beteiligten auf seinen Bestand zu berücksichtigen⁷²⁵. Die Monatsfrist soll nur im Einzelfall bei Vorliegen von triftigen Gründen überschritten werden, wenn sie sich trotz aller, für den Kläger zumutbaren Beschleunigungsbemühungen nicht einhalten lässt⁷²⁶. Sinn und Zweck dieser strengen Regelung ist, eine Bestandssicherheit für Beschlüsse zu erzielen⁷²⁷. An dieses Interesse ist auch der Dritte gebunden, alles andere würde zu Unsicherheiten führen. Was aus Sicht der Gesellschaft verständlich ist, würde aber die materiellen und prozessualen Rechte des Dritten unzumutbar beschneiden, bedenkt man, dass die übliche Klagefrist, soweit man überhaupt davon sprechen kann, der zivilrechtlichen Verjährungsfrist entspricht. Die Anfechtungsklage hätte somit nicht nur einen prozessökonomischen Vorteil, sondern auch einen erheblichen (zeitlichen) Nachteil für den Dritten. Schon aus diesem Grund ist ein eigenes Anfechtungsrecht des Dritten abzulehnen, es sei denn, es stünde dem Dritten zusätzlich zur „normalen“ Klagebefugnis zu. Doch würde dies zu dem merkwürdigen Ergebnis führen, dass für die Gesellschafter nur das restriktive Verfahren nach §§ 243 ff. AktG statthaft wäre, während dem Dritten darüber hinaus das „normale“ Verfahren zustünde; von der Bestandssicherheit her ein inakzeptables und daher abzulehnendes Er-

⁷²². *Baumbach/Hueck/Zöllner*, Anh. § 47, Rdn. 44; *Hachenburg/Raiser*, Anh. § 47, Rdn. 166; *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 47, Rdn. 46; *Scholz/K. Schmidt*, § 45, Rdn. 117, 128; vgl. auch *Weber*, S. 358 ff.

⁷²³. Vgl. *Herfs*, S. 220 ff.

⁷²⁴. Vgl. statt aller: *Baumbach/Hueck/Zöllner*, Anh. § 47, Rdn. 78a ff., m.w.N.

⁷²⁵. So *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 47, Rdn. 60.

⁷²⁶. *Ebd.*; vgl. aber auch *Roth/Altmeppen*, § 47, Rdn. 144.

⁷²⁷. *Baumbach/Hueck/Zöllner*, Anh. § 47, Rdn. 4, m.w.N.; *Hachenburg/Raiser*, Anh. § 47, Rdn. 177 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 47, Rdn. 60; *Scholz/K. Schmidt*, § 45, Rdn. 143.

gebnis. Nach allem bleibt also festzuhalten, dass dem Dritten keine Anfechtungsbefugnis zustehen kann, er vielmehr auf dem normalen Klageweg vorgehen muss⁷²⁸.

d. Verbindlichkeit und Satzungsautonomie

Vor dem Hintergrund, dass Zulässigkeitsvoraussetzungen, Vollstreckbarkeit sowie Sanktionsmöglichkeiten derartiger Verträge formuliert werden können, ist zu ermitteln, ob ein Kompromiss möglich ist, der einerseits die Rechtsverbindlichkeit jener Verträge und andererseits die nicht dauerhaft beschränkbare Satzungsautonomie respektiert.

Als äußerer Rahmen dient dabei zum einen die Verbindlichkeit derartiger Verträge samt deren Folgen und zum anderen die dauerhaft unbeschränkbare Satzungsautonomie. In diesem weit gesteckten Rahmen muss sich die Lösung bewegen. Wie schon erwähnt, scheidet zunächst sowohl eine schuldrechtliche Übertragung der Satzungsänderungskompetenz auf einen Dritten als auch eine schuldrechtliche generelle, dauerhafte Verpflichtung gegenüber einem Dritten zu Satzungsänderungen aus. Zur Diskussion stehen daher nur Verpflichtungen zu ganz bestimmten, konkreten Satzungsänderungen. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass es bei dauerhaften punktuellen Bindungen ebenso zu einer starken Einschränkung der Satzungsautonomie wie bei dauerhaften Bindungen kommen kann. Im obigen Fall der Sitzverlegung bedeutet diese Verpflichtung, dass die *GmbH* - soweit nichts anderes vereinbart ist - auf unabsehbare Zeit ihren Sitz an dem gewählten Standort beibehalten soll und muss, also eine zukünftige Verlegung zu unterlassen hat; offenkundig also eine hohe Bindungsintensität und starke Einschränkung der Satzungsautonomie. Es ist also zu erkennen, dass auch punktuelle Bindungen weitreichende Auswirkungen haben können. Bei allem ist demnach sicherzustellen, dass trotz der grundsätzlichen Verbindlichkeit derartiger Verträge die verbandliche Selbstbestimmung aufrechterhalten bleibt oder wiederherstellbar ist.

Generelle Aussagen, wann dies der Fall ist, wann eine vertragliche Bindung so dauerhaft ist, dass die Satzungsautonomie dadurch punktuell unverhältnismäßig eingeschränkt wird, sind jedoch schwer zu formulieren. Diese Schwierigkeit hängt mit den unterschiedlichen Inhalten und Intentionen derartiger Bindungen zusammen.

Diese Problematik ist vom allgemeinen Zivilrecht her bekannt. Hier wie dort reicht der Vertragsinhalt von einem einmaligen bis hin zu einem dauerhaften, sukzessiven Leistungsaustausch. Hinsichtlich der Bindungsintensität gilt dabei als Grenze die

⁷²⁸. So auch im Ergebnis wohl *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 115.

Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB, die bei sog. Knebelungsverträgen auftritt. In diesem Fall sind Verträge sittenwidrig, die die wirtschaftliche Freiheit des Vertragspartners so beschränken, dass er seine Eigenständigkeit ganz oder im wesentlichen einbüßt und praktisch zum Werkzeug des anderen Teils wird⁷²⁹. Bei den vorliegenden Verträgen müsste gar nicht auf die Sittenwidrigkeit zurückgegriffen werden, da eine derart intensive dauerhafte Bindung schon wegen Verstoßes gegen die §§ 53 ff. GmbHG nichtig wäre; es läge ein Gesetzesverstoß i.S.v. § 134 BGB vor⁷³⁰. Zuzugeben ist jedoch, dass auch einzelfallbezogene Bindungen bei unbeschränkter zeitlicher Gültigkeit ebenfalls das Maß einer Knebelung erreichen können. Hierzu ist aber die genaue vertragliche Intention der Satzungsänderung zu ermitteln. Regelmäßig dienen derartige Abreden der Flankierung wirtschaftlicher Ziele. Deren Sinn und Zweck ergibt dann die gewollte zeitliche Bindung an die vereinbarte Satzungsänderung. Beispielsweise ist im Fall der Verpflichtung zu einer Kapitalerhöhung dem Vertrag regelmäßig die zeitliche Begrenzung auf die tatsächliche Mittelzufuhr inhärent. Problematisch sind also jene Verträge, die eine Nähe zu Dauerschuldverhältnissen aufweisen, wie etwa im obigen Beispiel, eine Sitzverlegung zu unterlassen. Sinnvollerweise vereinbaren die Vertragsparteien vertraglich eine den Umständen nach entsprechend angemessene Vertragsdauer, die sich u.a. nach dem Sinn und Zweck der Vereinbarung, nach einem eventuell getätigten Investitionsvolumen und der sich daraus ergebenden Planungssicherheit oder nach der Amortisationsdauer gewährter Zuschüsse richten kann. Wird z.B. ein Grundstück in einem zu erschließenden Industriegebiet verbilligt oder kostenlos von der Gemeinde zur Verfügung gestellt, können vertragliche Laufzeiten von 20 Jahren und mehr durchaus sinnvoll sein.

Da der jeweilige Vertragsinhalt grundsätzlich eine materielle Richtigkeitsgewähr impliziert, sind genaue zeitliche Vorgaben Außenstehender zu vermeiden und zunächst die vertraglich vereinbarte Laufzeit zu respektieren. Entscheidend ist der Sinn und Zweck der spezifischen Vereinbarung. Insofern ist an ein vertragliches Kündigungsrecht mit entsprechenden Kündigungsfristen zu denken. Schwierig sind nur jene Verträge ohne explizite Regelung. Hier helfen aber die bei den Dauerschuldverhältnissen gewonnenen Erkenntnisse weiter. Wenn dem Vertrag also keine zeitliche Begrenzung inhärent ist, muss eine solche, um das „Abrutschen“ in die Knebelung zu verhindern, gesetzt werden. Als „Notbremse“ steht dabei die außerordentliche Kündigung zur Verfügung, die die Möglichkeit eröffnet, den Vertrag aus „wichtigem

⁷²⁹ Vgl. nur *Erman/Palm*, § 138, Rdn. 119.

Grund“ gem. § 314 BGB n.F. zu beenden. Dieses Kündigungsrecht besteht als Korrektiv zu der unbestimmten Zeitdauer, unabhängig von einer vertraglichen Vereinbarung oder eines vertraglichen Ausschlusses⁷³¹. Ein wichtiger Grund wäre z.B. eine wirtschaftliche Bestandsbedrohung der *GmbH*. Konkretere Aussagen sind auch hier schwierig zu formulieren. Generell sind daher Gründe, die der obigen wirtschaftlichen Bestandsbedrohung nahe kommen, wichtige Kündigungsgründe; also alles, was mit der wirtschaftlichen Existenz oder Überlebensfähigkeit der *GmbH* zusammenhängt. Im Hinterkopf ist dabei aber immer der freiwillige Abschluss derartiger Verträge zu behalten. Nicht jede nachteilige wirtschaftliche Entwicklung, die bei Vertragsabschluss nicht abzusehen war, rechtfertigt daher eine Loslösung vom Vertrag. Darüber hinaus wäre an eine Kündigung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu denken⁷³². Diesem auf § 313 BGB n.F. beruhenden Rechtsinstitut kommt jedoch nur subsidiäre Bedeutung zu und wird insbesondere in dem Fall verdrängt, bei dem eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich ist⁷³³. Insoweit decken sich deren Anwendungsbereiche⁷³⁴.

Die außerordentliche Kündigung stellt also sicher, dass einerseits die Verbindlichkeit des Vertrags und andererseits die Satzungsautonomie gewährleistet wird.

Hiergegen wäre der Einwand denkbar, dass, wenn eine Vertragsauflösung nur mit einem wichtigen Grund möglich ist, im Endeffekt nur selten eine Kündigung zulässig wäre. Es ist zuzugeben, dass dadurch u.U. eine starke, langfristige Bindung sowie (punktuelle) Einschränkung der Satzungsautonomie erzielt werden könnte. Die zeitliche Dauer einer Vereinbarung allein kann aber nicht gegen deren Zulässigkeit sprechen. Auch bei den Knebelungsfällen tritt neben die u.U. sehr lange Vertragsdauer immer auch das weitere Element der übermäßigen wirtschaftlichen Einflussnahme⁷³⁵. Da eine langfristige Bindung als solche nicht sittenwidrig ist, muss auch hier der das Zivilrecht beherrschende Grundsatz „pactum sunt servanda“ gelten, zumal der Vertragsabschluss freiwillig und selbstbestimmt erfolgen würde. Auch hier spricht die materielle Richtigkeitsgewähr dafür, dass im Falle einer fehlenden vertraglichen Befristung dies ein von den Vertragsparteien gewolltes und ausgewogenes Ergebnis ist, mithin eine durch den Ausschluss der ordentlichen Kündigung erhöhte Bindungsintensität gerade erwünscht wird.

⁷³⁰ Vgl. die Nachweise bei Fn. 652.

⁷³¹ Vgl. zur alten Rechtslage *Larenz*, Schuldrecht, § 2 VI, S. 33.

⁷³² So die allgemeine Definition, vgl. *Erman/Werner*, § 242, Rdn. 168.

⁷³³ Vgl. *Erman/Werner*, a.a.O.

⁷³⁴ Dieses rechtssystematische Argument übersieht *Herfs*, S. 259, bei seinen Ausführungen.

⁷³⁵ Vgl. *Erman/Palm*, § 138, Rdn. 119.

e. Zulässigkeit derartiger Verträge

Die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass sowohl Wirksamkeitsvoraussetzungen, die die Gesellschaft vor unerwarteten Ereignissen der Satzungsänderung und der Zwangsvollstreckung schützen, als auch Möglichkeiten, eine unbillige, dauerhafte Bindung zu beseitigen, bestehen. Vor diesem Hintergrund ist nun die generelle Zulässigkeit derartiger Verträge zu klären.

Ersichtlich berühren derartige Verträge die Satzungsautonomie nachhaltig. Zwar erzielt der so gewonnene Dritteinfluss durch seine bloße Rechtsausübung keine verbandsintern gestaltende Wirkung, doch erreicht dieser aufgrund der Vollstreckbarkeit eine funktionale Äquivalenz. Vergleichbare organschaftliche Drittrechte unterliegen als Teil des Organisationsrechts der organschaftlichen Treuebindung und der Kompetenz-Kompetenz der Gesellschafterversammlung. Im Unterschied dazu kann die Gesellschaft vergleichbare Gläubigerrechte - ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung - nicht einseitig beseitigen. Ebenfalls unterliegt deren Ausübung nicht der organschaftlichen Treuepflicht, sondern den im Verhältnis dazu rudimentär entwickelten schuldrechtlichen Nebenpflichten. Des Weiteren haftet der Dritte lediglich gem. § 280 BGB n.F. (vormals p.F.V.), eine darüber hinaus gehende Organhaftung scheidet aus.

Wegen ihrer fehlenden Gestaltungswirkung sind die Gläubigerrechte zunächst trotz erfolgter Ausübung verbandsintern „unverbindlich“, deren Befolgung ist „freiwillig“. Erst die Vollstreckung bedingt deren funktionale Äquivalenz. Besteht also zunächst infolgedessen ein Abschichtungseffekt, verliert sich dieser Effekt im weiteren Zeitablauf, ohne dass ein zusätzlicher Schutzmechanismus wie die verbandliche Treuepflicht oder die Kompetenz-Kompetenz hinzukommt. Einmal zugelassen, ist der schuldrechtliche Dritteinfluss grundsätzlich nicht mehr verbandsrechtlich kontrollierbar. Ausnahmen können in Fällen besonders intensiver schuldrechtlicher Bindung des Dritten zur Gesellschaft bestehen, etwa bei einer offenen Treuehand. Es verbleiben vielmehr nur die allgemeinen Schutzmechanismen wie vertragliche Treuepflicht, außerordentliche Kündigung und dergleichen. Von dem funktionellen Ergebnis her stellen daher Gläubigerrechte für die Gesellschaft eine viel bedeutendere Gefahrenquelle als vergleichbare Organrechte dar, weil letztere permanent gesellschaftsrechtlich kontrollierbar sind⁷³⁶.

⁷³⁶. Auch K. Schmidt, GesR, § 5 I 3c, S. 92, weist in diese Richtung.

Auf der anderen Seite verwirklicht sich gerade die verbandliche Selbstbestimmung durch den Abschluss derartiger Verträge. Neben einem konkreten Bedürfnis, etwa um Kredite oder Zuschüsse zu erhalten, steht die Freiwilligkeit des Abschlusses. Gewährleistet grundsätzlich die materielle Richtigkeit einen bestmöglichen Vertragsinhalt, stellt die Freiwilligkeit ihrerseits grundsätzlich den Sinn der entstandenen Fremdbestimmung sicher. Diese autonome Entscheidung benötigt keine weitergehende Zwangsfürsorge, die ohne auf den konkreten Vertragsinhalt abzielen und die konkrete Vertragsdurchführung unberücksichtigt zu lassen, jeglichen schuldrechtlichen Einfluss auf die Satzungsautonomie unterbindet. Gerade die Beachtung der verbandlichen Selbstbestimmung heißt daher die vorliegenden Verträge zuzulassen, gleichwohl dadurch die zukünftige Richtigkeitsgewähr u.U. eingeschränkt sein kann. Um jedoch einen ausufernden Einfluss auf die Richtigkeitsgewähr zu verhindern, muss sich der Anwendungsbereich allerdings auf Ausnahmefälle reduzieren. Nur zu konkreten Satzungsänderungen, die einen Einzelfall betreffen, kann sich daher die Gesellschaft schuldrechtlich verpflichten⁷³⁷. Ein umfassender, dauerhafter Einfluss ist dagegen nur im Rahmen vergleichbarer Organrechte statthaft, um ihn so gesellschaftsrechtlich kontrollieren zu können. Bei einem Vertragsinhalt, der eine Dauerhaftigkeit bedingt, ist daher eine vertragliche Kündigungsmöglichkeit mit angemessener Kündigungsfrist vorzusehen. Diese bezieht sich allerdings nur auf die Verpflichtung zur Satzungsänderung (im engeren Sinne). Eine isolierte Verpflichtung wird indes sehr selten sein. Regelmäßig ist sie als flankierende Maßnahme in einem umfassenden Vertrag eingebettet, z.B. in einem Darlehens- oder Ansiedlungsvertrag. Vertragliche Klarheit sollte demnach sowohl hinsichtlich einer isolierten Kündigungsmöglichkeit als auch darüber bestehen, ob im Übrigen der gesamte Vertrag bei erfolgter Kündigung trotzdem durchzuführen ist. Sinnvoll könnte es sein, die Verpflichtung zur Satzungsänderung von der Durchführung der konkreten Gegenleistung im Wege einer Bedingung i.S.d. §§ 158 ff. BGB abhängig zu machen.

Es bleibt daher festzuhalten, dass schuldrechtliche Vereinbarungen mit Dritten über die Vornahme von Satzungsänderungen zulässig sind, wenn sie einen konkreten Einzelfall betreffen. Voraussetzung ist ein mit satzungsändernder Mehrheit gefasster Beschluss der Gesellschafterversammlung.

Der Verpflichtungsvertrag bedarf ferner der Schriftform gem. § 126 BGB. Zudem ist eine zeitliche Befristung der Bindungsdauer oder eine vertragliche Kündigungsmög-

⁷³⁷. So auch *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 113.

lichkeit anzustreben. In jedem Fall besteht aber ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gem. § 314 BGB n.F.. Ein derartiger Vertrag kann gem. §§ 894, 890 ZPO vollstreckt werden und führt bei einem vertragswidrigen Verhalten der *GmbH* - letztendlich - zu einem auf Geld gerichteten Ersatzanspruch aus §§ 280 BGB n.F. (vormals p.F.V.). Inhaltlich kann die *GmbH* daher einem Dritten ein (schuldrechtliches) Recht auf Vornahme einer Satzungsänderung, ein (schuldrechtliches) Zustimmungrecht bei einer geplanten Satzungsänderung der *GmbH* oder ein vergleichbares Recht einräumen⁷³⁸.

f. Sonderfall der Kapitalerhöhung

Die Kapitalerhöhung gegen Einlagen stellt einen Sonderfall dar, der verdeutlicht, dass lediglich ein Vertrag auf Vornahme einer Satzungsänderung nicht zum gewünschten Ergebnis führt. Vielmehr bedarf es hierzu häufig eines flankierenden Vertrags mit den einzelnen Gesellschaftern.

Die Erhöhung des Stammkapitals durch Übernahme neuer Stammeinlagen ist immer eine Satzungsänderung, die nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 53, 54 GmbHG sowie den Sondervorschriften der §§ 55-57 b GmbHG abläuft. Die effektive Kapitalerhöhung vollzieht sich dabei in sechs Schritten⁷³⁹: (1) Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses, (2) Fassung des Zulassungsbeschlusses, (3) Abschluss der Übernahmeverträge, (4) Aufbringung des Kapitals, (5) Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister sowie (6) Eintragung und Bekanntmachung der Kapitalerhöhung. Nur der erste Schritt ist eine Satzungsänderung (= Erhöhung der satzungsgemäßen Ziffer des Stammkapitals)⁷⁴⁰, nicht dagegen der Zulassungsbeschluss und der Abschluss des Übernahmevertrags, da u.a. die neuen Stammeinlagen nicht in die Satzung aufgenommen werden. Während der Übernahmevertrag ein organisationsrechtlicher Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Übernehmer ist⁷⁴¹, ist der Zulassungsbeschluss ein einfacher Gesellschaftsbeschluss⁷⁴².

Bezogen auf die hier untersuchte Fallgestaltung kommt daher nur eine schuldrechtliche Vereinbarung mit der Gesellschaft zur Fassung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses in Betracht. Wichtig ist jedoch zu erkennen, dass der Kapitalerhöhungsbeschluss zunächst nur den Wunsch der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter ausdrückt, das

⁷³⁸ Anders Herfs, S. 277; Lutter/Hommelhoff, § 53, Rdn. 7.

⁷³⁹ Vgl. zu den einzelnen Schritten: MünchHdb. GesR III/Wegmann, § 54, Rdn. 3 ff.

⁷⁴⁰ Vgl. nur Lutter/Hommelhoff, § 55, Rdn. 12 ff.

⁷⁴¹ Statt aller: Lutter/Hommelhoff, § 55, Rdn. 29.

⁷⁴² Lutter/Hommelhoff, § 55, Rdn. 25.

Stammkapital zu erhöhen; er begründet insofern keine Leistungsverpflichtungen der alten oder neuen Gesellschafter. Entsprechend reicht im Unterschied zu § 53 III GmbHG auch eine satzungsändernde, im Regelfall eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit, aus⁷⁴³.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann sich eine GmbH zu einer Kapitalerhöhung gegenüber einem Dritten verpflichten, wenn die entsprechenden Voraussetzungen eingehalten werden⁷⁴⁴. Rechtsfolge dieser Verpflichtung ist aber nur der entsprechende Kapitalerhöhungsbeschluss und dessen Eintragung im betreffenden Handelsregister, nicht aber die Verpflichtung der abstimmenden Gesellschafter zur Übernahme der neuen Stammeinlagen oder ein tatsächlicher Kapitalzufluss bei der Gesellschaft. Wenn es dem Dritten auf die Stärkung des Kapitals ankommt - was wohl in Sanierungsfällen die Regel sein wird - kann dies hierdurch also nicht erzielt werden; lediglich läge eine Pflichtverletzung der Gesellschaft gem. §§ 280 BGB n.F. (vormals p.F.V.) vor, die auf den Ersatz des positiven Interesses gerichtet wäre, wenn die Kapitalerhöhung nicht durchgeführt würde, es also zu keinem Kapitalzufluss käme⁷⁴⁵. Der Schadensersatzanspruch dürfte aber wegen des Sanierungsfalls wohl kaum werthaltig sein. Ebenfalls dürfte es schwer fallen, das positive Interesse zu ermitteln. Denkbar wäre ein Zinsverlust der das Darlehen gewährenden Bank.

Das selbe gilt dem Grunde nach für den Zulassungsbeschluss, der die Personen (die alten oder neuen Gesellschafter) benennt, die zur Übernahme neuer Stammeinlagen zugelassen werden und in dem die Höhe der Stammeinlagen bezeichnet wird. Unabhängig von der Tatsache, dass der Zulassungsbeschluss die Satzung nicht ändert⁷⁴⁶, erreicht der Dritte wiederum allein durch den Abschluss eines Vertrags auf Fassung eines seiner Vorstellung entsprechenden Zulassungsbeschlusses (Zulassungsversprechens) keine Mittelzufuhr. Es wäre noch nicht einmal sichergestellt, dass der logisch vorgelagerte Kapitalerhöhungsbeschluss von dieser Vereinbarung umfasst wäre. Dieser wäre daher ebenfalls zu vereinbaren. Im Ergebnis liefe das Zulassungsversprechen auf eine vorgezogene Annahme der Übernahmeerklärung gem. § 55 I GmbHG hinaus; vertretungsberechtigt wären hierbei die Gesellschafter⁷⁴⁷. Die Erfüllung des Zulassungsversprechens wäre zwar im Klagewege durchsetzbar und nach § 894 ZPO vollstreckbar, so dass der vertragswidrig verweigerte Zulassungsbeschluss der Ge-

⁷⁴³ Statt aller: Lutter/Hommelhoff, § 55, Rdn. 13.

⁷⁴⁴ Vgl. S. 179 ff.; so aber auch Fleck, ZGR 1988, S. 104, 116, m.w.N.; Hachenburg/Ulmer, § 55, Rdn. 86; Herfs, S. 264 ff.; Lutter/Hommelhoff, § 55, Rdn. 14; anders Lutter, FS für Schilling (1973), S. 207, 228.

⁷⁴⁵ A.M. Herfs, S. 266.

⁷⁴⁶ Der Zulassungsbeschluss bedarf weder einer erhöhten Mehrheit noch einer Form, vgl. nur Fleck, ZGR 1988, S. 104, 116, m.w.N.

⁷⁴⁷ Vgl. Fleck, ZGR 1988, S. 104, 117.

sellschafter ersetzt werden könnte, doch ergäbe sich aus dem besonderen Charakter des Übernahmevertrags eine weitere, nachfolgend erklärte Schwierigkeit.

Auch die Verpflichtung (der Vorvertrag) zum Abschluss eines Übernahmevertrags ist nicht zielführend, da der Übernahmevertrag seinerseits dem Übernehmer nur aufschiebend bedingte Rechte gewähren kann⁷⁴⁸. Der Übernahmevertrag als Erfüllung des Vorvertrags verpflichtet grundsätzlich die Gesellschaft zur Durchführung der Kapitalerhöhung und Schaffung eines (neuen) Geschäftsanteils, den Übernehmer dagegen zu dessen Erwerb und zur Leistung der darauf entfallenden Einlage⁷⁴⁹. Des- sen Abschluss erfolgt durch Abgabe der Übernahmeerklärung des Übernehmers und deren Annahme durch die Gesellschaft. Für die Annahmeerklärung ist nicht der Geschäfts-führer, sondern die Gesellschafterversammlung zuständig⁷⁵⁰. Denn bei ihm handelt es sich nicht um einen herkömmlichen Austauschvertrag, sondern um einen Vertrag mit organisationsrechtlichem Charakter, weil „das von dem Übernehmer erstrebte Mitgliedschaftsrecht nicht von der Gesellschaft ‚geliefert‘ wird, sondern auf der Grundlage des satzungsändernden Kapitalerhöhungsbeschlusses und des Über- nahmevertrags kraft Gesetzes mit der Eintragung im Handelsregister entsteht“⁷⁵¹. Dabei steht der Übernahmevertrag unter dem Vorbehalt des Wirksamwerdens der Kapitalerhöhung durch die Eintragung (= Rechtsbedingung)⁷⁵². Dies hat zunächst zur Folge, dass ein Erfüllungsanspruch des Übernehmers gegenüber der Gesellschaft auf Durchführung der Kapitalerhöhung und auf Erwerb der Mitgliedschaft nicht besteht, da die für sie erforderliche Satzungsänderung erst mit der Eintragung wirksam wird (§ 54 III GmbHG) und bis dahin der Satzungsautonomie unterliegt⁷⁵³. Die Tragweite dieser Aussage ist aber nicht zu überschätzen, da sie nur eine rechtstechnische ist: solange der Übernahmevertrag aufschiebend bedingt wirksam ist, kann sich daraus naturgemäß auch kein Erfüllungsanspruch auf Durchführung der Kapitalerhöhung ergeben. Fehlt es also an einem Erfüllungsanspruch, kann folglich der Übernehmer bei einem Scheitern des Kapitalerhöhungsbeschlusses auch keinen Anspruch auf ein Erfüllungssurrogat in Form eines Schadensersatzes statt der Leistung haben⁷⁵⁴. Hier- bei ist aber wichtig zu erkennen, dass sich diese Ausführungen isoliert auf einen Vorvertrag und den eigentlichen Übernahmevertrag beziehen. Falls noch kein kon-

⁷⁴⁸ Hierzu *Hachenburg/Ulmer*, § 55, Rdn. 83 ff.

⁷⁴⁹ Vgl. nur *Hachenburg/Ulmer*, § 55, Rdn. 59 ff., m.w.N.

⁷⁵⁰ Vgl. nur *BGHZ* 49, S. 117, 119 ff.; *Hachenburg/Ulmer*, § 55, Rdn. 72; *MünchHdb. GesR III/Wegmann*, § 54, Rdn. 25, m.w.N.

⁷⁵¹ *BGH*, GmbHR 1999, S. 287.

⁷⁵² *BGH*, a.a.O.; *Hachenburg/Ulmer*, § 55, Rdn. 70, m.w.N.; *Lutter/Hommelhoff*, § 55, Rdn. 34.

⁷⁵³ *BGH*, a.a.O.; *Hachenburg/Ulmer*, a.a.O.

⁷⁵⁴ So auch *BGH*, GmbHR 1999, S. 287, 288; *Lutter*, FS für Schilling (1973), S. 207, 229.

kreter Zulassungsbeschluss gefasst wurde, wird regelmäßig in dem Vorvertrag dessen Beschluss versprochen.

Erst eine vertragliche Kombination von (1) der Verpflichtung der Gesellschaft zur Fassung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses sowie eines bestimmten Zulassungsbeschlusses, (2) dem Abschluss eines Übernahmevertrags und (3) einer vertraglichen Bindung der einzelnen Gesellschafter kann dem Dritten die Durchführung der Kapitalerhöhung bzw. eine effektive Mittelzufuhr gewähren. Hierbei ist aber zu unterscheiden, ob es dem Dritten auf eine effektive Erhöhung des Kapitals ankommt oder ob er seinerseits eine Kapitalbeteiligung an der Gesellschaft erstrebt.

Zum ersten Fall mit dem Ziel einer effektiven Mittelzufuhr: eine schuldrechtliche Vereinbarung, deren Abschluss kompetenziell den Gesellschaftern obliegt, muss das Versprechen zur Fassung eines Kapitalerhöhungs- sowie Zulassungsbeschlusses, die vorgezogene Annahme der Übernahmeerklärung namens der Gesellschaft und die Abgabe der Übernahmeklärungen der beteiligten Gesellschafter enthalten. Durch die beiden letzten Punkte wird der jeweilige Übernahmevertrag abgeschlossen, der - wie bereits erwähnt - nur aufschiebend bedingt wirksam ist. Zwar wird in dem ausdrücklich vorgenommenen Zulassungsversprechen regelmäßig eine vorweggenommene Annahme der Übernahmeerklärung enthalten sein, doch sollte dies trotzdem zur Klarstellung erfolgen. Mit dem Versprechen zur Fassung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses ist sichergestellt, dass der Übernahmevertrag wirksam wird, da das ggf. gegen die Gesellschaft erstrittene Urteil sowohl den Erhöhungsbeschluss und dessen notarielle Beurkundung als auch die nach § 54 I S.1 GmbHG zur Eintragung erforderliche Anmeldung ersetzt⁷⁵⁵. Während die drei ersten Punkte jeweils eine Verpflichtung der GmbH darstellen, ist die Abgabe der Übernahmeerklärung eine Verpflichtung der beteiligten Gesellschafter, die zumindest der notariellen Beglaubigung nach § 55 I GmbHG bedarf⁷⁵⁶. Zwar ist sowohl für das Zulassungsversprechen als auch für die vorgezogene Annahme der Übernahmeerklärung nur die einfache Beschlussmehrheit erforderlich, doch benötigt das Versprechen des Erhöhungsbeschlusses der satzungsändernden Mehrheit⁷⁵⁷.

Hiermit nicht zu verwechseln ist die Übernahmeerklärung des jeweiligen Gesellschafters, die im Unterschied zu deren Annahme keine organisationsrechtliche, son-

⁷⁵⁵ Vgl. S. 163.

⁷⁵⁶ So die ganz h.M., vgl. Hachenburg/Ulmer, § 55, Rdn. 85, m.w.N.

⁷⁵⁷ Vgl. S. 163.

dem eine persönliche Willenserklärung des Übernehmers ist⁷⁵⁸. Entsprechend ergibt sich, dass diese nicht durch das mit satzungsändernder Mehrheit erfolgte Kapitalerhöhungversprechen erfolgt, sondern jeweils einzeln zu erklären ist. Zumindest bezogen auf den Übernahmevertrag, bei dem die Gesellschafter die *GmbH* vertreten, liegt insofern ein In-Sich-Geschäft vor, als sämtliche Gesellschafter ihrerseits neue Geschäftsanteile erwerben sollen. Seitdem aber nicht mehr der formelle Charakter des § 181 BGB, sondern dessen materielle Wertung betont wird, scheidet allerdings § 181 BGB bei Fehlen eines Interessenkonflikts aus⁷⁵⁹. Dies ist zumindest dann der Fall, wenn alle Gesellschafter gemäß ihrer bisherigen Beteiligungsquote an der Kapitalerhöhung teilnehmen sollen⁷⁶⁰. Da es für den Dritten im Außenverhältnis unerheblich ist, ob sich die Beteiligungsquoten innerhalb der Gesellschaft infolge der Kapitalerhöhung verschieben, braucht hierauf im einzelnen nicht eingegangen werden.

Zum zweiten Fall mit dem Ziel des Dritten, sich an der Gesellschaft zu beteiligen: Dem Grunde nach besteht zum ersten Fall kein Unterschied, so dass zum Inhalt der vertraglichen Vereinbarung das schon Gesagte gilt. Wenn der Dritte die Übernahmeerklärung vorweg erklärt oder diese nicht schon im Vertrag mit der Gesellschaft erklärt werden soll, bedarf es auch nicht der Form der notariellen Beglaubigung gem. § 55 I GmbHG. Der Unterschied zum Fall, bei dem der Dritte einen schuldrechtlichen Vorvertrag auf Abschluss eines Übernahmevertrages abschließt, ist, dass hier zusätzlich die Fassung eines entsprechenden Kapitalerhöhungsbeschlusses vereinbart wird. Ohne diesen Beschluss und die Eintragung wird die Kapitalerhöhung nicht wirksam, § 54 III GmbHG; entsprechend tritt die Wirksamkeitsbedingung des Übernahmevertrags nicht ein. Anders als beim „isolierten“ Übernahmevertrag, bei dem der übernehmende Dritte weder einen Erfüllungs- noch entsprechenden Ersatzanspruch hat, ist hier also durch die Verpflichtung zur Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses sichergestellt, dass die Gesellschafter diesen auch beschließen. Wenn sämtliche Voraussetzungen erfüllt sind, wird der Dritte dann Gesellschafter; eine Position, die ihm auch durch Satzungsänderung nicht mehr ohne seine Zustimmung von den übrigen Gesellschaftern entzogen werden kann.

⁷⁵⁸ Vgl. Scholz/Priester, § 55, Rdn. 70, m.w.N.

⁷⁵⁹ BGHZ 64, S. 72, 76.

⁷⁶⁰ Vgl. Lutter/Hommelhoff, § 55, Rdn. 32, m.w.N.; vgl. auch Hachenburg/Ulmer, § 55, Rdn. 73, m.w.N.

2. Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie

a. Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern

aa. Geschäftsführer

Auch hier stellt sich zunächst die Frage, ob es durch Vereinbarung möglich ist, einem Dritten generell und dauerhaft die Bestellungs- und Abberufungskompetenz schuldrechtlich einzuräumen⁷⁶¹. Entsprechende Organrechte sind möglich⁷⁶². Bei einem entsprechenden Einfluss auf die Satzungsänderungskompetenz wurde die vergleichbare Frage mittels eines rechtstechnischen Arguments von der herrschenden Meinung abgelehnt⁷⁶³; dort scheiterte dies infolge der §§ 53, 45 II GmbHG. Derartige zwingende Vorschriften fehlen indes hier. Im Unterschied zu den vergleichbaren Organrechten ergibt sich hier wiederum das Problem der funktionalen Äquivalenz ohne äquivalente Einbindung des Dritten in die *GmbH*-Organisation⁷⁶⁴.

Vom funktionalen Ergebnis her stellen bekanntlich Gläubigerrechte für die Gesellschaft eine viel bedeutendere Gefahrenquelle als vergleichbare Organrechte dar, weil letztere permanent gesellschaftsrechtlich kontrollierbar sind. Um den hieraus resultierenden Gefahren vorzubeugen, muss sich der Anwendungsbereich - wie bei der Satzungsänderung - auf Einzelfälle der Bestellung und Abberufung derart reduzieren, dass es zu keiner faktischen, generellen Übertragung dieser Kompetenzen auf einen Dritten kommen darf. Es wäre nicht mit der Selbstverwaltungsautonomie vereinbar, dem Dritten eine so weitreichende Rechtsmacht einzuräumen, die nicht organisationsrechtlich kontrollierbar ist. Demnach ist eine generelle, nicht auf den Einzelfall bezogene schuldrechtliche Bestellungs- und Abberufungskompetenz eines Dritten ausgeschlossen, da diese zu einer faktischen Übertragung der diesbezüglichen organchaftlichen Kompetenzen ohne eine entsprechende verbandliche Einbindung führen würde⁷⁶⁵.

(1) Einzelfallbezogene Vereinbarung

Bei einem einzelfallbezogenen Anspruch stellt sich wiederum das Problem, dass eine gewisse Dauerhaftigkeit in der Natur der Sache liegt, da nicht täglich ein neuer Geschäftsführer bestellt und abberufen wird. Auch im Sinne einer Kontinuität der Geschäftsleitung kann eine dauerhafte Bindung angemessen sein. Wie beim Vertrag

⁷⁶¹ Vgl. Weber, S. 22.

⁷⁶² Vgl. S. 58 ff.

⁷⁶³ Vgl. S. 54 ff.

⁷⁶⁴ Vgl. S. 163 ff.

⁷⁶⁵ So auch Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), S. 483, 488; Fleck, ZGR 1988, S. 104, 122; Herfs, S. 280, 281; Scholz/Schneider, § 35, Rdn. 35, 41, 157.

über eine bestimmte Satzungsänderung stellt sich auch hier die Frage, wie eine vertragliche Befristung zu setzen ist, wenn keine vorhanden ist. Allein aus der Dauerhaftigkeit ist auch hier nichts Negatives zu entnehmen, es sei denn, die Grenze einer Knebelung i.S.d. § 138 BGB ist überschritten⁷⁶⁶. Daraus ergibt sich ebenfalls, dass ein derartiger Vertrag über die Bestellung und Abberufung auf jeden Fall aus wichtigem Grund gem. § 314 BGB n.F. kündbar ist. Im Übrigen gilt hier das schon oben Gesagte entsprechend⁷⁶⁷.

Die vorliegende schuldrechtliche „Kompetenzzuweisung“ geschieht grundsätzlich im Unterschied zur verbandsinternen Organerrichtung, die ohne „Gegenleistung“ erfolgt, vor einem konkreten wirtschaftlichen Hintergrund, der regelmäßig eine zeitliche Befristung in sich trägt. Dagegen werden Organrechte grundsätzlich zeitlos gewährt und sind auf Dauer angelegt. Die zeitliche Dauer des der schuldrechtlichen „Kompetenzeinräumung“ zugrunde liegenden Geschäfts schließt somit regelmäßig eine unbestimmte Dauer aus. Die „Kompetenzeinräumung“ erfolgt zwar nicht als synallagmatische Gegenleistung i.S.d. §§ 320 ff. BGB; sie ist jedoch insofern als Gegenleistung anzusehen, als es einen konkreten Anlass gibt, bei dessen Wegfall auch die causa der „Kompetenzeinräumung“ entfällt. Insofern wird praktisch jeder „Kompetenzeinräumung“ eine zeitliche Befristung inhärent sein, so dass es zu keiner dauerhaften diesbezüglichen Abhängigkeit der Gesellschaft kommen wird.

Aus diesem Grund ist eine einzelfallbezogene Abrede zulässig, wonach ein Dritter einen durchsetzbaren Anspruch auf Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers hat⁷⁶⁸. Jedoch reduziert sich dieser Anspruch im Wege der Vertragsauslegung⁷⁶⁹ auf einen, nicht auf Naturalrestitution i.S.d. § 249 BGB bestehenden Ersatzanspruch, der allerdings - wie sich zeigen wird - wegen Fehlens eines ersatzpflichtigen Schadens praktisch leer läuft mit der Folge, dass im Endergebnis ein Wiederbestellungs- bzw. Abberufungs- sowie Schadensersatzanspruch nur in Ausnahmefällen besteht.

Eine entsprechende Abberufungskompetenz ergibt sich in der Regel konkludent aus der Bestellungskompetenz, da jene ineffektiv wäre, bliebe der bisherige Geschäftsführer im Amt. Aber auch hier gilt, dass die genaue Ausgestaltung im Belieben der Vertragsparteien steht⁷⁷⁰.

⁷⁶⁶ Vgl. S. 176.

⁷⁶⁷ Vgl. S. 177.

⁷⁶⁸ Vgl. im übrigen S. 162 ff. sowie S. 189; so auch *Scholz/Schneider*, § 35, Rdn. 157; *a.M. Baums*, § 5 II 1b, S. 73; *BGH*, BB 2002, S. 2629, 2630; vgl. auch Nachweise in Fn. 784.

⁷⁶⁹ Vgl. S. 170 ff.

⁷⁷⁰ Vgl. *GmbH-Handbuch I/Fuhrmann*, Rdn. 2093; anders *Lutter/Hommelhoff*, § 38, Rdn. 3; *Scholz/K. Schmidt*, § 46, Rdn. 72.

Ist also die grundsätzliche Zulässigkeit zu bejahen, sind auch hier die genauen Wirksamkeitsvoraussetzungen zu klären. Bestellung und Abberufung obliegen gem. § 46 Nr. 5 GmbHG als körperschaftliche Rechtsgeschäfte den Gesellschaftern, so dass diese die Gesellschaft gegenüber dem designierten Geschäftsführer auch vertreten⁷⁷¹. Nicht nur der Abschluss des Anstellungsvertrags, sondern auch der eines entsprechenden Vorvertrags, der einem Dritten einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Bestellung und Abberufung einräumt, fällt als eine Art vorweggenommene Entscheidung in die Abschlusskompetenz der Gesellschafter. Eine andere Situation besteht allerdings, wenn gesellschaftsintern ein Fakultativorgan den Geschäftsführer bestellt und abberuft, da in diesem Fall auch die Abschlusskompetenz für einen entsprechenden Vorvertrag als vorgelagerte Entscheidung dem berechtigten Fakultativorgan obliegt. Ansonsten könnte die Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit, die für die Bestellung und Abberufung grundsätzlich ausreicht⁷⁷², die faktische Ausübung der organschaftlichen Kompetenzen des Fakultativorgans aushöhlen, indem sie die Gesellschaft anderweitig verpflichtet. Auch hier gilt jedoch der Grundsatz, dass dies gleichwohl mit einer satzungsändernden Mehrheit erfolgen kann⁷⁷³. Als Abschlussvoraussetzung bedarf es daher eines entsprechenden Beschlusses mit einfacher Mehrheit des berechtigten Organs⁷⁷⁴; eine bestimmte Form besteht dabei nicht⁷⁷⁵. Hinsichtlich des Vertrags mit dem Dritten ist wiederum die Schriftform des § 126 BGB zu fordern⁷⁷⁶. Entsprechendes gilt auch für ein „isoliertes“ Bestellungs- und Abberufungsversprechen. Hinsichtlich der Reaktions-, Bestands- und Sanktionsmöglichkeiten gilt das oben Gesagte entsprechend; insbesondere steht auch hier dem Dritten kein Anfechtungsrecht zu⁷⁷⁷. Im Vorvertrag sollte auch die Person des designierten Geschäftsführers bestimmt oder bestimmbar ausgestaltet werden; ebenfalls wäre zu klären, aus welchem Personenkreis jener sich rekrutiert. Soll die vom Dritten bestimmte Person als Geschäftsführer auch bestellbar sein, muss dieser zumindest die gesetzlichen Voraussetzungen des § 6 GmbHG erfüllen.

⁷⁷¹. Statt aller: *Lutter/Hommelhoff*, § 46, Rdn. 13.

⁷⁷². Vgl. nur *Roth/Altmeppen*, § 47, Rdn. 3.

⁷⁷³. Vgl. S. 163 ff.

⁷⁷⁴. Bei einer *mitbestimmungspflichtigen GmbH* wird der Geschäftsführer mit einer 2/3-Mehrheit gewählt (§ 31 II MitbestG); dasselbe gilt dann auch für den Verpflichtungsbeschluss.

⁷⁷⁵. So auch *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 124; *Herfs*, S. 273.

⁷⁷⁶. Vgl. insofern S. 166.

⁷⁷⁷. So auch die ganz *h.M.*: *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 38, Rdn. 21, 26; *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 128; *ders.*, GmbHR 1993, S. 550, 555; *Hachenburg/Stein*, § 38, Rdn. 97; *Lutter/Hommelhoff*, § 38, Rdn. 27; *Scholz/Schneider*, § 38, Rdn. 57; *Roth/Altmeppen*, § 38, Rdn. 26; *a.M. Herfs*, S. 280; *Raiser*, Kapitalgesellschaften, § 32, Rdn. 49, S. 384.

(2) Widerrufsbeschränkung

Eine Verschärfung der Problematik entsteht jedoch, wenn der Inhalt der schuldrechtlichen Vereinbarung im Verlauf der Zeit nicht mehr oder von Anfang an nicht der Satzungsregelung über den Widerruf (§ 38 GmbHG) entspricht. Als Beispiel ist Folgendes anzuführen: im Anstellungsvertrag mit einem Fremd-Geschäftsführer wird der Widerruf auf einen wichtigen Grund i.S.v. § 38 II GmbHG beschränkt, was auch im Gesellschaftsvertrag so vorgesehen ist⁷⁷⁸. Später wird der Gesellschaftsvertrag dahingehend geändert, dass nunmehr ein jederzeitiger Widerruf möglich ist. Der umgekehrte Fall ist ebenfalls denkbar: im Anstellungsvertrag ist wiederum der Widerruf auf einen wichtigen Grund beschränkt, obwohl dies im Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen ist. In beiden Fällen erfolgt nun der Widerruf, ohne dass ein wichtiger Grund i.S.v. § 38 II GmbHG vorliegt. Es ist nun fraglich, ob erstens der Widerruf organisationsrechtlich und auch schuldrechtlich wirksam ist, zweitens, ob der Fremd-Geschäftsführer einen Anspruch auf Wiederbestellung hat und drittens, wie ihm eine sichere Position eingeräumt werden kann.

Zunächst ist zu klären, ob es überhaupt möglich ist, außerhalb des Gesellschaftsvertrags die Abberufung auf einen wichtigen Grund zu beschränken. Denkbar ist, dass die Beschränkung des Widerrufs notwendigerweise statutarisch zu erfolgen hat, da § 38 II S.1 GmbHG bestimmt: „Im Gesellschaftsvertrag kann die Zulässigkeit des Widerrufs auf den Fall beschränkt werden, dass wichtige Gründe denselben notwendig machen.“ Wenn der Gesellschaftsvertrag der einzige „Ort“ wäre und gleichwohl schuldrechtlich die Beschränkung des Widerrufs versprochen wird, wäre diese Abrede als Verstoß gegen zwingendes Gesetz per se nichtig. *Baums* formuliert dieses Problem so: „Sieht ... allein der Geschäftsführervertrag (der ergänzende Anstellungsvertrag) vor, dass eine Abberufung nur aus wichtigem Grund erfolgen können soll, so ist diese Abrede unwirksam, und der Geschäftsführer kann vorzeitig und ohne wichtigen Grund abberufen werden.“⁷⁷⁹ Hiermit spricht *Baums* die hier propagierte Trennung von Organrechten Dritter und entsprechenden Gläubigerrechten an. Organrechte bzw. deren Einschränkungen können natürlich nicht außerhalb des Gesellschaftsvertrags, sondern nur in ihm (organisationsrechtlich) statuiert werden. Insofern ist *Baums* zuzustimmen, wenn die Beschränkung der Widerruflichkeit (organisationsrechtlich) nur im Gesellschaftsvertrag erfolgen kann⁷⁸⁰.

⁷⁷⁸ Vgl. *Baums*, § 13 III 5a, S. 324; vgl. auch *BGH*, BB 2002, S. 2629, 2630.

⁷⁷⁹ *Baums*, § 13 III 5c, S. 326.

⁷⁸⁰ *Baums*, § 13 IV 5c, S. 324; so auch *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 38, Rdn. 10.

Doch ist diese Erkenntnis nicht mit der hiesigen Fragestellung zu verwechseln; geht es dort um die Möglichkeit, Organrechte außerhalb des Gesellschaftsvertrags zu begründen (oder einzuschränken), geht es hier darum, ob und wie eine schuldrechtliche Beschränkung der Widerruflichkeit auf die organisationsrechtliche, gesellschaftsinterne Widerrufskompetenz „durchschlägt“. Entsprechend formuliert *Baums*: „Die unwirksame Widerrufsbeschränkung ist aber umzudeuten in eine (wirksame) Verpflichtung, den Geschäftsführer nicht vorzeitig ohne wichtigen Grund abzurufen (§ 140 BGB)“⁷⁸¹. Genau dies ist die Frage. Der Gesellschaftsvertrag ist zwar der einzige „Ort“ für eine organisationsrechtliche Widerrufsbeschränkung, aber darüber hinaus gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass § 38 II S.1 GmbHG in der Weise abschließend ist, dass entgegenstehende schuldrechtliche Abreden per se nichtig sind⁷⁸². Die Lösung des Problems lässt sich nur in Einzelschritten erstellen. Wie oben schon gezeigt, gibt es keine „größeren Hindernisse“, wenn vom Normalfall - der jederzeitigen Widerruflichkeit - auszugehen ist. Aufgrund eines mit einfacher Mehrheit geschlossenen Versprechens kann der Dritte die Bestellung und die Abberufung des vorhandenen Geschäftsführers durchsetzbar verlangen. Spätestens mit Vollstreckung nach § 894 ZPO ist der vom Dritten Bestimmte neuer Geschäftsführer. Wird dieser vom zuständigen Organ abberufen (regelmäßig die Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 5 GmbHG), kann der Dritte wiederum die Bestellung seines Kandidaten verlangen oder im Vorfeld versuchen, die Abberufung und anderweitige Bestellung durch Ordnungsgeld zu verhindern.

Mit den obigen Beispielen vergleichbar ist die Situation, dass im Anstellungsvertrag in Übereinstimmung mit der Satzung die Beschränkung der Widerruflichkeit auf einen wichtigen Grund vereinbart wird. Dass im Falle des Fehlens eines wichtigen Grundes der Widerruf gleichwohl organisationsrechtlich wirksam, aber anfechtbar ist und dem Fremd-Geschäftsführer kein Anfechtungsrecht zusteht, wurde schon dargestellt⁷⁸³. Zu klären bleibt aber noch, ob dem Fremd-Geschäftsführer aufgrund seines anders lautenden Anstellungsvertrags ein (schuldrechtlicher) Wiederbestellungsanspruch zusteht. Nach der diesbezüglich wohl überwiegenden Meinung scheidet ein solcher aus, nur ein Schadensersatzanspruch wird gewährt⁷⁸⁴. Es gilt insofern der

⁷⁸¹ *Baums*, § 13 IV 5c, S. 326.

⁷⁸² So auch *Flume*, Juristische Person, § 10 I 3, S. 348 ff.; ähnlich *Reuter*, FS für Zöllner (1998), S. 487, 492; offengelassene von *BGH*, BB 2002, S. 2629, 2630.

⁷⁸³ Vgl. S. 171; auch *Scholz/Schneider*, § 38, Rdn. 55.

⁷⁸⁴ So *Baums*, § 13 IV 5c, S. 324 ff.; *Fischer*, GmbHR 1953, S. 131, 134; im Ergebnis *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 126; *GmbH-Handbuch I/Fuhrmann*, Rdn. 2106; grundsätzlich auch *Hachenburg/Stein*, § 37, Rdn. 28; *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 6, Rdn. 15, 28, im Widerspruch zu § 38, Rdn. 14; *Rowedder/Koppensteiner*, § 38, Rdn. 4; *Scholz/Schneider*, § 38, Rdn. 55; offen gelassen *Reuter*, FS für Zöllner (1998), S. 487, 492; ebenfalls ablehnend *BGH*, a.a.O.

prägnante Satz „weiche und liquidiere“⁷⁸⁵; begründet wird dies u.a. mit dem organisationsrechtlichen Vorrang des Gesellschaftsvertrags vor schuldrechtlichen Absprachen⁷⁸⁶ bzw. der rechtlichen Trennung von Organ- und Anstellungsverhältnis⁷⁸⁷. Es läge ansonsten ein unzulässiger Eingriff in die Organisationshoheit der Gesellschafterversammlung vor⁷⁸⁸. Dieser Standpunkt widerspricht der hier vertretenen Meinung.

Aufgrund der Verbindlichkeit des Anstellungsvertrags besteht ein (vertraglicher) Wiederanstellungsanspruch⁷⁸⁹. Nur ergibt sich wiederum das bekannte Problem, dass eine Abberufung und anderweitige Neubestellung organisationsrechtlich immer möglich ist, so dass es praktisch nie zu einem letztendlichen oder „bestandskräftigen“ Wiederbestellungsanspruch kommen kann. Doch ist eine derartige „Spirale“ nur ein Ausnahmefall, da die Gesellschaft sich u.a. permanent über angedrohte und festgesetzte Ordnungsgelder hinwegsetzen könnte. Nur wenn dies gleichwohl erfolgt und unzumutbar wird, kann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung statt des Wiederanstellungsanspruchs ein Schadenersatzanspruch angenommen werden⁷⁹⁰. Insbesondere ist der Schadenersatzanspruch aus Prestige Gründen aber häufig kein gleichwertiger Ersatz⁷⁹¹. Im Ergebnis gilt also obiger Grundsatz „weiche und liquidiere“, doch - im Unterschied zur herrschenden Meinung - nicht von Anfang an, sondern erst, wenn keine anderweitige Konfliktlösung für die Beteiligten zumutbar ist⁷⁹². Aber auch wenn man im Ergebnis einen Schadenersatzanspruch bejaht, richtet sich dieser - wie ausgeführt - nicht auf eine Wiedereinstellung, sondern auf den Ersatz des durch die Abberufung entstandenen Schadens. Da der abberufene Geschäftsführer seinen Vergütungsanspruch gem. § 615 BGB trotz Abberufung jedoch behält - vorausgesetzt, es liegt kein wichtiger Kündigungsgrund i.S.d. § 626 BGB vor⁷⁹³ -, reduziert sich der denkbare ersatzpflichtige Schaden erheblich. Ob daneben überhaupt ein

⁷⁸⁵ So Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6, Rdn. 16.

⁷⁸⁶ Lutter/Hommelhoff, § 38, Rdn. 13.

⁷⁸⁷ BGH, BB 2002, S. 2629, 2630.

⁷⁸⁸ Hachenburg/Stein, § 37, Rdn. 28.

⁷⁸⁹ Ebenso Flume, Juristische Person, § 10 I 3, S. 347 ff.; Hachenburg/Stein, § 38, Rdn. 28, unter der Voraussetzung, dass sich der Gesellschafterbestand seit der Abrede nicht geändert hat. Dies ist aus organisationsrechtlicher Sicht zweifelhaft, da das Handeln der Gesellschafter ein organschaftliches Handeln war, ein Handeln auf Ebene der Gesellschaft. Aus welchem Grund sich die GmbH später an ihrem eigenen Handeln nicht mehr messen lassen soll, ist fraglich, zumal durch einen Gesellschafterwechsel sich deren Identität ja nicht ändert. Aus Sicht des eintretenden Gesellschafters ist sein Informationsbedürfnis verständlich, doch obliegt dem Veräußerer eine entsprechende Aufklärungs- und Informationspflicht; Herfs, S. 280 ff.; Lutter/Hommelhoff, § 38, Rdn. 14; im Ergebnis wohl auch Ulmer, FS für Werner (1984), S. 911, 927.

⁷⁹⁰ Vgl. S. 170 ff.

⁷⁹¹ So auch Flume, Juristische Person, § 10 I 3, S. 350.

⁷⁹² So auch Baumbach/Hueck/Zöllner, § 38, Rdn. 11; vermutlich auch Sudhoff, S. 43 ff.

⁷⁹³ vgl. BGH, BB 2002, S. 2629, 2630.

weitergehender Schaden bestehen kann, ist fraglich, so dass - aus praktischer Sicht - ein Schadensersatzanspruch wohl ausscheiden wird⁷⁹⁴.

Zurück zu den obigen *Beispielen*⁷⁹⁵: festhalten lässt sich zunächst, dass der erfolgte Widerruf organisationsrechtlich rechtmäßig, im ersten Fall aber im schuldrechtlichen Sinne rechtswidrig war, welches zunächst zu einem Wiederbestellungsanspruch und dann ggf. zu einem Schadensersatzanspruch führt⁷⁹⁶. Insbesondere ändert die erfolgte Änderung des Gesellschaftsvertrags hieran nichts, da diese nur die Abberufungsmodalität betrifft. Insofern besteht kein Unterschied zum obigen Fall ohne Satzungsänderung. Der zweite Fall weist indes die Besonderheit auf, dass die Gesellschaft im Anstellungsvertrag eine Beschränkung der Widerruflichkeit auf einen wichtigen Grund mit dem designierten Geschäftsführer vereinbarte, obwohl statutarisch derartige nicht vorgesehen ist. Dies lässt ein Überschreiten der Vertretungsmacht der Gesellschafterversammlung vermuten mit der Folge der Unwirksamkeit der Vereinbarung, da der mit einfacher Mehrheit geschlossene Anstellungsvertrag den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags dem Grunde nach zu widersprechen scheint. Wenn die Gesellschafterversammlung tatsächlich ein „Mehr“ verspräche als organisationsrechtlich zulässig, träfe diese Rechtsfolge entsprechend dem allgemeinen Vertretungsrecht gem. §§ 164 ff. BGB zu. Hier wie dort ist der Umfang der Vertretungsmacht für die Verpflichtungswirksamkeit entscheidend. Ohne Vertretungsmacht erfolgt keine wirksame Verpflichtung. Ein „Mehr“ verspricht die Gesellschafterversammlung aber nur insofern, als sie auf die jederzeitige Widerruflichkeit verzichtet. Doch erfolgt dieser Verzicht, der ja eine schuldrechtlich versprochene Einschränkung einer Organbefugnis darstellt, in Übereinstimmung mit der organschaftlichen Widerrufskompetenz. Ob sich die Gesellschaftermehrheit zu einem Abschluss mit schuldrechtlicher Widerrufsbeschränkung entscheidet und sich somit letztendlich nur in schuldrechtlicher Konsequenz bindet oder in der Gesellschafterversammlung auf die Ausübung ihrer Widerrufskompetenz „verzichtet“, ist aus Sicht der verbandlichen Selbstbestimmung gleichwertig, da im Regelfall die einfache Mehrheit genügt⁷⁹⁷. Im Anstellungsvertrag erfolgt lediglich eine vorweggenommene Beschränkung der Widerrufskompetenz; organisationsrechtlich kann immer noch der jederzeitige Widerruf erfolgen, die Widerrufsmöglichkeit aus wichtigem Grund besteht generell.

⁷⁹⁴ Im Ergebnis auch *BGH*, a.a.O.

⁷⁹⁵ Vgl. S. 188.

⁷⁹⁶ Ebenso *Lutter/Hommelhoff*, § 38, Rdn. 14; mit Einschränkungen *Hachenburg/Stein*, § 38, Rdn. 28; *a.M. Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 129.

⁷⁹⁷ Ähnlich *Flume*, Juristische Person, § 10 13, S. 347 ff.; vgl. auch *Hachenburg/Stein*, § 35, Rdn. 164; *dies.*, § 38, Rdn. 28.

Es ist jedoch fraglich, ob zum Schutz der Minderheit statt der einfachen eine qualifizierte Abschlussmehrheit notwendig ist. Wenn man die Figur der „zustandsbegründenden Satzungsdurchbrechung“ vor Augen hat, könnte an eine satzungsändernde Mehrheit sowie notarielle Beurkundung und Eintragung zu denken sein. Hierunter versteht man Beschlüsse, wodurch die Gesellschafter bewusst für einen konkreten Einzelfall von Satzungsbestimmungen abweichen, ohne diese selbst ändern zu wollen⁷⁹⁸. Zur Erklärung dient folgendes *Beispiel*: nach der Satzung wird der Geschäftsführer für 3 Jahre (befristet) gewählt. Dem designierten Geschäftsführer ist dies aber zu wenig, er begehrt eine fünfjährige Amtszeit. Da die Gesellschaft den Kandidaten unbedingt gewinnen, aber diese Amtszeitverlängerung nur auf den vorliegenden Fall beschränken möchte, vereinbaren die Gesellschafter in der erforderlichen Weise eine einmalige Durchbrechung. Die Besonderheit dieser Satzungsdurchbrechung ist nun, dass sie - obwohl nur für einen Einzelfall gedacht - organisationsrechtlicher Natur ist. Während letzteres wegen der angesprochenen äquivalenten Funktionalität weniger zu betonen ist, ist die Satzungsdurchbrechung - also die eigentliche Satzungswidrigkeit der angestrebten Regelung - hervorzuheben. Wird eine derartige Durchbrechung schuldrechtlich vereinbart, eine entsprechende Verpflichtung begründet, ergibt sich aus den bekannten Gründen, dass schon auf dieses Versprechen die eigentlichen Voraussetzungen anzuwenden sind⁷⁹⁹. Vorliegend ist aber entscheidend, dass gar keine materielle Satzungsdurchbrechung vorliegt. Es erfolgt vielmehr nur eine scheinbar satzungswidrige Anstellungsbedingung, da nur das vereinbart wird, was die Gesellschaftermehrheit sowieso in einer Abstimmung erreichen könnte⁸⁰⁰. Auch der Anstellungsvertrag im zweiten Fall kann daher rechtmäßig mit einfacher Mehrheit geschlossen werden. Organisationsrechtlich ist der Widerruf wiederum wirksam. Ebenfalls besteht ein (schuldrechtlicher) Wiederanstellungsanspruch, der sich gleichwohl im Ergebnis bei einer anderweitigen unzumutbaren Konfliktlösung in einen Schadensersatzanspruch umwandelt⁸⁰¹.

⁷⁹⁸ Lawall, DSzR 1996, S. 1169.

⁷⁹⁹ Vgl. S. 162 ff.

⁸⁰⁰ Im Ergebnis ähnlich Flume, Juristische Person, § 10 I 3, S. 347 ff.; Hachenburg/Stein, § 35, Rdn. 164.

⁸⁰¹ Ebenfalls Baumbach/Hueck/Zöllner, § 38, Rdn. 11; einschränkend auch Hachenburg/Stein, § 38, Rdn. 28; wohl auch Herfs, S. 280 ff.; Scholz/Schneider, § 35, Rdn. 157; Sudhoff, S. 43 ff.; a.M. Baums, § 13 IV 5c, S. 324 ff.; Lieb/Eckardt, S. 17 ff.; Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6, Rdn. 15, 28; Rowedder/Koppensteiner, § 38, Rdn. 4.

(3) Verstärkung der Position des Dritten

Es bleibt noch zu klären, wie sich die Position des Fremdgeschäftsführers verstärken lässt. Im obigen ersten Fall⁸⁰² besteht nach der überwiegenden Meinung kein Wiederbestellungs-, sondern nur ein Schadensersatzanspruch, obwohl die Widerruflichkeit sowohl im Anstellungsvertrag als auch im Gesellschaftsvertrag beschränkt ist; dasselbe gilt auch im zweiten Fall⁸⁰³, bei dem die Widerruflichkeit nur im Anstellungsvertrag beschränkt ist. Nur eine Mindermeinung bejaht in beiden Fällen einen Wiederbestellungsanspruch⁸⁰⁴. Tendenziell wird der Wiederbestellungsanspruch aber eher abgelehnt, wenn statutarisch der Widerruf jederzeit möglich ist. Für den ersten Fall bedeutet dies: solange die Satzung unverändert bleibt, bestehen „bessere Chancen“ auf einen Wiederbestellungsanspruch; erfolgt aber eine Satzungsänderung, die die Beschränkung der Widerruflichkeit aufhebt, „wandelt“ sich der erste Fall in den zweiten, bei dem „höhere Chancen“ bestehen, dass der Wiederbestellungsanspruch versagt wird. Eine Positionsverstärkung bedeutet hier also, eine Aufhebung der Widerrufsbeschränkung zu verhindern, welches durch den schon dargestellten schuldrechtlichen Vertrag⁸⁰⁵ des Inhalts zu erreichen ist, dass eine Änderung der entsprechenden Satzungs Vorschrift für diesen konkreten Einzelfall zu unterlassen ist. Zwar ist dieser Vorschlag in den „Spiralfällen“ nicht „wasserdicht“, bedeutet aber eine zusätzliche Stärkung, da sich Mehrheiten im Verlauf ändern können⁸⁰⁶.

Im zweiten Fall wäre das Ziel, in den ersten Fall „aufzusteigen“. Wiederum könnte ein Versprechen zur Satzungsänderung, d.h. zur statutarischen Beschränkung der Widerruflichkeit, vereinbart werden, um eine Verfestigung zu erreichen. Falls den Gesellschaftern eine Satzungsänderung zu weitgehend erscheint, kommt stattdessen eine zustandsbegründende Satzungs durchbrechung in Frage. Da nach herrschender Meinung die Voraussetzungen einer derartigen Durchbrechung denjenigen der eigentlichen Satzungsänderung gleichen⁸⁰⁷, bestehen ebenfalls keine Unterschiede hinsichtlich der Abschlussvoraussetzungen⁸⁰⁸.

⁸⁰² Vgl. S. 166.

⁸⁰³ Vgl. S. 188.

⁸⁰⁴ Vgl. S. 190.

⁸⁰⁵ Vgl. S. 162 ff.

⁸⁰⁶ Vgl. auch *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 129 ff.

⁸⁰⁷ Hierzu *Lawall*, DSfR 1996, S. 1169, 1171 ff.

⁸⁰⁸ Im Ergebnis auch *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 124 ff.

bb. Obligatorischer Aufsichtsrat

Losgelöst von der Frage, ob Dritten organschaftliche Entsendungsrechte und vergleichbare Rechte eingeräumt werden können, kann dasselbe auf schuldrechtlichem Wege versucht werden⁸⁰⁹. Da beim obligatorischen Aufsichtsrat nach dem MitbestG eine paritätische Besetzung schon gesetzlich vorgesehen ist, erübrigt sich eine freiwillige Einführung, die jedoch beim Aufsichtsrat nach BetrVG 1952 nach der hier vertretenen Meinung möglich ist⁸¹⁰. Auch bei der mitbestimmungsfreien *GmbH* wäre eine freiwillige Mitbestimmung hierdurch erreichbar.

In diesem Zusammenhang wurde versucht, die angestrebte Erhöhung der Anzahl der Arbeitnehmervertreter durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung einzuführen⁸¹¹. Eine Betriebsvereinbarung scheidet jedoch schon deshalb aus, weil nur der Betriebsrat und kein Dritter im Rahmen des BetrVG 1952 funktionell zuständig ist, eine Regelung mit dem Arbeitgeber zu treffen⁸¹². Ebenfalls scheidet ein Tarifvertrag aus, da dessen normative Wirkung nur bezüglich betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher, nicht aber bezüglich unternehmensverfassungsrechtlicher Fragen anerkannt ist⁸¹³. Auch für sog. Mitbestimmungsverträge *sui generis* fehlt den Tarifparteien die Abschlusskompetenz⁸¹⁴. Denkbar sind daher nur Stimmbindungsverträge, die aber auf der Ebene des einzelnen Gesellschafters ansetzen, eine Verpflichtung der Gesellschaft selbst findet nicht statt.

Um die gesetzliche Mitbestimmung nicht zu unterlaufen, kommt ein derartiges Wahlversprechen nur hinsichtlich der Vertreter der Gesellschafter in Frage (2/3 der Aufsichtsratsmitglieder). Grundsätzlich wählt die Gesellschafterversammlung diese nach § 101 I AktG i.V.m. § 77 I BetrVG 1952. Wie die Gesellschafter die nicht nach dem BetrVG 1952 zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder wählen, berührt nach der hier vertretenen Auffassung nicht die betriebliche Mitbestimmung⁸¹⁵. Eine etwaige Ausgestaltung obliegt den Gesellschaftern. Bei einer schuldrechtlichen Einführung der paritätischen Besetzung bleibt die gesetzliche 1/3-2/3-Besetzung bestehen. Die Gesellschaft aber verpflichtet sich, bindende Wahlvorschläge oder Ernennungen eines Dritten (des Vertragspartners) zu befolgen. Organisationsrechtlich sind jedoch

⁸⁰⁹ Vgl. S. 59.

⁸¹⁰ Vgl. S. 60.

⁸¹¹ Vgl. zu diesem Ansatz *Hensche*, AuR 1971, S. 33, 38.

⁸¹² *Dietz/Richardi*, Vorbem. § 76 BetrVG 1952, Rdn. 45.

⁸¹³ *Fabricius*, FS für Hilger und Stumpf (1983), S. 155, 165; *GK-BetrVG/Kraft*, vor § 76 BetrVG 1952, Rdn. 14.

⁸¹⁴ Hierzu vgl. *Beuthien*, ZfA 1984, S. 1, 29, m.w.N.; vgl. *GK-BetrVG/Kraft*, a.a.O.

⁸¹⁵ Vgl. S. 60 ff.

die Gewählten keine Arbeitnehmervertreter oder Vertreter des Dritten, sondern Anteilseignervertreter und von diesen entsprechend auch abberufbar⁸¹⁶.

Auch hier stellt sich wiederum die Frage, ob derartige Verträge zulässig sind und wenn ja, unter welchen Bedingungen. Wie bei der Verpflichtung zur Bestellung des Geschäftsführers scheidet eine generelle schuldrechtliche Übertragung mangels einer Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeit auf den Dritten aus⁸¹⁷. Entsprechend kommen nur einzelfallbezogene Verpflichtungen in Frage⁸¹⁸. Die Kompetenz zum Abschluss einer derartigen Verpflichtung obliegt dem zuständigen Bestellungsorgan, wobei der Abschluss mit der statutarisch erforderlichen Mehrheit erfolgen muss. Hierfür genügt in der Regel eine einfache Mehrheit⁸¹⁹. Auch vertritt das für die Bestellung zuständige Organ die Gesellschaft gegenüber dem Dritten im Außenverhältnis⁸²⁰. Zu einer Dauerhaftigkeit der Verpflichtung kann es nicht kommen, da gem. §§ 77 BetrVG 1952, 102 AktG die Dauer des Aufsichtsratsamtes auch für die Anteilseignervertreter auf höchstens fünf Jahre begrenzt ist⁸²¹. Hinsichtlich der Vollstreckung, „Bestandfähigkeit“ und des Wiederbestellungsanspruchs gilt das oben Gesagte entsprechend⁸²². Für die reguläre Abberufung ist gem. §§ 77 I BetrVG 1952, 103 I AktG die Gesellschafterversammlung zuständig, welche die Anteilseignervertreter jederzeit mit ¾-Mehrheit abberufen kann. Im Sinne einer Selbstbindung kann wiederum schuldrechtlich die Abberufung aus einem wichtigen Grund vereinbart werden, was aber wiederum mit einer ¾-Mehrheit geschehen muss⁸²³. Auch ist statutarisch eine Beschränkung der Widerruflichkeit möglich⁸²⁴, so dass die Gesellschafterversammlung zur Verfestigung der Bestellungsverpflichtung eine entsprechende Satzungsänderung oder zumindest eine zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung beschließen kann. Für den Abschluss wäre allerdings eine satzungsändernde Beschlussmehrheit erforderlich.

Unter diesen Voraussetzungen ist also eine schuldrechtliche Vereinbarung der Gesellschaft gegenüber einem Dritten (etwa einer Gewerkschaft) möglich, bestimmte Personen in den Aufsichtsrat zu wählen. Gleichwohl muss - quasi als Erfüllungshandlung - die Wahl seitens des dafür zuständigen Organs erfolgen. Auch muss das

⁸¹⁶ Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 165; Lutter/Hommelhoff, § 52, Rdn. 25.

⁸¹⁷ Vgl. S. 185.

⁸¹⁸ Vgl. auch Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 41, aus.

⁸¹⁹ Vgl. nur Scholz/Schneider, § 52, Rdn. 142.

⁸²⁰ Vgl. auch S. 187; so vertritt etwa die Gesellschafterversammlung die Gesellschaft beim Abschluss der Dienstverträge mit den Aufsichtsratsmitgliedern, wenn jene von ihr auch bestellt werden, vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, § 52, Rdn. 35, 114, 178.

⁸²¹ Scholz/Schneider, § 52, Rdn. 187.

⁸²² Vgl. S. 187; Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 41, gewähren bei Vertragsverletzung nur einen Ersatz- und keinen Wiederbestellungsanspruch.

⁸²³ Vgl. S. 190.

vom Dritten bestimmte Aufsichtsratsmitglied den gesetzlichen und statutarischen Erfordernissen, wie z.B. § 100 II Nr. 1 AktG (höchstens 10 Aufsichtsratssitze) oder Nr. 3 (Verbot der Überkreuzverflechtung), entsprechen⁸²⁵.

cc. Fakultativorgane

Auch hier sind schuldrechtliche Bestellungs- und Abberufungsvereinbarungen denkbar und zulässig. Diese gleichen denen bezüglich des Geschäftsführers und der Mitglieder eines obligatorischen Aufsichtsrats. Insofern ist auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen.

dd. Bemerkungen

Anzumerken ist an dieser Stelle, dass die vom Dritten bestimmte Person Organwalter wird. Die Person muss dabei sämtliche persönlichen Eigenschaften des Organs erfüllen. Wie die genauen vertraglichen Beziehungen dieser Person (dem designierten Organmitglied) zum Dritten sind, sei es in Form eines Arbeits-, Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrags, ist für das Organverhältnis ohne Bedeutung. Dasselbe gilt insofern für ein Weisungsrecht des Dritten gegenüber der von ihm bestimmten Person. Ersichtlich ist, dass schon aus der Position als Aufsichtsratsmitglied oder als Mitglied eines vergleichbaren fakultativen Kontrollorgans eine Weisungsgebundenheit ausscheidet. Ob in den übrigen Fällen ein (schuldrechtliches) Weisungsrecht des Dritten gegenüber dem Organ und dessen Mitgliedern besteht, ist im Rahmen der Bestellungs- und Abberufungsvereinbarung zu klären; ob und wie dies zulässig ist, wird nachfolgend dargestellt. Wurde bisher versucht, die Position des Dritten zu verstärken, kann dies auch für die *GmbH* erfolgen, indem das für die Bestellung zuständige Organ den Bestellungsbeschluss unter der auflösenden Bedingung ausspricht, dass die schuldrechtliche Verpflichtung ihrerseits wirksam ist⁸²⁶.

b. Weisungsrechte

Wenn dem Dritten ein schuldrechtliches Weisungsrecht eingeräumt wird, ist zwischen zwei Ebenen zu unterscheiden: einerseits kann ein schuldrechtliches Weisungsrecht die Gesellschaft als Adressaten vorsehen, andererseits das einzelne Organ,

⁸²⁴ Vgl. *Hachenburg/Raiser*, § 52, Rdn. 189.

⁸²⁵ Vgl. hierzu auch *Hachenburg/Schneider*, § 52, Rdn. 158 ff.

⁸²⁶ Vgl. *GmbH-Handbuch I/Fuhrmann*, Rdn. 2091; vgl. auch *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 35, Rdn. 10; *Lutter/Hommelhoff*, § 6, Rdn. 24; *Scholz/Schneider*, § 6, Rdn. 27.

etwa den Geschäftsführer⁸²⁷. Entsprechend kann sich die Einflussnahme auf die Gesellschaft durch deren Verpflichtung oder durch eine schuldrechtliche Bindung mit dem Organwahrer selbst, z.B. durch einen Anstellungsvertrag, vollziehen. Letzteres wird unter dem Stichwort der Drittanstellung diskutiert⁸²⁸.

Die inhaltliche Ausgestaltung eines Weisungsrechts kann sehr unterschiedlich sein. So kann dessen Inhalt von einem Verzicht auf dessen Geltendmachung über die Ausübung von Zustimmungsvorbehalten bei bestimmten Geschäftsführungsmaßnahmen bis hin zu einem generellen, alle Geschäftsmaßnahmen umfassenden Weisungsrecht reichen. Insbesondere der Verzicht ist von praktischer Relevanz, wenn die Gesellschaft hochqualifiziertes Personal gewinnen möchte, das zuvor die prestigeträchtige Stellung eines Vorstandsmitglieds einer *Aktiengesellschaft* innehatte. Zwar passen der Verzicht und die Einräumung eines Weisungsrechts auf den ersten Blick nicht zusammen, doch bedeutet der (schuldrechtliche) Verzicht eine Einschränkung des organschaftlichen Weisungsrechts der Gesellschafterversammlung oder - gewissermaßen - die Anweisung, das Weisungsrecht nicht auszuüben; strukturell ist der Verzicht demnach mit der Weisung vergleichbar, identisch sind deren Rechtsgrundlage sowie die damit verbundenen Probleme.

aa. Geschäftsführer

(1) Gegenüber der Gesellschaft

Auch hier stellen sich nun vergleichbare Fragen wie zuvor, nämlich erstens, ob das Einräumen eines generellen oder nur eines einzelfallbezogenen schuldrechtlichen Weisungsrechts möglich ist, zweitens, welches die Zulässigkeitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen sind und drittens, welche Möglichkeiten bestehen, die Position des Dritten zu verstärken.

Eine generelle und dauerhafte Verpflichtung zur Befolgung von Weisungen lehnt die überwiegende Literatur grundsätzlich ab, obwohl es an einer genauen Begründung hierzu fehlt⁸²⁹. Wie im Fall einer Satzungsänderung hätte eine derartige Vereinbarung eine schuldrechtliche Übertragung der Weisungskompetenz auf den Dritten zur Folge, ohne dass dieser Einfluss ausreichend organisationsrechtlich kontrollierbar wäre. Insofern gelten die vorherigen Ausführungen⁸³⁰. Derartige Gestaltungen sind

⁸²⁷ Vgl. *Beispiel Nr. 1*, S. 22; vgl. auch *Weber*, S. 25.

⁸²⁸ Vgl. *Beispiel Nr. 7*, S. 23.

⁸²⁹ Vgl. *Herfs*, S. 181 ff., S. 274; *Scholz/Schneider*, § 37, Rdn. 35, Rdn. 56; vgl. aber *Flume*, *Juristische Person*, § 10 I 3, S. 347 ff.

⁸³⁰ Vgl. S. 185.

nur im Rahmen eines Beherrschungsvertrags mit den entsprechenden Voraussetzungen und Rechtsfolgen denkbar⁸³¹.

Hinsichtlich eines generellen Weisungsverzichts vertritt *Fleck* die Ansicht, dieser laufe im Ergebnis auf einen konzernrechtlichen Beherrschungsvertrag (§§ 291, 308 AktG) hinaus. Von jenem unterscheide sich der schuldrechtliche Weisungsverzicht nur dadurch, dass der aus ihm Begünstigte aus irgendwelchen Gründen im Hintergrund bleibe und nur mittelbar über die Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft auf deren Geschäftsführung Einfluss nehme⁸³². Aus diesem Grund sei ein genereller Weisungsverzicht zwar möglich, doch seien - sinngemäß - die konzernrechtlichen Eingangsvoraussetzungen erforderlich⁸³³.

Wie erwähnt, kann ein genereller Weisungsverzicht als Weisung, die Ausübung des organschaftlichen Weisungsrechts zu unterlassen, ausgelegt werden. Ob dies allerdings die Qualität des organisationsvertraglichen Weisungsrechts i.S.v. § 308 AktG analog erreicht, ist fraglich, da hinsichtlich der Interessenausrichtung ein entscheidender Unterschied besteht. Der Beherrschungsvertrag definiert den Gesellschaftszweck der abhängigen Gesellschaft neu und richtet ihn auf das übergeordnete Konzerninteresse aus. Erst dies legitimiert eventuell schädliche, nachteilige Weisungen für die abhängige Gesellschaft. Ob ein (schuldrechtlicher) Weisungsverzicht so weitreichende Auswirkungen tatsächlich haben und somit notgedrungen in einen Konzerntatbestand münden soll, ist nicht ohne weiteres zu unterstellen. Insbesondere hätte ein schuldrechtlicher Weisungsverzicht keine organisationsrechtliche Auswirkung, während ein organisationsvertraglicher Weisungsverzicht ein verbandsintern vorrangiges Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens begründet. *Fleck's* Ansatz weist aber in die richtige Richtung, da die generelle, gesellschaftsintern wirksame Einschränkung oder Übertragung von Organkompetenzen nur durch Begründung von Organkompetenzen möglich ist. Hintergrund dessen ist die notwendige Einbindung (Kontrolle und Haftung) in die Gesellschaftsorganisation, um eine Legitimation des dem Dritten zustehenden Weisungsrechts zu erreichen. In die Nähe des von *Fleck* angeführten Beherrschungsvertrags geht der gesetzlich nicht geregelte Betriebsführungsvertrag. Dieser ist ein Vertrag, durch den die *GmbH* einen Dritten beauftragt, ihr Unternehmen in ihrem Namen und auf ihre Rechnung zu führen⁸³⁴. Aufgrund der hohen Einflussnahme des Betriebsführers ist umstritten, ob der Betriebsführungsver-

⁸³¹ Vgl. S. 40 ff.

⁸³² *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 133.

⁸³³ *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 134.

trag zu den Unternehmensverträgen i.S.v. §§ 291, 292 AktG (analog) gehört. Insbesondere wird eine Nähe zum Betriebsüberlassungs- bzw. Betriebspachtvertrag gesehen (§ 292 I Nr. 3 AktG analog). Bei letzterem verpflichtet sich der Inhaber, dem Pächter den Gebrauch und die Nutzung seines Betriebs während der Pachtzeit zu gewähren. Dagegen führt der Übernehmer beim Betriebsüberlassungsvertrag den fremden Betrieb für eigene Rechnung, aber im Namen des Inhabers⁸³⁵. Eine andere Situation besteht bei dem angesprochenen Betriebsführungsvertrag. Der Betriebsführer führt den Betrieb im Namen des Inhabers, für dessen Interesse und auf dessen Rechnung. Da er regelmäßig ein Entgelt hierfür bekommt, liegt eine „normale“ Geschäftsbesorgung auf dienstvertraglicher Grundlage (§ 675 BGB) vor⁸³⁶. Gem. § 665 BGB steht in einem derartigen Fall grundsätzlich der *GmbH* (der Eigentümergesellschaft) ein Weisungsrecht gegenüber dem Betriebsführer zu⁸³⁷. Eine besondere Erscheinungsform ist aber der weisungsfreie Betriebsführungsvertrag. Um die Leitung auch im Außenverhältnis durchführen zu können, erteilt der Inhaber dem Betriebsführer dabei eine widerrufliche Generalvollmacht⁸³⁸. Der Weisungsverzicht begründet auch hier eine nur schuldrechtliche Wirkung im Verhältnis *GmbH* und Betriebsführer, nicht aber eine gesellschaftsinterne. Insbesondere ist der Geschäftsführer nur gegenüber der Gesellschafterversammlung oder eines sonst zuständigen Organs im organisationsvertraglichen Sinne weisungsabhängig.

Ob nun ein derartiger Weisungsverzicht zulässig ist, hängt entscheidend vom konkreten Umfang des Verzichts ab. Ist dieser generell, sollen also sämtliche (alle gewöhnlichen sowie ungewöhnlichen) Maßnahmen der Geschäftsführung davon betroffen sein, kommt dies wiederum einer (schuldrechtlichen) Übertragung der Geschäftsführungskompetenz gleich, die aber nach der hier vertretenen Auffassung unzulässig ist⁸³⁹. Den zulässigen Umfang genau zu bestimmen, erweist sich aber auch hier als schwierig: zunächst ist von der „normalen“ Geschäftsbesorgung auszugehen, bei dem der Geschäftsherr - wie der Name schon sagt - Herr des Geschäfts bleibt. Diese Stellung ist zunächst als Gestaltungsgrenze zu wahren; die *GmbH* - als Geschäftsherrin - muss immer die letztendliche Entscheidung über die Festlegung der Unternehmenspolitik treffen⁸⁴⁰. Dies ist etwa der Fall, wenn die *GmbH* den jährlich aufzustellenden

⁸³⁴. Vgl. nur *Huber*, ZHR 152 (1988), S. 1, 2 ff.

⁸³⁵. Statt vieler *Frisch*, AG 1995, S. 362, 363.

⁸³⁶. Vgl. insofern die „Holiday Inn“-Entscheidung, *BGH*, NJW 1982, S. 1817 ff.; so auch *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 15 IV 1b, S. 206, m.w.N.; *Frisch*, a.a.O., m.w.N.; *a.M. Huber*, ZHR 152 (1982), S. 1, 33, m.w.N.

⁸³⁷. Vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, a.a.O.

⁸³⁸. Vgl. *Huber*, ZHR 152 (1982), S. 1, 16 ff.

⁸³⁹. Vgl. S. 198.

⁸⁴⁰. Vgl. *Frisch*, a.a.O.; *Gefler*, FS für Hefermehl (1976), S. 263, 274; *Hommelhoff*, a.a.O.

Wirtschaftsplan - der Vorgaben für die Pläne der einzelnen Unternehmensbereiche (Produktions-, Absatz-, Finanz- und Investitionsplan) enthält - billigt⁸⁴¹. Hiergegen verstößt jedoch - aus den obigen Gründen - ein genereller Weisungsverzicht. Wie sich nachfolgend aber zeigen wird, sind einzelfallbezogene Regelungen denkbar, die die Führung des laufenden Betriebs betreffen⁸⁴².

Es kommt also nur das Einräumen eines einzelfallbezogenen Weisungsrechts in Frage. Da im Normalfall die Gesellschafterversammlung die entsprechende Weisungskompetenz i.S.v. § 37 I GmbHG innehat und auch mit einer einfachen Mehrheit den Weisungsbeschluss fasst⁸⁴³, entspricht rechtlich sowohl das Einräumen eines einzelfallbezogenen Weisungsrechts als auch ein einzelfallbezogener Ausübungsverzicht der Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers i.S.v. § 46 Nr. 5 GmbHG. Ähnlich wie beim Fall der schuldrechtlichen Einschränkung der Widerruflichkeit ohne entsprechende statutarische Beschränkung bestehen insoweit keine Bedenken gegen die Zulässigkeit, als die Gesellschafterversammlung durch ihren (Ermächtigungs-) Beschluss zum Abschluss des Versprechens mit dem Dritten ihre Entscheidung vorwegnimmt, sich also selbst bindet⁸⁴⁴. Hierzu vertretungsberechtigt wäre aber der Geschäftsführer, da nur ein normales rechtsgeschäftliches Handeln vorliegt, das nicht mit den Ausnahmefällen vergleichbar ist, in denen die Gesellschafterversammlung zuständig ist⁸⁴⁵. Hinsichtlich der übrigen Voraussetzungen gilt das zur Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers Gesagte entsprechend.

Eine Besonderheit des vorliegenden Weisungsrechts ist, dass dessen Adressat die GmbH als solche und nicht der Geschäftsführer ist, d.h. es bedarf noch der gesellschaftsinternen Umsetzung durch die Gesellschafterversammlung⁸⁴⁶. Dies ist auch der entscheidende Unterschied zu einem organschaftlichen oder organisationsvertraglichen Weisungsrecht, bei dem der Geschäftsführer Weisungsempfänger ist. Es steht aber letztlich im Belieben der Vertragsparteien, den Adressaten des Weisungsrechts zu bestimmen. Wenn dies vertraglich nicht geregelt ist, wird sich der Dritte wohl unmittelbar an den Geschäftsführer wenden können, da dieser im Zweifel auch die Weisung auszuführen hat. Dies wäre auch der Weg im Fall einer zwangsweisen

⁸⁴¹. Vgl. *Frisch*, AG 1995, S. 362, 367; *Hommelhoff*, Konzernleitungspflicht, § 13 B III, S. 284 ff.

⁸⁴². Es ist aber genau zu prüfen, ob nicht tatsächlich ein Beherrschungsvertrag vorliegt, der als Betriebsführungsvertrag ausgegeben wird. Dies wäre der Fall, wenn der Betriebsführer auch eine Weisungskompetenz (bzw. ein Weisungsverzicht) in Grundfragen der Unternehmenspolitik erhielte. Es könnte dann materiell ein nichtiger Beherrschungsvertrag vorliegen, wenn die Zustimmung aller Gesellschafter nicht vorläge, vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack*, § 15 IV 2, S. 207 ff.

⁸⁴³. Vgl. nur *Lutter/Hommelhoff*, § 37, Rdn. 17.

⁸⁴⁴. Ähnlich *Flume*, Juristische Person, § 10 I 3, S. 350; *Hachenburg/Stein*, § 37, Rdn. 25; *Herfs*, S. 274; anders *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 133.

⁸⁴⁵. Vgl. S. 164.

⁸⁴⁶. Vgl. auch *Scholz/Schneider*, § 37, Rdn. 35.

Durchsetzung, weil das stattgebende Urteil gem. § 894 ZPO den diesbezüglichen Weisungsbeschluss der Gesellschafterversammlung ersetzt.

Es lässt sich also festhalten, dass das Einräumen eines einzelfallbezogenen Weisungsrechts sowie eines einzelfallbezogenen Ausübungsverzichts zulässig ist⁸⁴⁷. Die Weisungsbeschränkung gegenüber einem Geschäftsführer wird dabei der Hauptanwendungsfall sein. Während insoweit eine gewisse Einigkeit in der Literatur besteht, treten die bereits bekannten Rechtsfolgenprobleme⁸⁴⁸ bei der Missachtung des Weisungsrechts und den Reaktionsmöglichkeiten des Dritten auf. Aber auch hier gilt das bereits vorher Gesagte entsprechend. Während die überwiegende Meinung den Dritten auf Schadensersatzansprüche oder auf ein außerordentliches Kündigungsrecht verweist⁸⁴⁹, steht dem Dritten auf der ersten Stufe ein entsprechender Erfüllungs- oder Unterlassungsanspruch, auf der zweiten Stufe ein Schadensersatzanspruch in Geld zu⁸⁵⁰.

Um die Position des Dritten zu verfestigen, gibt es wieder die bekannten Maßnahmen der statutarischen Absicherung⁸⁵¹. Im Fall des Normalstatuts - also mit uneingeschränkter Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung - wäre eine Verpflichtung der Gesellschaft zu einer Satzungsänderung zu vereinbaren, wodurch die organschaftliche Weisungsungebundenheit des Geschäftsführers statuiert wird⁸⁵². Im Fall einer statutarischen Weisungsfreiheit käme eine entsprechende Verpflichtung in Betracht, wonach die Gesellschaft für die Dauer der Bestellung eine anderweitige Satzungsänderung zu unterlassen hat.

(2) Gegenüber dem Geschäftsführer

Mit dem vorangehenden Weisungsrecht nicht zu verwechseln ist das (schuldrechtliche) Weisungsrecht, welches dem Schuldverhältnis entspringt, das der organschaftlichen Bestellung zugrunde liegt. Regelmäßig wird der Anstellungsvertrag (des Organmitglieds mit der Gesellschaft) ein Arbeits-, Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrag sein. Aus §§ 675, 665, 611 BGB folgt dann ein Weisungsrecht⁸⁵³. Überwiegend wird dessen Abschluss mit einem Dritten für zulässig erachtet, sog. Drittan-

⁸⁴⁷. So auch *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 135; *Hachenburg/Stein*, § 37, Rdn. 25; *Herfs*, S. 274; *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 6, Rdn. 14; *Rowedder/Koppensteiner*, § 35, Rdn. 81 ff.; *dies.*, § 37, Rdn. 28; *Scholz/Schneider*, § 37, Rdn. 35 ff.

⁸⁴⁸. Vgl. S. 167 ff.

⁸⁴⁹. *Hachenburg/Stein*, § 35, Rdn. 167 ff.; *MünchHdb. GesR II/Marsch-Barnier/Diekmann*, § 43, Rdn. 6, 7; *Rowedder/Koppensteiner*, § 35, Rdn. 81 ff.; *dies.*, § 37, Rdn. 28; *Scholz/Schneider*, § 37, Rdn. 35, 56.

⁸⁵⁰. Vgl. S. 170; ebenso wohl *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 135 ff.; *Herfs*, S. 274; *andere Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 6, Rdn. 14 ff.

⁸⁵¹. Vgl. S. 192.

⁸⁵². Vgl. *Fleck*, ZGR 1988, S. 104, 135.

⁸⁵³. Vgl. *Palandt/Putzo*, § 611, Rdn. 45 ff.

stellung⁸⁵⁴. Typische Beispiele hierfür sind der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers eines Konzernunternehmens mit der Obergesellschaft und der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH mit der KG⁸⁵⁵. Ein Fall, bei dem ein Dritter im eigenen Namen und auf eigene Rechnung den Anstellungsvertrag abschließt, wird wohl sehr selten sein⁸⁵⁶. Das sich aus einem derartigen Anstellungsvertrag ergebende Weisungsrecht bindet jedoch die Person des Geschäftsführers nur als Vertragspartner, nicht jedoch als Organwalter⁸⁵⁷. Diese dienstrechtlichen Weisungen bestimmen die zu erbringende Arbeitsleistung als solche, das Ob, Wann und Wie der vertraglich geschuldeten Tätigkeit⁸⁵⁸. Entsprechend sind jene Weisungen organisationsrechtlich ohne Bedeutung, lösen also keine gesellschaftsinterne Befolgungspflicht aus⁸⁵⁹. Die sich aus dem Anstellungsvertrag ergebenden Pflichten sind - selbstverständlich - gegen die Person des Geschäftsführers zwangsweise durchsetzbar, so etwa wenn jener eine Direktion nicht befolgt.

Es ist jedoch wichtig zu erkennen, dass nicht die Gesellschaft bzw. nicht der Geschäftsführer als Organ, sondern die Person des Geschäftsführers als Vertragspartei Vollstreckungsschuldner ist, eine Vollstreckung also nur in diesem Verhältnis stattfinden kann. Dass sich dadurch ein erheblicher faktischer Einfluss des Dritten entwickeln kann, ist naheliegend. Gleichwohl kann es aus Sicht der GmbH nicht zu einer Pflichtenkollision kommen, da das dem Dritten zustehende Weisungsrecht ausschließlich im Anstellungsverhältnis bindend ist. Das heißt: die dienstrechtliche Weisungsbefugnis des Dritten kann nicht die organisationsrechtlichen Voraussetzungen und Beschränkungen der Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung überspielen⁸⁶⁰. Aus diesem Grund ist es notwendig, innerhalb der GmbH auch darauf zu achten, dass Weisungen in Geschäftsangelegenheiten in der Gesellschafterversammlung erfolgen, damit die Gesellschafter davon erfahren, ihre eigene Ansicht äußern oder andere Maßnahmen ergreifen können⁸⁶¹.

Die praktische Relevanz dieser Konstellation mit einem Dritten geht gegen Null. Eine eigentliche Gefahr für die Gesellschafterminderheit besteht nur dann, wenn der Mehrheitsgesellschafter den Anstellungsvertrag im eigenen Namen abschließt, da er hierdurch einen direkten „Zugriff“ auf den Geschäftsführer erlangt. Um eine Kollisi-

⁸⁵⁴ Vgl. Baums, § 5 II 2b, S. 89 ff., m.w.N.; vgl. aber Fleck, ZHR 149 (1985), S. 387, 389.

⁸⁵⁵ Scholz/Schneider, § 35, Rdn. 169, m.w.N.

⁸⁵⁶ Vgl. aber BGH, GmbHR 1965, S. 194 ff.; Krieger, § 8 IV, S. 186.

⁸⁵⁷ Ähnlich G. Hueck, ZfA 1985, S. 25, 29. Rechtlich gesehen handelt es sich daher um einen Vertrag zu Gunsten der Gesellschaft i.S.v. § 328 BGB, vgl. BGH, DB 1972, S. 2358, 2359; Krieger, § 8 IV 1, S. 187, m.w.N.

⁸⁵⁸ G. Hueck, a.a.O.

⁸⁵⁹ So auch Baums, § 5 II 2b bb, S. 92.

⁸⁶⁰ G. Hueck, ZfA 1985, S. 25, 36.

on zwischen dem organisationsrechtlichen Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung und dem anstellungsvertraglichen Weisungsrecht zu vermeiden, wäre es sinnvoll, das anstellungsvertragliche Weisungsrecht (vertraglich) insoweit zu reduzieren, als es Weisungen mit gesellschaftsinternen Bezügen ausschließt⁸⁶².

bb. Aufsichtsrat

(1) Gegenüber der Gesellschaft

Auch in diesem Bereich wäre eine schuldrechtliche Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber einem Dritten vorstellbar, etwa indem der Dritte anweisen könnte, wann und wie der Aufsichtsrat seine Kontrolltätigkeit durchzuführen habe. Wenn diese Vereinbarung lediglich eine Erweiterung oder Spezifizierung der Kontrollbefugnisse oder der Kontrollrichtung zum Gegenstand hätte, könnte dies zulässig sein, da die organschaftliche Kontrollkompetenz nicht eingeschränkt, sondern scheinbar erweitert werden würde. Doch stellt dies bereits einen unzulässigen Eingriff in die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats dar. Allein die Weisung, in eine bestimmte Richtung tätig zu werden oder ein bestimmtes Kontrollmittel zu verwenden, beschneidet die Kontrollunabhängigkeit, da diese gerade die uneingeschränkte Freiheit fordert, eine beliebige Kontrollrichtung einzuschlagen und entsprechende Kontrollmaßnahmen bzw. -mittel vorzunehmen oder zu unterlassen. Derartige Vereinbarungen sind demnach wegen Verstoßes gegen § 111 V AktG analog unwirksam. Im Übrigen gelten die Ausführungen zu dem vergleichbaren statutarischen Recht⁸⁶³. Bei den obligatorischen Aufsichtsräten nach BetrVG 1952 (§ 77 I) und MitbestG (§ 25 I S.1 Nr.2) ergibt sich dieses Ergebnis allein aufgrund ihrer Eigenschaft als Kontrollorgan, beim fakultativen Aufsichtsrat nach § 52 I GmbHG allerdings nur, soweit dieser Kontrollfunktionen ausübt, d.h. wenn der Aufsichtsrat dagegen Geschäftsführungsfunktionen wahrnimmt, gelten die Ausführungen zum Geschäftsführer entsprechend⁸⁶⁴.

(2) Gegenüber dessen Mitgliedern

Ungeachtet der rechtlichen Einordnung des persönlichen Rechtsverhältnisses des Aufsichtsratsmitglieds zur Gesellschaft⁸⁶⁵, wäre insoweit eine Art Drittanstellung denkbar, als daraus dem Dritten ein (dienst- oder arbeitsvertragliches) Weisungsrecht

⁸⁶¹ Baums, a.a.O.

⁸⁶² Ähnlich G. Hueck, a.a.O.

⁸⁶³ Vgl. S. 72 ff.

⁸⁶⁴ Vgl. S. 197 ff.

⁸⁶⁵ Vgl. hierzu nur Scholz/Schneider, § 52, Rdn. 252, m.w.N.

gegenüber dem Aufsichtsratsmitglied entspringt. Eine Weisung in dem Sinne, dass im Einzelfall oder generell ein bestimmtes Verhalten (Tun oder Unterlassen) dem Aufsichtsratsmitglied vorgeschrieben wird, käme sicherlich so nicht vor. Vermutlich reduzierte es sich auf eine Stimmabgabe nach Vorstellung des Dritten, also auf eine normale Stimmbindung. Vorstellbar wäre diese Konstellation, wenn man die Zulässigkeit eines Entsendungsrechts für einen Dritten bejaht⁸⁶⁶. Wird z.B. einer Gewerkschaft ein entsprechendes Recht eingeräumt, besteht in der Regel zwischen dieser und dem Entsendeten ein Rechtsverhältnis, sei es ein Dienstvertrag oder Auftrag, woraus sich hinsichtlich der Dienstverpflichtung ein Weisungsrecht ergibt⁸⁶⁷. Dasselbe Problem tritt bei Gesellschaften mit Beteiligung der öffentlichen Hand auf, wenn diese Beamte in den Aufsichtsrat entsendet. Auch dort besteht ein Direktionsrecht des Dienstherrn bzw. des Entsenders⁸⁶⁸.

Fraglich ist also, ob ein Aufsichtsratsmitglied sich Dritten gegenüber schuldrechtlich verpflichten kann, Weisungen zu befolgen. In dieselbe Richtung gehen z.B. die Fragen, ob Stimmbindungsverträge mit einem Dritten zulässig sind oder eine schuldrechtliche Pflicht zur Amtsniederlegung begründet werden kann. Diese Fragen tauchen auch bei der Drittanstellung des Geschäftsführers auf. Dort ist zwischen dem Anstellungsvertrag, aus dem sich regelmäßig ein Weisungsrecht des Dienstherrn oder Auftraggebers ergibt, und dem organschaftlichen Rechtsverhältnis mit der Gesellschaft zu unterscheiden. Weisungen aufgrund des Anstellungsvertrags können u.U. eine erhebliche faktische Auswirkung auf die Organstellung haben, erreichen aber nur innerhalb des Anstellungsvertrags, nicht innerhalb der Organstellung eine rechtliche Verbindlichkeit. Ähnliches könnte hier gelten.

Ein schuldrechtliches Weisungsrecht oder eine konkrete Stimmbindung ist jedoch wegen der eigenverantwortlichen Unabhängigkeit unzulässig⁸⁶⁹. Wenn ein derartiges Recht schon organschaftlich unzulässig ist, obwohl zumindest eine Einbindung des Anweisenden in die GmbH-Organisation erreichbar wäre, kann dies erst recht nicht im Fall eines insofern organisationsrechtlich nicht kontrollierbaren schuldrechtlichen Einflusses möglich sein. Das Aufsichtsratsmitglied kann zwar den Wähler- bzw. Entsenderwillen beachten, wenn dies nicht mit dem Gesellschaftsinteresse kollidiert,

⁸⁶⁶ Vgl. S. 61 ff.

⁸⁶⁷ Vgl. Hüffer, § 394, Rdn. 27 ff.

⁸⁶⁸ Vgl. R. Schmidt, ZGR 1996, S. 345, 352.

⁸⁶⁹ So auch Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 142; Hanau/Ulmer, § 25, Rdn. 78, 79; Krieger, § 3 IV 2a, S. 43 ff.; Lutter/Krieger, Rdn. 692, m.w.N.; Raiser, ZGR 1978, S. 391, 401 ff.; ders., MitbestG, § 25, Rdn. 121, 122; R. Schmidt, ZGR 1996, S. 345, 352; Scholz/Schneider, § 52, Rdn. 232; BGHZ 36, S. 296, 306; a.M. Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 25, Rdn. 100, 101; Schneider, ZGR 1977, S. 335, 341.

doch kann eine derartige Bindung nicht vertraglich oder statutarisch fixiert werden. Der Grundsatz der Unabhängigkeit gehört zu den essentialia eines Aufsichtsrats sowie dessen Mitglieder, da die Überwachung der Geschäftsführung (§ 111 I AktG analog) aus Effektivitätsgründen eine eigene Verantwortung der Mitglieder voraussetzt⁸⁷⁰. Aufgrund der Stellung als Kontrollinstanz muss jedes Mitglied die Freiheit haben, selbst zu entscheiden. Dies insbesondere vor dem Hintergrund des ebenso vollen Risikos, bei Verletzung seiner Pflichten haften zu müssen⁸⁷¹. Solches ist nur erreichbar, wenn sämtliche diesbezüglichen Vereinbarungen mit Dritten unzulässig sind, da auch schon ein mittelbarer Einfluss die Unabhängigkeit und damit die Kontrolleffizienz gefährden würde⁸⁷². Aufgrund der Relativität des schuldrechtlichen Weisungsrechts wäre das Aufsichtsratsmitglied zwar nicht gehindert, entgegen der Weisung (organisationsrechtlich) wirksam abzustimmen oder zu verfahren, doch reicht auch diese faktische Bindung - die in der Regel schadensrechtlich sanktionierbar wäre - aus, um die Unabhängigkeit einzuschränken. Entscheidend kommt hinzu, dass die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter den Aufsichtsratsmitgliedern ihre Organrechte nur treuhänderisch zur fremdnützigen Wahrnehmung einräumen. Diese treuhänderische Kompetenzeinräumung impliziert auch die Pflicht des Aufsichtsratsmitglieds zur persönlichen Wahrnehmung des Amtes (§ 111 V AktG analog)⁸⁷³; eine Vertretung durch Dritte scheidet ebenfalls aus. Zwar könnte ein Dritter als Stimmbote fungieren (vgl. § 108 III AktG), doch ist eine Übertragung der Aufgaben auf diese unzulässig. Ein bindendes Weisungsrecht wäre hiermit unvereinbar, da insoweit das Aufsichtsratsmitglied keinen persönlichen Willen mehr bildete. Diese Aussage gilt für die Mitglieder eines obligatorischen Aufsichtsrats und, soweit der Aufsichtsrat Kontrollfunktionen ausübt, auch für die eines fakultativen Aufsichtsrats nach § 52 I GmbHG. Im Fall eines „geschäftsführenden“ Aufsichtsrats gelten insoweit die Ausführungen zum Geschäftsführer entsprechend⁸⁷⁴.

cc. Fakultativorgane

Falls das Fakultativorgan Überwachungsfunktionen im Sinne eines Aufsichtsrats innehat, gilt auch hier der Grundsatz der Weisungsungebundenheit; ggf. sind die diesbezüglichen Kompetenzen durch Auslegung zu ermitteln. Insoweit ist auf die

⁸⁷⁰ Vgl. S. 70 ff.

⁸⁷¹ So Lutter/Krieger, a.a.O.

⁸⁷² Vgl. auch Krieger, § 3 IV 2a, S. 43 ff.

⁸⁷³ Vgl. nur BGHZ 85, S. 293, 296.

⁸⁷⁴ Vgl. S. 201 ff. (Drittanstellung).

obigen Ausführungen zu verweisen. Bei Geschäftsführungsfunktionen gelten die Aussagen zum Weisungsrecht gegenüber einem Geschäftsführer. Bei allem bleibt natürlich zuvor zu klären, ob es überhaupt Sinn macht, ein Weisungsrecht einzuräumen. Wenn z.B. das Fakultativorgan als Schiedsgericht i.S.d. §§ 1025 ff. ZPO oder als Schlichtungsstelle konstruiert ist, machen Weisungsrechte oder vergleichbare Einflussmöglichkeiten aufgrund der gewollten Neutralität und Sachlichkeit selbstredend keinen Sinn. Generelle Aussagen sind demnach kaum möglich, entscheidend ist vielmehr die funktionale Einordnung des Organs. Auf die Aussagen zum organ-schaftlichen Weisungsrecht ist daher zu verweisen⁸⁷⁵. Auch hier ist die funktionale Einordnung des Organs entscheidend. Bei einem überwachenden Organ gelten die Ausführungen zum Aufsichtsrat⁸⁷⁶, bei einem geschäftsführenden Organ die Aussagen zur Geschäftsführung⁸⁷⁷.

III. Verein

Aufgrund der Ähnlichkeit der Binnenstruktur und der Satzungs- sowie Selbstverwaltungsautonomie gelten die Ausführungen zur *GmbH* entsprechend. Es ergeben sich keine Änderungen⁸⁷⁸.

IV. Aktiengesellschaft

1. Einfluss auf Satzungsautonomie

Auch hier stellt sich die Frage, ob eine *Aktiengesellschaft* sich gegenüber einem Dritten schuldrechtlich zur Vornahme einer Satzungsänderung oder zu vergleichbaren Rechten, etwa der Beachtung eines schuldrechtlichen Zustimmungsvorbehalts bei einer Satzungsänderung, verpflichten kann.

Wie bei der *GmbH* und dem *Verein* scheiden generelle dauerhafte Bindungen aus, da sie einer schuldrechtlichen Übertragung der Satzungsänderungskompetenz, die gem. §§ 179 I, 18 AktG zwingend der Hauptversammlung zugewiesen ist, gleichkommen⁸⁷⁹. Fraglich ist auch hier nur, ob konkrete, einzelfallbezogene Verpflichtungen zulässig sind. Das Prinzip der Richtigkeitsgewähr verbandlicher Entscheidungen so-

⁸⁷⁵ Vgl. S. 74.

⁸⁷⁶ Vgl. S. 203.

⁸⁷⁷ Vgl. S. 197 ff.

⁸⁷⁸ Vgl. auch Dütz, FS für Herschel (1982), S. 55, 56; Jauernig/Jauernig, § 27, Rdn. 3; Reichert, Rdn. 1397; Palandt/Heinrichs, § 26, Rdn. 5; Soergel/Hadding, § 33, Rdn. 20; Steinbeck, § 10 II 1, S. 200; a.M. Flume, FS für Coing II (1982), S. 97, 107; MüKo/Reuter, § 33, Rdn. 8, 15 ff.; Reuter, ZHR 145 (1981), S. 273, 280 ff.

⁸⁷⁹ Vgl. S. 160 ff.

wie die verbandliche Selbstbestimmung sprechen auch hier für die Zulässigkeit einer derartigen Verpflichtung⁸⁸⁰.

Es bedarf daher zunächst eines entsprechenden Verpflichtungsbeschlusses der Hauptversammlung⁸⁸¹, da sowohl die Geschäftsführungsbefugnis als auch die Vertretungsmacht des Vorstands i.S.d. §§ 76, 78 AktG insofern gesetzlich eingeschränkt sind⁸⁸². Gleichwohl vertritt der Vorstand hierbei die Gesellschaft, weil keine Gründe für eine Abweichung von der gesetzlichen Kompetenzverteilung ersichtlich sind (= mitwirkungsbedürftiges Verpflichtungsgeschäft)⁸⁸³. Während der vergleichbare Beschluss bei der *GmbH* formfrei ist⁸⁸⁴, ist jener bei der *Aktiengesellschaft* - gleich ob börsennotiert oder nicht - gem. §§ 130 I AktG notariell zu beurkunden, da hiervon sämtliche Beschlüsse - gleich welchen Inhalts - erfasst werden. Irgendwelche Ausnahmen sind gesetzlich nicht vorgesehen⁸⁸⁵. Ferner ist auch hier umstritten, ob der Verpflichtungsbeschluss einzutragen ist, was aus den gegebenen Gründen hier ebenfalls abzulehnen ist⁸⁸⁶. Liegen sämtliche Voraussetzungen vor, kann der Dritte auf Erfüllung klagen und ggf. nach § 894 ZPO vollstrecken. Im Übrigen gelten die Ausführungen zur *GmbH* entsprechend, insbesondere die Schriftform gem. § 126 BGB hinsichtlich des Verpflichtungsvertrags⁸⁸⁷.

Ein anderes Ergebnis besteht auch nicht im Hinblick auf § 187 II AktG. Beabsichtigten *Aktiengesellschaften* zu fusionieren, geschieht dies häufig durch einen Zusammenschluss im Wege der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage. Um vor der eigentlichen Fusion eine Vereinbarung zu erzielen, stellt sich im Rahmen dessen regelmäßig die Frage, wie die beteiligten Gesellschaften die gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen - insbesondere die avisierte Kapitalerhöhung - im Vorfeld des Zusammenschlusses rechtsverbindlich strukturieren können. Denkbare wäre hierzu ein Einbringungsvertrag, der mit der jeweiligen Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung umgesetzt wird⁸⁸⁸. Gemäß § 187 II AktG kann sich die aufnehmende Gesellschaft weder verpflichten, einen Kapitalerhöhungsbeschluss zu fassen, noch ist sie befugt, die erforderlichen Bezugsrechte den Zeichnern der Kapitalerhöhung vorab verbindlich zuzusagen. Normzweck des § 187 AktG ist, das gesetzliche Bezugsrecht der Aktionäre

⁸⁸⁰ Vgl. S. 175 ff. zur *GmbH*; a.M. Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 179, Rdn. 191; GroßKzAktG/Wiedemann, § 179, Rdn. 136; KölnK/Mertens, § 76, Rdn. 48; KölnK/Zöllner, § 179, Rdn. 170; Lutter, FS für Schilling (1973), S. 207, 228.

⁸⁸¹ So auch Godin/Wilhelmi, § 179, Anm. 3; Henn, Rdn. 185; Hüffer, § 179, Rdn. 32; wohl auch GroßKzAktG/Wiedemann, 3.A., § 179, Anm. 4.

⁸⁸² Vgl. nur Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 82, Rdn. 14; dies., § 179, Rdn. 191.

⁸⁸³ Vgl. auch die Ausführungen zur *GmbH* auf S. 163.

⁸⁸⁴ Vgl. S. 164 ff. zu den diesbezüglichen Argumenten.

⁸⁸⁵ Vgl. Hüffer, § 130, Rdn. 2.

⁸⁸⁶ Vgl. S. 164 ff.; a.M. Hüffer, § 179, Rdn. 32.

⁸⁸⁷ Vgl. S. 166 ff.

der aufnehmenden Gesellschaft zu schützen (Abs. 2) sowie die Entscheidungsfreiheit der Hauptversammlung über die Kapitalerhöhung und den Bezugsrechtsausschluss zu wahren (Abs. II)⁸⁸⁹. § 187 II AktG betrifft demnach den Fall, dass die Gesellschaft einem Dritten Rechte auf den Bezug junger Aktien durch Rechtsgeschäft zuweist, bevor die Hauptversammlung über die Kapitalerhöhung beschlossen hat. Falls dies doch erfolgt, ist die Vereinbarung mit dem Dritten gegenüber der Gesellschaft unwirksam, d.h. die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, das Grundkapital zu erhöhen oder das gesetzliche Bezugsrecht nach §§ 186 III, IV AktG auszuschließen⁸⁹⁰. Sinn und Zweck von § 187 AktG ist daher, den einzelnen Aktionär sowie die Hauptversammlung vor einem eigenmächtigen Handeln des Vorstands zu schützen. Insofern steht auch nach der herrschenden Meinung die Zusicherung i.S.d. § 187 I AktG kraft Gesetzes unter dem Vorbehalt des § 187 I AktG und bedarf somit keiner ausdrücklichen oder konkludenten Erklärung des Vorstands⁸⁹¹. Mit anderen Worten: dessen gesetzliche Vertretungs- und Geschäftsführungskompetenz ist insofern gesetzlich eingeschränkt. Da aber die hier vertretene Ansicht im Fall einer einzelfallbezogenen Verpflichtung zur Satzungsänderung einen entsprechenden Verpflichtungsbeschluss der Hauptversammlung mit satzungsändernder Mehrheit voraussetzt⁸⁹², werden gerade die Rechte der betroffenen Aktionäre geschützt. Liegt aber ein derartiger Verpflichtungsbeschluss vor, kann es nicht zu einer grundsätzlich von § 187 AktG verhinderten Verkürzung von Aktionärsrechten bzw. Rechten der Hauptversammlung kommen. § 187 II AktG wird demnach gerade nicht umgangen und steht einem entsprechenden Vertrag nicht entgegen.

2. Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie

a. Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern

aa. Vorstand

Auch hier stellt sich zunächst die Frage, ob es durch eine schuldrechtliche Vereinbarung möglich ist, einem Dritten generell und dauerhaft die Bestellungs- und Abberufungskompetenz, die gem. § 84 I, III AktG dem Aufsichtsrat obliegt, schuldrechtlich einzuräumen oder zu übertragen. Dies scheidet aber aufgrund der gem. § 23 V AktG geltenden zwingenden Kompetenzzuweisung an den Aufsichtsrat aus⁸⁹³. Somit ist

⁸⁸⁸ Aha, BB 2001, S. 2225.

⁸⁸⁹ Hüffer, § 187, Rdn. 1, m.w.N.

⁸⁹⁰ Hüffer, § 187, Rdn. 5.

⁸⁹¹ Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 187, Rdn. 18; Hüffer, § 187, Rdn. 4, m.w.N.; KölnK/Lutter, § 187, Rdn. 14.

⁸⁹² Vgl. S. 207 ff.

⁸⁹³ Vgl. nur KölnK/Mertens, § 84, Rdn. 9; Krieger, § 2, S. 10.

nur fraglich, ob eine derartige einzelfallbezogene Verpflichtung möglich ist. Soweit sich die aktienrechtliche Literatur damit beschäftigt, lehnt sie diese ab. Es gelte das eine Selbstbindung ausschließende Prinzip der Entschließungsfreiheit des Aufsichtsrats in seiner jeweiligen Zusammensetzung⁸⁹⁴. Der Aufsichtsrat übe mit seiner Personalentscheidung eigenes unternehmerisches Ermessen aus und treffe sie souverän. Wie auch immer begründete rechtsgeschäftliche Bindungen, die die Entschließungsfreiheit einschränken, seien gem. § 134 BGB nichtig⁸⁹⁵.

Mit der vorliegenden Frage nicht zu verwechseln ist die Problematik der Stimmbindungsverträge oder möglicher diesbezüglicher Weisungsrechte Dritter gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern. Während nach der hier vertretenen Meinung derartige Bindungen unzulässig sind⁸⁹⁶, geht es vorliegend darum, ob sich der Aufsichtsrat - genauer die Gesellschaft - z.B. gegenüber einem Bewerber verpflichten kann, ihn zum Vorstandsmitglied zu wählen.

Vom hier vertretenen Ansatz aus ist ein derartiges Versprechen rechtlich zulässig, im Vergleich zur *GmbH* jedoch nur in sehr eingeschränkter Weise möglich. Ein schuldrechtliches Abberufungsversprechen scheidet dagegen aus, da der vorzeitige Widerruf nur wegen eines wichtigen Grundes erfolgen kann. Dieser lässt sich aber nach ganz herrschender Meinung nicht schuldrechtlich normieren, da er ein offener Begriff ist⁸⁹⁷.

Als Zulässigkeitsvoraussetzung ist zunächst ein entsprechender Verpflichtungsbeschluss gem. § 108 AktG notwendig, wozu grundsätzlich die einfache Mehrheit genügt⁸⁹⁸. Da der Bestellungsbeschluss als solcher auch formfrei ist - die Niederschrift gem. § 107 II AktG hat nur deklaratorische Bedeutung⁸⁹⁹ -, gilt dasselbe für die Verpflichtung zur Bestellung. Gem. § 112 AktG vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich gegenüber den Vorstandsmitgliedern. Dem Wortlaut nach setzt dies zwar eine Bestellung des betreffenden Vorstandsmitglieds voraus, doch ist allgemein anerkannt, dass auch im Vorfeld der Bestellung der Aufsichtsrat als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft gegenüber dem designierten Vorstandsmitglied auftritt⁹⁰⁰.

⁸⁹⁴ KölnK/Mertens, § 84, Rdn. 42; ders., § 76, Rdn. 48.

⁸⁹⁵ Hüffer, § 84, Rdn. 5.

⁸⁹⁶ Vgl. S. 203 ff.

⁸⁹⁷ Vgl. Köln/Mertens, § 84, Rdn. 115, m.w.N.

⁸⁹⁸ Vgl. nur Hüffer, § 108, Rdn. 6 ff. - Bei einer *mitbestimmungspflichtigen Aktiengesellschaft* bedarf es einer 2/3-Mehrheit (§ 31 II MitbestG).

⁸⁹⁹ Vgl. zur Form: Hüffer, § 84, Rdn. 3.

⁹⁰⁰ Vgl. Werner, ZGR 1989, S. 369, 376, m.w.N.

Im Unterschied zur *GmbH* ist allerdings zu beachten, dass gesetzlich gem. §§ 23 V, 84 I, 111 V AktG das Auswahlermessen des Aufsichtsrats nicht eingeschränkt werden darf⁹⁰¹. Insofern muss der Verpflichtungsbeschluss die Auswahlentscheidung konkretisieren, die Entscheidung also im Ergebnis „vorwegnehmen“. Dem Dritten kann also kein eigenes Auswahlermessen zustehen, d.h. auch nach der hier vertretenen Ansicht kann die *Aktiengesellschaft* ihm keinen Anspruch auf die Bestellung einer von ihm gewählten Person gewähren; etwaige dahinzielende Abreden wären nichtig. Da im (Verpflichtungs-) Beschluss des Aufsichtsrats gewissermaßen ein vorweggenommener Bestellungsbeschluss zu sehen ist, also die Ausübung des „unternehmerischen Personalermessens“ des Aufsichtsrats schon in dem Verpflichtungsbeschluss erfolgt, ist eine derartige Bestellungsverpflichtung zulässig. Aufgrund dieser restriktiven Vorgaben scheidet allerdings praktisch ein Dritt-Bestellungsrecht aus. Im Übrigen gelten die Ausführungen zur *GmbH* entsprechend, insbesondere die Schriftform gem. § 126 BGB hinsichtlich des Verpflichtungsvertrags⁹⁰².

Hiergegen wird angeführt, dass eine derartige Selbstbindung die Entschließungsfreiheit des Aufsichtsrats in seiner jeweiligen Zusammensetzung verletze⁹⁰³. Diese Sichtweise fasst aber die Entscheidungsfreiheit des Aufsichtsrats zu weit, wenn sie die Beschlussfreiheit des jeweils aktuell tagenden Aufsichtsrats fordert⁹⁰⁴. Eine jederzeitige Beschlussfreiheit ist zwar langfristig, jedoch nicht kurzfristig notwendig. Beispielsweise kann der Aufsichtsrat die Vorstandsbestellung nur aus wichtigem Grund nach § 84 III AktG widerrufen, gleichwohl er wegen der jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit seiner Mitglieder nach § 103 I, III AktG vor Ablauf der Amtszeit der Vorstandsmitglieder personell anders besetzt sein kann. Der personell veränderte Aufsichtsrat legitimiert gleichwohl dann den zuvor gefassten Bestellungsbeschluss. In diesem Fall bestehen also keine derartigen Bedenken. Jedoch wird einer zwischenzeitlichen personellen Veränderung des Aufsichtsrats u.a. dadurch Rechnung getragen, dass der Vorstand höchstens auf fünf Jahre bestellt werden kann (§ 84 S.1 AktG). Dies wirkt sich auf den vorliegenden schuldrechtlichen Bestellungsanspruch aus, d.h. auch das Bestellungsversprechen gegenüber dem Dritten ist befristet auf maximal fünf Jahre.

Im Gegensatz zur *GmbH* ist weiterhin die Position des designierten Vorstandsmitglieds sowie des „bestellungsberechtigten“ Dritten gestärkt, da der Aufsichtsrat vor

⁹⁰¹ Vgl. auch Hüffer, § 84, Rdn. 5.

⁹⁰² Vgl. S. 166 ff.

⁹⁰³ So aber KölnK/Mertens, § 84, Rdn. 42; ders., § 76, Rdn. 48.

Ablauf der Amtszeit die Bestellung gem. § 84 III AktG nur aus wichtigem Grund widerrufen kann. Das zu Unrecht abberufene Vorstandsmitglied könnte ggf. die Gesellschaft wegen des Widerrufs verklagen. Dabei handelt es sich um eine Gestaltungsklage, weil das Urteil die Bestellung rückwirkend wiederherstellt (§ 84 III S.4 AktG)⁹⁰⁵. Denkbar wäre aber auch eine Leistungsklage aufgrund des Bestellungsverprechens.

bb. Aufsichtsrat

Vor demselben Hintergrund wie bei der *GmbH* ist auch hier fraglich, ob sich die Gesellschaft gegenüber einem Dritten zur Wahl eines von diesem bestimmten Aufsichtsratsmitglieds verpflichten kann⁹⁰⁶. Basierend auf einem Urteil aus dem Jahre 1923 lehnt dies das aktienrechtliche Schrifttum ab⁹⁰⁷. Absprachen der *Aktiengesellschaft* mit Dritten, in denen diesen oder von diesen vorzuschlagenden Personen die Wahl in den Aufsichtsrat zugesichert wird, seien nichtig⁹⁰⁸. Offen bleibt dabei allerdings, ob derartige Bedenken auch beim Vorliegen des hier propagierten Verpflichtungsbeschlusses durch die bestellungsberechtigte Hauptversammlung erhoben werden oder ob diese Bedenken sich gegen eine vom Vorstand eigenmächtig abgeschlossene Verpflichtung - ohne entsprechende „Absegnung“ - richten. Im letzteren Fall treffen die geäußerten Bedenken zu, da dem Vorstand insoweit die Vertretungsmacht fehlt⁹⁰⁹.

Eine generelle schuldrechtliche Übertragung scheidet indes wegen Verstoßes gegen §§ 101, 23 V AktG aus. Insofern ist die Bestellungs- und Abberufungskompetenz der Hauptversammlung zwingend; es kommt allenfalls eine einzelfallbezogene Verpflichtung in Frage⁹¹⁰. Die Kompetenz zum Abschluss einer derartigen Verpflichtung obliegt der zuständigen Hauptversammlung, die mit der statutarisch erforderlichen Mehrheit beschließen muss. Dies ist regelmäßig die einfache Mehrheit⁹¹¹. Auch vertritt die Hauptversammlung die Gesellschaft im Außenverhältnis⁹¹². Zu einer Dauer-

⁹⁰⁴. So KölnK/Mertens, a.a.O.

⁹⁰⁵. Vgl. nur Hüffer, § 84, Rdn. 33 ff.

⁹⁰⁶. Die nachfolgenden Ausführungen gelten sowohl für den mitbestimmungsfreien als auch den -pflichtigen Aufsichtsrat. Um die betriebliche Mitbestimmung nicht zu unterlaufen, kommt ein derartiges Wahlversprechen nur hinsichtlich der Aktionärsvertreter in Frage.

⁹⁰⁷. OLG Dresden, OLGE 43, S. 311.

⁹⁰⁸. Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 101, Rdn. 22; Godin/Wilhelmi, § 101, Anm. 2; KölnK/Mertens, § 101, Rdn. 22.

⁹⁰⁹. Vgl. nur Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 82, Rdn. 14.; vgl. auch OLG Dresden, OLGE 43, S. 311.

⁹¹⁰. Bei der *GmbH* ist ein derartiger Vertrag zulässig: Hachenburg/Raiser, § 52, Rdn. 41; vgl. S. 195.

⁹¹¹. Vgl. nur Hüffer, § 101, Rdn. 5, 6.

⁹¹². Nach herrschender Meinung tritt neben das Organverhältnis ein Anstellungsverhältnis, welches mit der Gesellschaft abgeschlossen wird (vgl. Henn, Rdn. 631 Ziffer 5, m.w.N.; Raiser, Kapitalgesellschaften, § 15, Rdn. 73, S. 141; zur *GmbH*: Scholz/Schneider, § 52, Rdn. 252, 253). Auch hierbei vertritt die Hauptversammlung die Gesellschaft. Denkbar ist aber auch eine Umsetzung nach § 83 II AktG durch den Vorstand selbst, vgl. Hüffer, § 83, Rdn. 5. Dies kann auf die vorliegende Fallgestaltung übertragen werden.

haftigkeit der Verpflichtung kann es ebenfalls nicht kommen, da gem. § 102 I AktG die Dauer des Aufsichtsratsamts auf höchstens fünf Jahre begrenzt ist; Entsprechendes muss dann auch für das Bestellungsversprechen gelten. Hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen und Rechtsfolgen gilt das zur *GmbH* Gesagte, insbesondere ist die Schriftform gem. § 126 BGB hinsichtlich des Verpflichtungsvertrags zu beachten⁹¹³. Gem. § 130 I S.1 AktG bedarf im Fall einer börsennotierten *Aktiengesellschaft* der Verpflichtungsbeschluss der Hauptversammlung der notariellen Beurkundung, bei einer nichtbörsennotierten Gesellschaft genügt dagegen die Schriftform gem. § 130 I S.3 AktG.

Für die reguläre Abberufung ist gem. § 103 I AktG die Hauptversammlung zuständig, die die Aktionärsvertreter jederzeit mit einer ¾-Mehrheit oder mit der statutarisch vorgesehenen Mehrheit abberufen kann. Eines wichtigen Grundes bedarf es dabei nicht⁹¹⁴. Im Sinne einer Selbstbestimmung kann aber schuldrechtlich die Widerrufbeschränkung auf einen wichtigen Grund vereinbart werden, welches allerdings mit der gesetzlichen oder statutarischen Hauptversammlungsmehrheit (des § 103 I AktG) geschehen muss⁹¹⁵. Organisationsrechtliche Auswirkungen bestehen hierdurch nicht.

Unter diesen Voraussetzungen ist daher eine schuldrechtliche Vereinbarung der Gesellschaft gegenüber einem Dritten möglich, bestimmte Personen in den Aufsichtsrat zu wählen⁹¹⁶. Gleichwohl erfolgt die eigentliche Wahl (Bestellung) durch die Hauptversammlung. Auch muss das vom Dritten bestimmte Aufsichtsratsmitglied den gesetzlichen und statutarischen Erfordernissen wie z.B. § 100 II Nr. 1 AktG (höchstens 10 Aufsichtsratssitze) oder Nr. 3 (Verbot der Überkreuzverflechtung) entsprechen⁹¹⁷. Da der Verpflichtungsbeschluss der Hauptversammlung eine Art vorweggenommene Bestellung darstellt, ist ferner die Person oder der Personenkreis, aus dem der Dritte die Kandidaten auswählt, zu bestimmen, wodurch die Bestimmung durch den Dritten legitimiert wird. Des Weiteren gelten die schon erfolgten Ausführungen⁹¹⁸. Insofern gilt auch hier, dass aufgrund der sehr restriktiven Vorgaben ein Dritt-Bestellungsrecht praktisch ausgeschlossen ist.

⁹¹³ Vgl. S. 166 ff.

⁹¹⁴ Nach herrschender Meinung kann auch nicht statutarisch eine Einschränkung der Abberufung auf den Fall eines wichtigen Grundes erfolgen, vgl. *KölnK/Mertens*, § 103, Rdn. 16, m.w.N.

⁹¹⁵ Vgl. S. 190 zur *GmbH*; wohl anders: *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 103, Rdn. 20; *KölnK/Mertens*, § 103, Rdn. 21; *MünchHdb. GesR IV/Hoffmann-Becking*, § 30, Rdn. 51 ff.

⁹¹⁶ So auch *Fabricius*, FS für Hilger und Stumpf (1983), S. 155, 165; zur *GmbH*: *Hachenburg/Raiser*, § 52, Rdn. 41.

⁹¹⁷ Vgl. hierzu auch *Hachenburg/Schneider*, § 52, Rdn. 158 ff.

⁹¹⁸ Vgl. (dd) Bemerkungen S.196 ff.

Es ist wichtig zu betonen, dass diese Absprache nicht die Wahlfreiheit der Hauptversammlung einschränkt, da sie bereits im Vorfeld der Vereinbarung zustimmen muss. Vor Einführung des Entsendungsrechts durch das Aktiengesetz von 1937 war es tägliche Praxis, über die Besetzung des Aufsichtsrats schuldrechtliche Absprachen mit Dritten zu treffen, insbesondere für staatliche Regiebetriebe und gemischt- und gemeinwirtschaftliche Unternehmen⁹¹⁹. In diesem Zusammenhang war allerdings problematisch, dass der Vorstand durch den Abschluss derartiger (wirksamer) Verträge die Wahlfreiheit der Hauptversammlung eingeschränkte, ohne von dieser entsprechend ermächtigt zu sein. Um dies zu verhindern, wurde das Entsendungsrecht statuiert⁹²⁰. Diese Freiheit der Hauptversammlung wird aber durch den erforderlichen Verpflichtungsbeschluss (ausreichend) sichergestellt, in dessen Beschlussfassung liegt gewissermaßen die Wahl.

cc. Fakultativorgane

Auch hier sind schuldrechtliche Bestellungs- und Abberufungsvereinbarungen mit Dritten denkbar und zulässig. Ob der Beschluss des bestellungs- und abberufungszuständigen Organs einer bestimmten Form bedarf, hängt von dem konkret dazu zuständigen Organ ab. Falls dies die Hauptversammlung ist, ist § 130 AktG zu beachten.

b. Weisungsrechte

aa. Vorstand

Aufgrund der eigenverantwortlichen Leitungskompetenz ist der Vorstand gem. § 76 I AktG weisungsunabhängig. Die Gesellschaft kann daher weder einem anderen Organ noch einem Dritten ein organschaftliches Weisungsrecht einräumen. Da diese Verantwortung vom Vorstand nicht delegierbar ist⁹²¹ und ansonsten ein Verstoß gegen den Grundsatz der Satzungsstrenge (§§ 76 I, 23 V AktG) vorläge, ist sowohl eine generelle schuldrechtliche Übertragung oder Verlagerung der Leitungsmacht auf einen Dritten als auch ein entsprechender genereller Verzicht (etwa im Rahmen eines Betriebsführungsvertrags) unzulässig⁹²².

⁹¹⁹ Vgl. *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 101, Rdn. 57.

⁹²⁰ *Ebd.*

⁹²¹ Vgl. *Henn*, Rdn. 570, m.w.N.

⁹²² So die *h.M.*, vgl. nur *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 76, Rdn. 12; *Huber*, ZHR 152 (1988), S. 1, 27; *KölnK/Mertens*, § 76, Rdn. 43, 45; *Raiser*, Kapitalgesellschaften, § 14, Rdn. 10, S. 88.

Aber auch die Zulässigkeit einzelfallbezogener Weisungen ist fraglich. Aufgezeigt wurde bereits, dass diese im Rahmen eines Beherrschungsvertrags gem. §§ 291 I S.1, 308 AktG möglich sind⁹²³. Bei der *GmbH* sind einzelfallbezogene Weisungen nach der hier vertretenen Auffassung zulässig, was u.a. damit zusammenhängt, dass die Gesellschafterversammlung durch einen entsprechenden (Verpflichtungs-) Beschluss diese Weisungsrechte legitimiert⁹²⁴. Eine entsprechende Begründung bei der *Aktiengesellschaft*, dass ein Beschluss der Hauptversammlung derartige schuldrechtliche Verpflichtungen legitimieren könnte, scheidet aber aus. Während bei der *GmbH* die Gesellschafterversammlung durch eine derartige Verpflichtung eine eigene Kompetenz preisgibt (§ 37 I GmbHG), hat die Hauptversammlung keine initiative Geschäftsführungskompetenz, über die sie „verfügen“ könnte⁹²⁵.

Die eigenverantwortliche Leitungsmacht gem. § 76 I AktG ist nicht nur ein organschaftliches Recht (gegenüber den anderen Organen), sondern auch eine organschaftliche Pflicht, der der Vorstand sich nicht durch Weisungsrechte im Außenverhältnis entledigen kann. Daraus folgt: auf jeden Fall sind solche Verträge wegen Verstoßes gegen § 76 I AktG nichtig, in denen sich die Gesellschaft (der Vorstand) verpflichtet, über einen konkreten Einzelfall hinaus Weisungen eines Dritten im Rahmen der Geschäftspolitik sowie der tagtäglichen Geschäfte zu befolgen⁹²⁶. Der Kreis möglicher schuldrechtlicher Weisungsrechte Dritter ist also sehr eng gesteckt, so eng, dass eigentlich von deren Unzulässigkeit außerhalb des Konzernrechts auszugehen ist. Es sind aber doch Fälle denkbar, in denen gerade das ausgeübte Leitungsermessen des Vorstands ergeben kann, dass ein Weisungsrecht eines Dritten sinn- und zweckmäßig ist. Wann dies der Fall ist, ist nur schwer zu sagen. In den gleichwohl denkbaren Ausnahmefällen wäre der Vorstand auch vertretungsberechtigt⁹²⁷.

Zusammenfassend gilt demnach, dass schuldrechtliche Verpflichtungen, die einem Dritten entweder ein generelles oder einzelfallbezogenes Weisungsrecht einräumen, grundsätzlich unzulässig sind.

Gegenüber einem Vorstandsmitglied wäre ein denkbares Einfallstor eines Weisungsrechts wiederum die Drittanstellung, also der Anstellungsvertrag mit einem Dritten, aus dem ein schuldrechtliches Weisungsrecht entspringt⁹²⁸. Wie bei der *GmbH* kön-

⁹²³. Vgl. die Ausführungen auf S. 40 ff.

⁹²⁴. Vgl. S. 200 ff.

⁹²⁵. Ähnlich auch *KölnK/Mertens*, § 76, Rdn. 46.

⁹²⁶. Vgl. auch *Huber*, ZHR 152 (1988), S. 1, 27; *KölnK/Mertens*, § 76, Rdn. 43, 45; *Raiser*, Kapitalgesellschaften, § 14, Rdn. 10, S. 88.

⁹²⁷. Vgl. die Ausführungen zur *GmbH* auf S. 201 ff.

⁹²⁸. Vgl. zur *GmbH* S. 201; auch *Baums*, § 5 I 2b, S. 73 ff.

nen sich auch hier Abstimmungsprobleme zwischen der eigenverantwortlichen Leitungsmacht gem. § 76 I AktG und der anstellungsvertraglichen Gebundenheit gegenüber dem Dritten als Dienstherrn ergeben⁹²⁹. Bei der *Aktiengesellschaft* wird überwiegend von der Zulässigkeit einer Drittanstellung ausgegangen⁹³⁰. Im Hinterkopf muss dabei die schon angesprochene rechtliche Einordnung der dienstvertraglichen Weisungen sein⁹³¹. Deshalb bewegen sich diese ausschließlich im Anstellungsverhältnis und haben keinen rechtlichen Einfluss auf die Organstellung des dienstverpflichteten Vorstandsmitglieds. Etwaige dienstvertragliche Weisungen, die sich auf die Organstellung und Amtsführung beziehen, sind daher für das Vorstandsmitglied unwirksam und begründen keine Befolgungspflichten.

bb. Aufsichtsrat

Es gelten die Ausführungen zur *GmbH* entsprechend. Schuldrechtliche Weisungsrechte sowohl gegenüber der Gesellschaft - gegenüber dem Aufsichtsrat - als auch gegenüber einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern sind unzulässig⁹³².

cc. Fakultativorgane

Auch hier gelten die Ausführungen zur *GmbH* entsprechend⁹³³. Es ist jedoch nochmals an den engen Anwendungsbereich fakultativer Organe zu erinnern⁹³⁴.

V. Genossenschaft

1. Einfluss auf Satzungsautonomie

Auch die *Genossenschaft* kann sich gegenüber einem Dritten zur Vornahme einer konkreten, einzelfallbezogenen Satzungsänderung verpflichten⁹³⁵. Es gelten die Ausführungen zur *GmbH* und *Aktiengesellschaft* entsprechend⁹³⁶. Der Verpflichtungsbeschluss der Generalversammlung ist wie bei der *GmbH* formfrei, da im Unterschied zur *Aktiengesellschaft* die Niederschrift des § 47 GenG keine Wirksamkeitsvoraussetzung des Beschlusses ist⁹³⁷.

⁹²⁹ Vgl. Hüffer, § 84, Rdn. 14.

⁹³⁰ Gleichwohl sich die Ausführungen auf den Bereich der Konzernverhältnisse konzentrieren, vgl. Krieger, § 8 IV, S. 186 ff.; MünchHdb. GesR IV/Wiesner, § 21, Rdn. 2 ff.; a.M. Baums, a.a.O.; KölnK/Mertens, § 84, Rdn. 51.

⁹³¹ Vgl. S. 201 ff.

⁹³² Vgl. die Ausführungen auf S. 203; Hüffer, § 394, Rdn. 29; Krieger, § 3 IV 2a, S. 43 ff., m.w.N.; Lutter/Grunewald, WM 1984, S. 385, 396; Lutter/Krieger, Rdn. 692; R. Schmidt, ZGR 1996, S. 345, 353; a.M. zumindest für eine beamtenrechtliche Weisungsgebundenheit: Ispen, JZ 1955, S. 593, 597; Lohl, AG 1970, S. 159, 162; Stober, NJW 1984, S. 449, 455.

⁹³³ Vgl. die Ausführungen auf S. 205 ff.

⁹³⁴ Vgl. die Ausführungen auf S. 103 ff.

⁹³⁵ A.M. ohne nähere Begründung Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, § 16, Rdn. 1; vgl. auch v. Detten, § 4 D I, S. 140, 141.

⁹³⁶ Vgl. S. 160 ff. und S. 206 ff.

⁹³⁷ Beuthien, § 47, Rdn. 4; Hettrich/Gräser, § 47, Rdn. 1; a.M. Müller, § 48, Rdn. 11.

2. Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie

a. Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern

aa. Vorstand

Auch hier stellt sich wiederum die Frage, ob sich eine *Genossenschaft* gegenüber einem Dritten verpflichten kann, eine bestimmte Person oder eine vom Dritten ausgewählte Person in den Vorstand zu wählen. Dabei ist erneut zwischen einer derartigen generellen dauerhaften und einer konkreten einzelfallbezogenen „Kompetenz“ zu differenzieren. Zwar gilt bei der *Genossenschaft* wie bei der *Aktiengesellschaft* ebenfalls der Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 18 S.2 GenG), so dass insofern von einer vergleichbaren Lage auszugehen wäre, doch ähnelt die gesetzliche Regelung der genossenschaftlichen Bestellungskompetenz (§ 24 GenG) der der *GmbH*. Bei beiden Gesellschaften kann das Statut einem anderen Organ, sogar einem Dritten, die Bestellungskompetenz übertragen⁹³⁸. Aufgrund der insofern vergleichbaren Situation zur *GmbH* ist daher auf die dortigen Ausführungen zu verweisen⁹³⁹.

Somit ist es zunächst unzulässig, einem Dritten die Bestellungskompetenz schuldrechtlich so einzuräumen, dass es hierdurch zu deren Übertragung kommt. In Frage kommt daher nur eine einzelfallbezogene Verpflichtung. Auch die *Genossenschaft* könnte sich z.B. gegenüber einem Bewerber verpflichten, ihn zum Mitglied des Vorstands zu bestellen. In der genossenschaftlichen Literatur ist diese Möglichkeit kaum angesprochen. Soweit doch, wird sie bejaht, ohne allerdings auf die genauen Voraussetzungen und Rechtsfolgen einzugehen⁹⁴⁰. Bei der einzelfallbezogenen Bestellungsverpflichtung stellt sich das Problem, dass eine gewisse Dauerhaftigkeit in der Natur der Sache liegt, da nicht täglich neue Vorstandsmitglieder bestellt und abberufen werden. Im Unterschied zur *Aktiengesellschaft* erfolgt die versprochene Bestellung grundsätzlich unbefristet⁹⁴¹. Auch hier stellt sich nun die Frage, wenn keine vertragliche Befristung (des Bestellungsanspruchs) vorhanden ist, wie diese zu setzen ist. Der Vertrag über die Bestellung ist auf jeden Fall aus wichtigem Grund kündbar. Geschieht die schuldrechtliche „Kompetenzzuweisung“ vor einem konkreten wirtschaftlichen Hintergrund, so trägt dieser regelmäßig eine zeitliche Befristung in sich⁹⁴².

⁹³⁸ Vgl. die Ausführungen zur *GmbH* auf S. 58 ff., und zur *Genossenschaft* auf S. 109 ff.

⁹³⁹ Vgl. S. 185.

⁹⁴⁰ Vgl. *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, § 24, Rdn. 39.

⁹⁴¹ Vgl. statt aller *Beuthien*, § 24, Rdn. 10, m.w.N.

⁹⁴² Vgl. die Ausführungen zur *GmbH* auf S. 175 ff.

Zur Zulässigkeit eines derartigen Versprechens ist zunächst ein Verpflichtungsbeschluss des bestellungsberechtigten Organs notwendig, der grundsätzlich die einfache Mehrheit erfordert⁹⁴³. Ein eventuelles Formerfordernis richtet sich nach den Vorschriften des bestellungsberechtigten Organs. Bleibt noch zu klären, welches Organ die *Genossenschaft* im Außenverhältnis vertritt. Im Normalfall - also wenn die Generalversammlung den Vorstand bestellt - vertritt der Aufsichtsrat die *Genossenschaft* gem. § 39 GenG. Jenes gilt jedoch auch, wenn ein anderes Organ für die Bestellung zuständig ist, § 18 S.2 GenG. Eine an § 112 AktG erfolgte Auslegung ergibt zudem, dass die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats auch gegenüber designierten Vorstandsmitgliedern besteht⁹⁴⁴; insofern ist der Aufsichtsrat zum Abschluss eines Bestellungsversprechens zuständig.

Im Übrigen gelten die Ausführungen zur *GmbH*, insbesondere zur Schriftform nach § 126 BGB. Nach der hier vertretenen Meinung besteht demnach primär ein schuldrechtlicher Wiederbestellungsanspruch, erst auf der zweiten Ebene ein entsprechender Ersatzanspruch in Geld⁹⁴⁵.

Um die Situation des Dritten zu stärken, könnte man schuldrechtlich die Widerruflichkeit der Bestellung auf einen wichtigen Grund beschränken. Statutarisch ist dies wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge gem. §§ 24 III S.2, 18 S.2 GenG nicht möglich, vielmehr muss die Bestellung jederzeit widerruflich sein⁹⁴⁶. Soweit ersichtlich lehnt die genossenschaftliche Literatur eine derartige schuldrechtliche Beschränkung ab⁹⁴⁷. Insofern besteht die von der *GmbH* bekannte Problematik, wenn der Anstellungsvertrag die Widerruflichkeit auf einen wichtigen Grund beschränkt, obwohl statutarisch ein jederzeitiger Widerruf möglich ist⁹⁴⁸. Ungenau wäre es, eine derartige anstellungsvertragliche Beschränkung wegen Verstoßes gegen § 24 III S.2 GenG abzulehnen. Vielmehr stellt sich wiederum die Frage, ob ein erfolgter Widerruf organisationsrechtlich sowie schuldrechtlich wirksam ist⁹⁴⁹. Hier wie dort gilt, dass ein Widerruf und eine anderweitige Neubestellung organisationsrechtlich immer möglich ist, so dass es praktisch nie zu einem „bestandskräftigen“ Wiederbestellungsanspruch kommen kann. Auch hier könnte das zuständige Organ seine Kompetenz überschritten haben, da das mit einfacher Mehrheit beschlossene Abberufungsversprechen (re-

⁹⁴³. Vgl. *Beuthien*, a.a.O.; bei einer mitbestimmungspflichtigen *Genossenschaft* ist für den Verpflichtungsbeschluss eine 2/3-Mehrheit erforderlich.

⁹⁴⁴. Vgl. *BGH*, NJW 1995, S. 2559; *Hettrich/Gräser*, § 24, Rdn. 9; *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, § 39, Rdn. 7.

⁹⁴⁵. Vgl. die Ausführungen auf S. 170 ff.; a.M. *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, § 24, Rdn. 88; *dies.*, § 40, Rdn. 24; widersprüchlich aber *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, § 24, Rdn. 39.

⁹⁴⁶. Vgl. *Baums*, § 13 II 2a, S. 302, 305, m.w.N.

⁹⁴⁷. *Baums*, a.a.O.; *Beuthien*, § 24, Rdn. 19; *Hettrich/Gräser*, § 24, Rdn. 16; *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, § 24, Rdn. 73.

⁹⁴⁸. Vgl. die Ausführungen auf S. 188 ff.

duziert auf einen wichtigen Grund) dem § 24 III S.2 GenG zu widersprechen scheint. Ein „Mehr“ verspricht indes das zuständige Organ nur insofern, als es auf die jederzeitige Widerruflichkeit (selbstbestimmt und freiwillig) verzichtet. Ebenfalls gilt hier demnach: ob sich die Mehrheit des bestellungsberechtigten Organs zu einem Abschluss mit schuldrechtlicher Widerrufsbeschränkung entscheidet und sich somit letztendlich nur in schuldrechtlicher Konsequenz bindet oder in einer Organversammlung auf die Ausübung ihrer Widerrufskompetenz „verzichtet“, ist aus Sicht der verbandlichen Selbstbestimmung gleichwertig, da im Regelfall die einfache Mehrheit genügt⁹⁵⁰. Im Anstellungsvertrag erfolgt lediglich eine vorweggenommene Beschränkung der Widerrufskompetenz; organisationsrechtlich kann immer noch der jederzeitige Widerruf erfolgen, § 24 III S.2 GenG. Im Ergebnis erfolgt also nur eine scheinbar satzungswidrige Anstellungsbedingung, da nur jenes vereinbart wird, was die Mehrheit des berechtigten Organs sowieso in einer Abstimmung erreichen könnte⁹⁵¹. Gleichwohl ist es wichtig darauf zu achten, dass das bestellungsberechtigte Organ, falls es nicht ebenfalls zur Abberufung zuständig ist, immer in Übereinstimmung mit dem abberufungsberechtigten Organ handelt, um dessen Rechte nicht zu beschneiden.

Nach allem kann also eine schuldrechtliche Beschränkung der Widerrufbarkeit erfolgen. Die regelmäßig inhärente zeitliche Befristung des schuldrechtlichen Bestellungsanspruchs sichert zudem angemessen die Entschließungsfreiheit des zuständigen Organs in seiner jeweiligen Zusammensetzung⁹⁵².

bb. Aufsichtsrat

Auch bei der *Genossenschaft* wäre es denkbar, schuldrechtlich eine freiwillige Mitbestimmung einzuführen oder eine bestehende Besetzung zu erhöhen. Dies vor dem Hintergrund, dass organschaftliche Entsendungsrechte Dritter unzulässig sind und die gesetzliche Drittelbeteiligung im Rahmen des BetrVG 1952 zwingend ist⁹⁵³. Auch wäre an das Interesse eines übergeordneten Prüfungsverbands zu denken. Um die betriebliche Mitbestimmung des BetrVG 1952 nicht zu unterlaufen, kommen Wahlversprechen nur hinsichtlich der Vertreter der Genossen in Frage. Auch hier bleibt bei einer schuldrechtlichen Einführung der paritätischen Besetzung die gesetzliche

⁹⁴⁹ Vgl. S. 190 ff.

⁹⁵⁰ Ähnlich zur *GmbH* und zum *Verein*: *Flume*, Juristische Person, § 10 I 3, S. 347 ff.; *Hachenburg/Stein*, § 35, Rdn. 164; *dies.*, § 38, Rdn. 28.

⁹⁵¹ Im Ergebnis ähnlich *Flume*, a.a.O.; *Hachenburg/Stein*, a.a.O.

⁹⁵² Vgl. zur *Aktiengesellschaft*: *KölnK/Mertens*, § 84, Rdn. 42; *ders.*, § 76, Rdn. 48.

⁹⁵³ Vgl. S. 113.

1/3-2/3-Besetzung bestehen, die *Genossenschaft* verpflichtet sich nur, bindende Wahlvorschläge des Dritten zu befolgen. Organisationsrechtlich sind jedoch die Gewählten keine Arbeitnehmervertreter oder Vertreter des Dritten, sondern Anteilseignervertreter und von diesen entsprechend auch abberufbar.

Wie bei den vorherigen Verbänden scheidet eine generelle schuldrechtliche Vereinbarung aus⁹⁵⁴; es kommen nur einzelfallbezogene Verpflichtungen in Frage. Die Kompetenz zum Abschluss einer derartigen Verpflichtung obliegt der gem. § 36 GenG zuständigen Generalversammlung, die mit der statutarisch erforderlichen Mehrheit beschließen muss - in der Regel gem. § 43 II GenG mit der einfachen Mehrheit. Die Generalversammlung vertritt auch im Außenverhältnis die *Genossenschaft*⁹⁵⁵. Der Beschluss ist formfrei⁹⁵⁶. Auch liegt dem Bestellungsversprechen regelmäßig eine zeitliche Befristung zugrunde. Für die reguläre Abberufung ist gem. §§ 77 III BetrVG 1952, 36 III GenG die Generalversammlung zuständig, die die Vertreter der Genossen jederzeit mit einer ¾-Mehrheit abberufen kann. Eines wichtigen Grundes bedarf es nicht. Im Sinne einer Selbstbestimmung kann die Generalversammlung schuldrechtlich die Abberufung auf einen wichtigen Grund reduzieren, welches aber dann mit einer ¾-Mehrheit geschehen muss⁹⁵⁷.

Unter diesen Voraussetzungen ist also eine schuldrechtliche Vereinbarung der *Genossenschaft* gegenüber einem Dritten (etwa einer Gewerkschaft) möglich, bestimmte Personen in den Aufsichtsrat zu wählen⁹⁵⁸. Dem Dritten kann aber - wie bei der *Aktiengesellschaft* - kein eigenes Auswahlermessen zustehen, d.h. auch nach der hier vertretenen Ansicht kann ihm kein Anspruch auf die Bestellung einer von ihm gewählten Person zustehen⁹⁵⁹. Da in dem (Verpflichtungs-) Beschluss der Generalversammlung eine Art vorweggenommener Bestellungsbeschluss zu sehen ist, ist eine derartige Bestellungsverpflichtung zulässig. Aufgrund dieser restriktiven Vorgaben scheidet also ein Dritt-Bestellungsrecht mit eigener Kompetenz des Dritten aus. Im Übrigen gelten für die verbleibenden Fälle die Ausführungen zur *GmbH* entsprechend⁹⁶⁰. Wichtig ist natürlich, dass aufgrund § 9 II S.1 GenG der zu Wählende ein Genosse ist, wobei der Eintritt in die *Genossenschaft* bei Wahlannahme erfolgen kann⁹⁶¹.

⁹⁵⁴ Vgl. S. 194 ff. und S. 211 ff.

⁹⁵⁵ Vgl. zur *Aktiengesellschaft* S. 211 ff.

⁹⁵⁶ Vgl. *Beuthien*, § 36, Rdn. 13; *Hettrich/Gräser*, § 36, Rdn. 10.

⁹⁵⁷ Vgl. zur *Aktiengesellschaft* S. 211 ff.

⁹⁵⁸ *A.M. Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, § 36, Rdn. 20; *Müller*, § 36, Rdn. 10; vgl. auch *RGZ* 152, S. 273, 285.

⁹⁵⁹ Vgl. S. 211 ff.

⁹⁶⁰ Vgl. S. 177 ff.

⁹⁶¹ So die allgemeine Meinung, vgl. nur *Beuthien*, § 9, Rdn. 6.

Beim Aufsichtsrat nach MitbestG kommen derartige Vereinbarungen vor einem anderen wirtschaftlichen Hintergrund in Betracht, etwa einem Kontrollinteresse der Hausbank oder des Prüfungsverbands; jedoch ebenfalls nur für Vertreter der Genossen. Wegen der vergleichbaren rechtlichen Situation gelten hier die vorangehenden Ausführungen entsprechend. Eine freiwillige Mitbestimmung wäre auch bei der mitbestimmungsfreien *Genossenschaft* hierdurch erreichbar.

Es ist daran zu erinnern, dass es bis zur Einführung des aktienrechtlichen Entsendungsrechts im Jahr 1937 Praxis war, über die Besetzung des Aufsichtsrats schuldrechtliche Absprachen mit Dritten zu treffen⁹⁶². In diesem Zusammenhang war problematisch, dass der Vorstand durch den Abschluss derartiger (wirksamer) Verträge die Wahlfreiheit der aktienrechtlichen Hauptversammlung einschränkte, ohne von dieser entsprechend ermächtigt zu sein. Um dies zu verhindern, wurde das Entsendungsrecht statuiert⁹⁶³. Man könnte in diesem Zusammenhang anführen - da dem Gesetzgeber dieselbe Problematik bei der *Genossenschaft* ebenfalls bewusst war und trotzdem ein Entsendungsrecht im GenG nicht normierte - müssten derartige schuldrechtliche Wahlvereinbarungen zulässig sein. Dies ist jedoch nicht notwendig, da der erforderliche Verpflichtungsbeschluss die Freiheit der Generalversammlung sicherstellt.

cc. Fakultativorgane

Auch hier sind schuldrechtliche Bestellungs- und Abberufungsvereinbarungen denkbar und zulässig. Insofern ist auf die vorangehenden Ausführungen zu verweisen.

b. Weisungsrechte

Wegen der vergleichbaren eigenverantwortlichen Leitungsmacht des genossenschaftlichen Vorstands (§ 27 I S.1 GenG) gelten die Ausführungen zur *Aktiengesellschaft* hinsichtlich eines Weisungsrechts sowohl gegenüber der *Genossenschaft* als auch gegenüber den einzelnen Vorstandsmitgliedern entsprechend. Dabei ist zu beachten, dass - nach der hier vertretenen Auffassung - der Vorstand u.U. nicht das alleinige Geschäftsführungsorgan sein muss⁹⁶⁴.

Hinsichtlich eines Weisungsrechts gegenüber dem Aufsichtsrat gelten die Ausführungen zu den vorherigen Verbänden entsprechend. Schuldrechtliche Weisungsrechte

⁹⁶². Vgl. S. 212.

⁹⁶³. Vgl. *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 101, Rdn. 57.

⁹⁶⁴. Vgl. S. 119 ff.

sowohl gegenüber der *Genossenschaft* (gegenüber dem Aufsichtsrat) als auch gegenüber einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern sind grundsätzlich unzulässig⁹⁶⁵. Denkbar wären sie allenfalls, soweit dem Aufsichtsrat eine Geschäftsführungskompetenz eingeräumt würde⁹⁶⁶.

Auch bei den Fakultativorganen gelten die Ausführungen zur *GmbH* entsprechend⁹⁶⁷. Es ist jedoch an den engen Anwendungsbereich fakultativer Organe zu erinnern.

VI. Personengesellschaften

1. Einfluss auf Satzungsautonomie

Auch hier stellt sich die Frage, ob sich eine *Personengesellschaft* schuldrechtlich gegenüber einem Dritten verpflichten kann, ihren Gesellschaftsvertrag zu ändern bzw. eine Änderung zu unterlassen. Ein Anwendungsbereich ist z.B. die Aufnahme neuer Gesellschafter, die eine Vertrags- bzw. Satzungsänderung darstellt⁹⁶⁸.

Nach der hier vertretenen Meinung scheidet eine Vereinbarung aus, die generell und dauerhaft eine Verpflichtung zur Vertragsänderung nach Belieben des Dritten enthält. Diese Pflicht käme einer Übertragung der entsprechenden Organkompetenz gleich, ohne eine diesbezügliche organisationsrechtliche Einbindung des Dritten vorzuweisen⁹⁶⁹.

Zulässig ist dagegen eine einzelfallbezogene, punktuelle Verpflichtung zu einer konkreten Vertragsänderung⁹⁷⁰. Wie bei den übrigen Verbänden umfasst die organchaftliche Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers nicht das Eingehen einer derartigen Verpflichtung (= mitwirkungsbedüftiges Verpflichtungsgeschäft)⁹⁷¹. Entsprechend ist dazu ein Verpflichtungs- oder Ermächtigungsbeschluss - falls es einen institutionellen Geschäftsführer gibt - erforderlich, der den Voraussetzungen einer Vertragsänderung entsprechen muss. Im allgemeinen bedürfen Satzungsänderungen der Zustimmung aller Gesellschafter, es sei denn, statutarisch ist etwas anderes - wie eine Mehrheitsentscheidung - vorgesehen⁹⁷². Der Verpflichtungsbeschluss ist formfrei. Im Übrigen gelten die Ausführungen zur *GmbH*⁹⁷³.

⁹⁶⁵ Vgl. die Ausführungen auf S. 215; vgl. auch *Beuthien*, § 38, Rdn. 4.

⁹⁶⁶ Vgl. S. 206 ff. zur *GmbH*.

⁹⁶⁷ Vgl. S. 215.

⁹⁶⁸ Statt vieler *Beck Hdb. Personengesellschaften/Stengel*, § 3, Rdn. 249, m.w.N.

⁹⁶⁹ Ähnlich auch *Schlegelberger/Martens*, § 109, Rdn. 10.

⁹⁷⁰ *Schlegelberger/Martens*, a.a.O.

⁹⁷¹ Vgl. nur *Baumbach/Hopt*, § 114, Rdn. 3, m.w.N.

⁹⁷² *GroßKzHGB/Ulmer*, § 119, Rdn. 30 ff.

⁹⁷³ Vgl. S. 167 ff.

2. Einfluss auf Selbstverwaltungsautonomie

a. Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern

Auch hier sind schuldrechtliche Vereinbarungen mit einem Dritten denkbar. Es ist aber zwischen einer personalistisch und einer körperschaftlich strukturierten *Personengesellschaft* zu unterscheiden. Bei der letzteren hat sich - nach der hier vertretenen Auffassung - der Bestells- und Abberufungsakt von der entsprechenden diesbezüglichen Kompetenz abstrahiert und entspricht im wesentlichen dem Bestells- und Abberufungsvorgang der Körperschaften. Dagegen erfordert die „Bestellung“ und der „Widerruf“ bei der normalen *Personengesellschaft* eine Änderung des Gesellschaftsvertrags⁹⁷⁴. Insofern wäre eine Verpflichtung zur Vertragsänderung unter den vorgenannten Voraussetzungen nötig. Bei der körperschaftlich strukturierten *Personengesellschaft* bestehen Parallelen zur *GmbH*, so dass die dortigen Ausführungen entsprechend gelten. Im Unterschied zur *GmbH* gilt aber der Grundsatz der Selbstorganschaft, so dass nur persönlich haftende Gesellschafter Geschäftsführer im organschaftlichen Sinne werden können. Ansonsten ist auf die Ausführungen zur *GmbH* zu verweisen⁹⁷⁵.

Hinsichtlich der Besetzung fakultativer Organe gilt dasselbe - mit Ausnahme der Selbstorganschaft.

b. Weisungsrechte

aa. Geschäftsführer

Auch hier stellt sich die Frage, ob es möglich ist, einem Dritten ein schuldrechtliches Weisungsrecht oder einen Weisungsverzicht ihm gegenüber zu versprechen. Letzteres wäre im Rahmen eines Betriebsführungsvertrags möglich. Die Besonderheit bei den *Personengesellschaften* ist, dass aufgrund der Selbstorganschaft sämtliche persönlich haftenden Gesellschafter geborene Geschäftsführungsorgane sind⁹⁷⁶. Aufgrund dessen besteht auch eine entsprechende organschaftliche Verpflichtung des Gesellschafters, die ihm zufallende Geschäftsführungsbefugnis höchstpersönlich wahrzunehmen⁹⁷⁷. Hiermit korrespondiert, dass diese organschaftliche Befugnis nicht auf einen Dritten übertragbar ist⁹⁷⁸. Daraus folgt, dass es infolge einer vertraglichen Vereinbarung nicht zu einer kompetenziellen Verlagerung der Geschäftsführungsbe-

⁹⁷⁴ Vgl. S. 127 ff.

⁹⁷⁵ Vgl. S. 162.

⁹⁷⁶ Vgl. *GroßKzHGB/Habersack*, § 125, Rdn. 6, m.w.N.; *Nitschke*, § 13 I 1, S. 215.

⁹⁷⁷ Ganz h.M.: *Baumbach/Hopt*, § 114, Rdn. 11; *A. Hueck*, OHG, § 10 V 2, S. 137; *Schlegelberger/Martens*, § 114, Rdn. 12; *GroßKzHGB/Ulmer*, § 114, Rdn. 35.

⁹⁷⁸ Vgl. S. 134 ff.

fugnis auf einen Dritten kommen darf - gewissermaßen als Umgehung der Selbstorganschaft. Ein umfassendes, generelles Weisungsrecht scheidet demnach aus.

In Betracht kommt daher nur ein einzelfallbezogenes Weisungsrecht. Hiermit verwandt ist die Frage, ob die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter einem Dritten die organschaftliche Geschäftsführungsbefugnis zur Ausübung überlassen können. Dies ist nach herrschender Meinung möglich⁹⁷⁹; doch geht es dort um das Problem, wie die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter einem Dritten eine „rechtsgeschäftliche“ Geschäftsführungsbefugnis einräumen können, die möglichst der organschaftlichen Befugnis gleichkommt⁹⁸⁰. Hier geht es dagegen um die Frage, ob sich die Gesellschaft verpflichten kann, dass deren Geschäftsführer nach Weisungen eines Dritten handeln muss. Im ersten Fall werden dem Dritten - etwa durch Einräumen einer Generalvollmacht - selbst die entsprechenden Möglichkeiten geschaffen, welches u.a. bei dem angeführten Betriebsführungsvertrag eine wichtige Rolle spielt⁹⁸¹. Im hier zu klärenden zweiten Fall wäre der Dritte weiterhin auf die Umsetzung seines „Weisungsrechts“ durch den organschaftlichen Geschäftsführer angewiesen. In beiden Fällen handelt es sich aber nur um das Einräumen eines Gläubigerrechts mit der Folge, dass dies unmittelbar gesellschaftsrechtlich ohne Bedeutung ist. Entsprechend verbleibt dem organschaftlichen Geschäftsführer auch die letztendliche Kompetenz. Diese Tatsache ist gerade beim Betriebsführungsvertrag bedeutsam, da der organschaftliche Geschäftsführer somit dem betriebsführenden Dritten verbindliche Weisungen erteilen darf oder die Geschäftsführung jederzeit wieder an sich ziehen kann. Ebenfalls scheidet insofern eine organisationsrechtliche Pflicht aus, die Weisungen des Dritten zu beachten.

Aus denselben Gründen wie bei der *GmbH* ist es daher möglich, einem Dritten ein Weisungsrecht einzuräumen⁹⁸². Da den obigen Ausführungen nach ein Weisungsverzicht mit einem Weisungsrecht vergleichbar ist, gelten die diesbezüglichen Anmerkungen entsprechend⁹⁸³.

Bei einer körperschaftlich strukturierten Gesellschaft ist auch eine Drittanstellung des (rechtsgeschäftlichen) Geschäftsführers denkbar. Insofern entsteht wiederum ein diesntvertragliches Weisungsrecht. Dieses wirkt aber nur im Rahmen der Drittanstellung⁹⁸⁴.

⁹⁷⁹ Ebd.

⁹⁸⁰ Ebd.

⁹⁸¹ Vgl. *Baumbach/Hopt*, § 114, Rdn. 24; *GroßKzHGB/Ulmer*, § 105, Rdn. 70; *Huber*, ZHR 152 (1988), S. 1, 13 ff.

⁹⁸² Vgl. S. 197 ff.

⁹⁸³ Vgl. S. 197 ff.

⁹⁸⁴ Vgl. S. 202 ff.

bb. Fakultativorgane

Falls das Fakultativorgan Überwachungsfunktionen im Sinne eines Aufsichtsrats bzw. eines Kontrollorgans innehat, gilt auch hier der Grundsatz der Weisungsunbundenheit des Organs und seiner Mitglieder; ggf. sind die diesbezüglichen Kompetenzen durch Auslegung zu ermitteln. Bei Geschäftsführungsfunktionen gelten die Aussagen zum Weisungsrecht gegenüber einem Geschäftsführer entsprechend. Zuvor bleibt aber natürlich zu klären, ob es überhaupt Sinn macht, ein Weisungsrecht einzuräumen⁹⁸⁵. Generelle Aussagen sind somit schwer möglich, entscheidend ist die funktionale Einordnung des Organs.

⁹⁸⁵ Vgl. S. 205 ff.

6. Kapitel - Schlussbetrachtung

I. Ganzheitliche Betrachtung des Dritteinflusses

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, können sich ein Verband bzw. dessen Mitglieder entweder durch materiell-statutarische Regelungen oder durch schuldrechtliche (formell-statutarische) Vereinbarungen im Bereich der Satzungs- und Selbstverwaltungsautonomie rechtlich gegenüber einem Dritten binden. Dabei wurden immer Einzelfälle bzw. einzelne Regelungen auf ihre Zulässigkeit hin untersucht. Wichtig ist jedoch zu erkennen, dass durch eine Vielzahl einzelner, an sich zulässiger Gestaltungen der Verband bzw. dessen Mitglieder in seiner Gänze von einem Dritten in einer unzulässigen Weise abhängig sein können. Erst eine Gesamtwürdigung kann Auskunft darüber geben, ob der Verband bzw. dessen Mitglieder noch selbstbestimmt agieren können, d.h. ob die Mitgliederversammlung als oberstes Organ eine letztliche Entscheidungssouveränität innehat oder nicht. Insofern sind sämtliche materiell-statutarische Regelungen und sonstige Absprachen kumulativ zu betrachten und dabei zu ermitteln, ob der Verband bzw. dessen Mitglieder auch weiterhin organisationsrechtlich sowie faktisch selbstbestimmt und selbstverwaltend tätig sind⁹⁸⁶.

Kriterien einer ganzheitlichen Betrachtung sind schwierig aufzustellen, es ist immer auf den Einzelfall abzustellen. Allgemein gilt jedoch, dass eine Grenze des Dritteinflusses dort zu ziehen ist, wo dieser derart überwiegt, dass der Verband sein Wesen verliert, weil er nicht mehr vornehmlich von der Willensbildung und -betätigung seiner Mitglieder getragen, sondern vielmehr zu einer bloßen Verwaltungsstelle oder zu einem Sondervermögen des Außenstehenden wird⁹⁸⁷. Dabei ist aber die Maßlatte sehr hoch anzulegen, da der Grundsatz „*volenti non fit iniuria*“ gilt. Eine freiwillig gewollte Abhängigkeit von einem Dritten ist demnach zu respektieren, solange verbandliche Minderheiten und einzelne Mitglieder ausreichend geschützt sind oder selbstbestimmt agieren können. Insofern greift der Vergleich mit der natürlichen Person: die Wahrnehmung der verbandlichen Selbstbestimmung orientiert sich letztlich an dem durch §§ 138, 242 BGB aufgezeigten Rahmen.

⁹⁸⁶. So auch *Dütz*, FS für Herschel (1982), S. 55, 73 ff.; *Edenfeld*, § 16 I, II, S. 116 ff.; *Soergel/Hadding*, § 33, Rdn. 7; *Staudinger/Weick*, § 27, Rdn. 4; *Steinbeck*, § 4 IV, S. 63.

⁹⁸⁷. *KG*, OLGZ 1974, S. 385, 390; vgl. auch die Gesamtwürdigung des *Bundesverfassungsgerichts* in der Bahai-Entscheidung, *BVerfGE* 83, S. 341, 357 ff.

II. Gesamtergebnis

- Die rechtlich denkbaren Drittrechte im Bereich der Satzungs- und Selbstverwaltungsautonomie (z.B. Recht zur Satzungsänderung, Zustimmung zu einer solchen, Initiativ- oder Präsentationsrechte⁹⁸⁸ sowie Bestellungs-, Entsendungs- oder Abberufungsrechte bzgl. Organmitglieder⁹⁸⁹) sind rechtlich zu systematisieren und zu qualifizieren, um die unterschiedlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen zu verstehen⁹⁹⁰. Die Qualifikation ergab dabei zwei rechtliche Gegensätze, und zwar Gläubigerrechte⁹⁹¹ und Organrechte⁹⁹².
- Die praktische Unterscheidung zwischen beiden Rechtsarten ist jedoch dann schwierig, wenn das dem Dritten zugewiesene Recht in dem Statut des Verbands enthalten ist, da allein aufgrund der statutarischen Verlautbarung noch keine Aussage über dessen rechtliche Qualität erfolgt⁹⁹³. Hinzu kommt, dass diese beiden Rechtsarten einen identischen Inhalt haben können. Unter dem Begriff „statutarische Drittrechte“ ist daher nur der Oberbegriff für formell-statutarische Drittrechte und materiell-statutarische Drittrechte zu verstehen⁹⁹⁴.
- Formell-statutarische Drittrechte sind Gläubigerrechte, stellen also keinen materiellen Bestandteil des Statuts dar und unterliegen daher auch nicht dessen besonderen Vorschriften⁹⁹⁵. Materiell-statutarische Drittrechte sind dagegen als Organrechte zu werten⁹⁹⁶.
- Zwischen diesen beiden Rechtsarten bestehen drei wesentliche Unterschiede:
 1. Während unter einem Gläubigerrecht ein Anspruch i.S.v. § 194 I BGB zu verstehen ist⁹⁹⁷, sind Organrechte von ihren Rechtsfolgen her als Quasi-Gestaltungsrechte zu qualifizieren⁹⁹⁸, da sie bei Ausübung eine verbandsinterne, für die übrigen Organe sowie Mitglieder verbindliche Rechtslage schaffen. Sie sind daher auch als Normsetzungsbefugnis zu verstehen⁹⁹⁹. Im Unterschied dazu ist der Inhaber eines Gläubigerrechts auf die Mitwirkung des Verbands sowie dessen Mitglieder angewiesen, um den anspruchsgemäßen

⁹⁸⁸ S. 53 ff.

⁹⁸⁹ S. 56 ff.

⁹⁹⁰ 2. Kapitel, S. 6 ff.

⁹⁹¹ S. 27 ff.

⁹⁹² S. 29 ff.

⁹⁹³ S. 32 ff. sowie S. 48 ff.

⁹⁹⁴ S. 48 ff.

⁹⁹⁵ S. 50.

⁹⁹⁶ S. 50 ff.

⁹⁹⁷ S. 27 ff.

⁹⁹⁸ S. 31 ff.

⁹⁹⁹ S. 32 ff.

Zustand zu erreichen. Insofern bedarf es immer einer Umsetzung durch die Mitglieder¹⁰⁰⁰.

2. Organrechte unterliegen der organschaftlichen Treuepflicht, deren Konkretisierung sich aus dem jeweiligen Verbandszweck und dem Gegenstand der Verbandstätigkeit ergibt. Organrechte sind daher anhand des Verbandsinteresses zu überprüfen und zu kontrollieren¹⁰⁰¹. Gläubigerrechte unterliegen dagegen nur der schuldrechtlichen Treuepflicht, die sich aus dem jeweiligen Vertrag ergibt. Der Verband bzw. dessen Mitglieder können daher die Gläubigerrechte nicht anhand der organschaftlichen Treuepflicht beherrschen¹⁰⁰².
 3. Organrechte unterliegen, sofern rechtsformspezifisch zulässig, der Kompetenz-Kompetenz der Mitgliederversammlung, können also jederzeit ohne Zustimmung des Organwalters entzogen werden¹⁰⁰³. Dagegen können der Verband bzw. dessen Mitglieder Gläubigerrechte dem Dritten nicht einseitig entziehen¹⁰⁰⁴. Vielmehr bedarf es - sofern vertraglich nicht anderweitig geregelt - eines Aufhebungsvertrags zwischen dem Verband und dem Dritten¹⁰⁰⁵.
- Sog. organschaftlich wirkende formell-statutarische Drittrechte im Bereich der Satzungs- und Selbstverwaltungsautonomie sind unzulässig, da sie von ihrer Rechtsfolge her den Organrechten entsprechen, ohne verbandsrechtlich kontrollierbar zu sein¹⁰⁰⁶. Unter einem organschaftlich wirkenden formell-statutarischen Drittrecht ist eine Synthese zwischen einem Gläubiger- und einem Organrecht zu verstehen, das der Verband einem Dritten ad personam einräumt und materieller Bestandteil des Statuts ist¹⁰⁰⁷. Falls der Verband einem Dritten organschaftlich wirkende Rechte statutarisch einräumt, sind sie als materiell-statutarische Rechte, d.h. Organrechte zu qualifizieren. Dies erfolgt im Wege der Errichtung eines Fakultativorgans (sog. Organerrichtungstheorie), wobei der Dritte, falls statutarisch erwähnt, ein sog. statutarisch erkorener Organwalter ist¹⁰⁰⁸. Organerrichtung und Bestellung des Dritten erfolgen daher in einem Akt¹⁰⁰⁹.
 - Organschaftliche Drittrechte sind dann zulässig, falls der Verband bzw. dessen Mitglieder von Gesetzes wegen einem Fakultativorgan Kompetenzen zu weisen

¹⁰⁰⁰ S. 31.

¹⁰⁰¹ S. 27 ff.

¹⁰⁰² S. 27 ff.

¹⁰⁰³ S. 29 sowie S. 138 ff.

¹⁰⁰⁴ S. 29 ff.

¹⁰⁰⁵ Ebd.

¹⁰⁰⁶ S. 51 ff.

¹⁰⁰⁷ Ebd.

¹⁰⁰⁸ S. 136 ff. und S. 151 ff.

¹⁰⁰⁹ S. 139 ff.

können. Hierzu bedarf es einer genauen Analyse der jeweiligen Rechtsform¹⁰¹⁰. Tendenziell sind organschaftliche Drittrechte bei *GmbH*, *Verein* und *Personengesellschaften* eher denkbar als bei *Aktiengesellschaft* und *Genossenschaft*, da bei diesen der Grundsatz der Satzungsstrenge gilt und insofern kaum Raum für die Errichtung eines Fakultativorgans besteht.

- Um der verbandlichen Selbstbestimmung zu genügen, unterliegen die organschaftlichen Drittrechte folgenden Voraussetzungen¹⁰¹¹:
 1. Statutarische Festlegung und Konkretisierung der entsprechenden Kompetenzen des Dritten,
 2. Abberufungsmöglichkeit des dem Fakultativorgan angehörenden Dritten,
 3. Kompetenz-Kompetenz der Mitgliederversammlung,
 4. Organschaftliche Haftung des Dritten als Organwalter.
- Formell-statutarische Drittrechte sowie Drittrechte aufgrund vertraglicher Grundlage im Bereich der Satzungs- und Selbstverwaltungsautonomie¹⁰¹² sind nur in einem begrenzten Umfang zulässig. Es kommen daher nur einzelfallbezogene Verpflichtungen in Frage, da eine generelle dauerhafte Verpflichtung einer schuldrechtlichen Verlagerung der jeweiligen Kompetenz gleichkommt, ohne im Ergebnis verbandsrechtlich kontrollierbar zu sein¹⁰¹³.
- Voraussetzung derartiger Rechte, sofern keine rechtsformspezifischen Gründe gegen deren Zulässigkeit sprechen, ist ein Verpflichtungsbeschluss des verbandsintern zuständigen Organs mit der entsprechenden Mehrheit¹⁰¹⁴. Im Regelfall vertritt das geschäftsführende Organ dabei den Verband¹⁰¹⁵. Unter Umständen ist der Beschluss formbedürftig¹⁰¹⁶. Der davon zu unterscheidende Verpflichtungsvertrag mit dem Dritten bedarf der Schriftform nach § 126 BGB¹⁰¹⁷. Die Vereinbarung mit dem Dritten ist zumindest immer nach § 314 BGB n.F. aus wichtigem Grund kündbar, um die verbandliche Selbstbestimmung zu wahren¹⁰¹⁸. In der Regel besteht allerdings eine inhärente zeitliche Befristung des Verpflichtungsvertrags bezogen auf den konkreten Zweck der Vereinbarung¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁰ S. 136 ff. und S. 151 ff.

¹⁰¹¹ S. 138 ff.

¹⁰¹² Vgl. 5. Kapitel - S. 157 ff.

¹⁰¹³ S. 160 ff.

¹⁰¹⁴ S. 163 ff.

¹⁰¹⁵ Ebd.

¹⁰¹⁶ S. 207 ff.

¹⁰¹⁷ S. 166 ff.

¹⁰¹⁸ S. 177 ff.

¹⁰¹⁹ Ebd.

- Nur bei den Gläubigerrechten ist es dem Dritten möglich, seine Individualinteressen zu verfolgen¹⁰²⁰, da er bei deren Ausübung nicht der organschaftlichen Treuepflicht unterliegt¹⁰²¹. Wegen der damit für den Verband zusammenhängenden Gefahren ist jedoch deren Anwendungsbereich im Vergleich zu den denkbaren Organrechten erheblich eingeschränkt.

¹⁰²⁰ S. 27 ff.

¹⁰²¹ S. 143.

Lebenslauf

I. Persönliche Daten

Name: Stephen Anthony Hecht, Jr.
Geburtsdatum: 17.09.1971
Geburtsort: Düsseldorf
Staatsangehörigkeit: Deutsch und U.S.-Amerikanisch
Eltern: Sigrid A. Hecht, Notarin und Rechtsanwältin
Stephen A. Hecht, M.B.A.
Geschwister: zwei jüngere Geschwister

II. Schulbesuche

1979 – 1981 Grundschule Buffalo/USA
1981 – 1984 Grundschule Meppen
1984 – 1985 Orientierungsstufe Meppen
1985 – 1991 Windthorst-Gymnasium Meppen

III. Studium

1991 – 1992 Universität Kiel: Jura und Sozialökonomie
1992 – 1993 Universität Tübingen: Jura
1993 – 1994 Universität Leiden/NL (Erasmus-Stipendium) und
Aufnahme des BWL-Studiums an der Universität Hagen
1994 – 1996 Universität Heidelberg: Jura
15.09.1996 1. Staatsexamen
1996 – 1997 Universität Osnabrück: Studium der Steuerwissenschaften
30.12.1997 Diplomprüfung in BWL
29.05.2000 2. Staatsexamen
05.09.2000 Diplomprüfung in VWL