Rechtswissenschaftliche
Forschung und Entwicklung

Stephan Borries

Kollektive Informationspflichten und das individuelle Informationsrecht des Kommanditisten

Eine rechtsdogmatische Untersuchung aus Anlass der Reform des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG

utzverlag

Stephan Borries

Kollektive Informationspflichten und das individuelle Informationsrecht des Kommanditisten

Eine rechtsdogmatische Untersuchung aus Anlass der Reform des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG

utzverlag · München 2022

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung
Band 850

Ebook (PDF)-Ausgabe:
ISBN 978-3-8316-7721-4 Version: 1 vom 30.08.2022
Copyright© utzverlag 2022

Alternative Ausgabe: Softcover
ISBN 978-3-8316-4952-5
Copyright© utzverlag 2022

Stephan Borries

Kollektive Informationspflichten und das individuelle Informationsrecht des Kommanditisten

Eine rechtsdogmatische Untersuchung aus Anlass der Reform des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG

utzverlag

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung

Herausgegeben von

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.
Universität München

Band 850

Zugl.: Diss., Bielefeld, Univ., 2021

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

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Sämtliche, auch auszugsweise Verwertungen bleiben vorbehalten.

Copyright © utzverlag GmbH · 2022

ISBN 978-3-8316-4952-5 (gebundenes Buch)
ISBN 978-3-8316-7686-6 (E-Book)

Printed in EU
utzverlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

Inhaltsverzeichnis

Einleitung **5**
A. Einführung 5
B. Zielsetzung und Themenbegrenzung 6
C. Gang der Darstellung 7

1. Teil: Kollektive Informationspflichten **9**
A. Grundlagen der Organschaft 9
I. Einführung 9
II. Das gewandelte Verständnis der Rechtsnatur von Personengesellschaften 9
III. Zum Vorhandensein von Organen in Personengesellschaften 10
1. Historischer Standpunkt: Organschaft nur bei juristischen Personen 10
2. Organschaft auch in rechtsfähigen Personengesellschaften 11
3. Bestätigung durch analoge Anwendung des § 31 BGB 13
IV. Der institutionell-funktionale, zweigliedrige Organbegriff 13
1. Einführung und Fragestellung 13
2. Auch natürliche Personen sind „Organe“ 14
3. Organe als „abstrakter Zuständigkeitskomplex“ 14
a. Die Unterscheidung von Organ und Organwalter 15
b. Die institutionell-funktionelle Komponente 15
V. Eingliedriger oder zweigliedriger Organbegriff bei Personengesellschaften? 17
1. Abweichende Position *Bergmanns* 17
2. Kritische Würdigung 18
VI. Die doppelte Zurechnung 20
VII. Notwendige Organe der rechtsfähigen Personengesellschaft 20
1. Einführung und Ziel der Untersuchung 20
2. Unterschiedliche Kompetenzbereiche in der Personengesellschaft 21
c. Gewöhnliche und ungewöhnliche Geschäfte, Grundlagengeschäfte 21
aa. Gewöhnliche Geschäfte 21
bb. Ungewöhnliche Geschäfte und sog. „Grundlagengeschäfte“ 22
d. § 113 Abs. 2 HGB und Zuweisung an die „übrigen Gesellschafter“ 23
e. Bestätigung durch Recht der KGaA 24
f. Bestätigung durch die Art. 16 Abs. 1 und 17 Abs. 2 EWIV-VO 24
g. Das sog. „kollektive Informationsrecht“ aus §§ 713, 666 BGB 24
3. Zwischenergebnis 25
VIII. Die Besetzung der notwendigen Organe durch geborene Organwalter 25
IX. Weitere Konsequenzen 26
X. Zusammenfassung 27
B. Organrechtsfähigkeit und Organparteifähigkeit 28
I. Einführung und Fragestellung 28
II. „Organrechtsfähigkeit“ 29
1. Die Außenperspektive als Ausgangspunkt 29

2. Organe als Zurechnungsendsubjekte im innerorganisatorischen Verhältnis 29
3. Anerkennung von „Organrechtsfähigkeit“ 31
4. Echte subjektive Rechte des Organs oder „Organrechte“? 31

III. „Organparteifähigkeit“ als Ausprägung der Organrechtsfähigkeit 32

1. Fortentwicklung des § 50 Abs. 1 ZPO 33
2. Gegenstand möglicher Interorganklagen 35

IV. Zusammenfassung 36

C. Das sog. „kollektive“ Informationsrecht in der Personengesellschaft 37

I. Einführung und Ziel der Untersuchung 37
II. Historische Grundlagen 37
III. Dogmatische Grundlage 38
IV. Verpflichteter und Berechtigter 39

1. Traditionelles Meinungsbild 39

a. Träger der Informationspflicht 40
b. Träger des Informationsrechts 40

aa. Die rechtsfähige Personengesellschaft als Rechtsträgerin 40
bb. Die „Gesellschaftergesamtheit“ als Rechtsträgerin 41

c. „Informationsadressat“ und Zuständigkeit zur Geltendmachung 42

2. Kritische Würdigung 43

V. Die drei „Einzelpflichten“ aus § 666 BGB 44

1. Berichtspflicht 44

a. Reine Schutzpflicht 45
b. Zweck und Inhalt der Berichtspflicht 46
c. Einzelne Anlässe zur Berichterstattung 48

aa. Feststellung des Jahresabschlusses 48
bb. Zustimmung zu außergewöhnlichen Geschäften 49
cc. Berichtspflicht bei Umwandlung 49
dd. Sonstige Anlässe zur Berichterstattung 49

d. Erfüllung der Berichtspflicht 50
e. Rechtsfolgen bei unzureichender Berichterstattung 52

aa. Kein klagbarer Anspruch auf Berichterstattung 52
bb. Anspruch aus dem individuellen Informationsrecht 53
cc. Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Beschlusses 53
dd. Entzug der Geschäftsführungsbefugnis aus wichtigem Grund 53
ee. Schadensersatzanspruch 54

f. Auswirkungen auf das individuelle Informationsrecht 54

2. Auskunftspflicht auf Verlangen 55

a. Abgrenzung zur Berichtspflicht 55
b. Berechtigter und Verpflichteter 56
c. Geltendmachung des Auskunftsverlangens 56
d. Erfüllung der Auskunftspflicht 58
e. Durchsetzung des Auskunftsanspruchs 58
f. Problem: Durchsetzung im Wege der actio pro socio? 59

aa. Meinungsstand ... 59
(1) Standpunkt der Literatur ... 59
(2) Position der Rechtsprechung ... 60
bb. Stellungnahme ... 60
3. Rechenschaftspflicht ... 61
VI. Abdingbarkeit ... 62
1. Abdingbarkeit des § 666 BGB im Auftragsrecht ... 63
2. Abdingbarkeit des „kollektiven Informationsrechts“ ... 63
a. Meinungsstand ... 63
b. Stellungnahme ... 65
VII. Zusammenfassung ... 66
D. Die Sonderprüfung als Kontrollmaßnahme des kollektiven Informationsrechts ... 68
I. Problemstellung ... 68
1. Meinungsstand ... 69
a. Sonderprüfung nur bei gesellschaftsvertraglicher Kompetenzzuweisung ... 69
b. Analoge Anwendung des § 142 AktG ... 70
2. Kritische Würdigung und eigener Ansatz ... 70
a. Kein Bedürfnis für analoge Anwendung des § 142 Abs. 2 AktG ... 71
b. Umfassendes „kollektives Informationsrecht“ als Organrecht ... 71
II. Zwischenergebnis ... 74
E. Zusammenfassung Teil 1 ... 75

2. Teil: Rechtsdogmatische Grundlagen des Stammrechts auf Information ... 77
A. Der Begriff „Informationsrecht“ ... 77
B. Die Funktion individueller Informationsrechte ... 78
I. Gewährleistungs- und Ermöglichungsfunktion ... 78
II. Kontrollfunktion ... 79
II. Zwischenergebnis ... 80
C. Kriterien für die unterschiedliche Ausgestaltung individueller Informationsrechte ... 80
I. Ausgestaltung der Haftung? ... 81
1. Meinungsstand ... 81
2. Kritische Würdigung ... 82
II. Realstruktur der Gesellschaft ... 83
III. Fehlen eines gesetzlichen Wettbewerbsverbotes? ... 85
IV. Zwischenergebnis ... 87
D. Zur Dogmatik des Informationsrechts ... 89
I. Tradierte Meinungsgruppe ... 89
1. Zwei verschiedene Rechte ... 89
2. Das Verhältnis zwischen Auskunfts- und Einsichtsrecht ... 90
II. Die „Lehre vom einheitlichen Recht“ ... 91

1. Erste Überlegungen von *Ebenroth* ... 91
2. Fortentwicklung durch *Karsten Schmidt* ... 92

III. Stellungnahme ... 93

1. Das Stammrecht auf Information enthält sämtliche Informationsmittel ... 94
2. Schwierige Abgrenzung zwischen Auskunft und Einsicht ... 95
3. Informationsmittel ergänzen sich wechselseitig ... 95

a. Vor- und Nachteile der Auskunft ... 96
b. Vor- und Nachteile der Einsicht ... 96

4. Widersprüche der tradierten Auffassung ... 97
5. Das ergänzende „Auskunftsrecht“ des Personengesellschafters ... 98
6. Die älteren Regelungen im Personengesellschaftsrecht: Ein Einwand? ... 99

IV. Zusammenfassung ... 100

E. Zur Rechtssystematischen Zerteilung des Informationsrechts ... 101

I. Das mitgliedschaftliche Stammrecht auf Information ... 101
II. Informationsansprüche im Einzelfall ... 102
III. Zum Informationsbedürfnis ... 103

1. Funktion ... 103
2. Dogmatische Herleitung ... 105

a. Meinungsstand ... 105
b. Stellungnahme ... 105

3. Kritik an der Lehre vom Informationsbedürfnis ... 107

a. Der klare Gesetzeswortlaut des § 51a Abs. 1 GmbHG: Ein Einwand? ... 107
b. Die Entstehungsgeschichte: Ein Einwand? ... 107
c. Erschwerung der Darlegungs- und Beweislast: Ein Einwand? ... 108

4. Die Position des II. Zivilsenats des BGH ... 108
5. Das Informationsbedürfnis in der neueren instanzgerichtlichen Rechtsprechung ... 109
6. Das Informationsbedürfnis als Leitgedanke der Rechtsfortbildung ... 111
7. Das Informationsbedürfnis bei Unternehmensverbindungen ... 112
8. Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ... 113

a. Ausgangspunkt ... 114
b. Meinungsstand ... 114

aa. Standpunkt Karsten Schmidts ... 114
bb. Vermittelnde Auffassung ... 115
cc. Überwiegende Meinungsgruppe ... 115

c. Kritische Würdigung und nähere Betrachtung ... 115

9. Zwischenergebnis ... 117

IV. Konkretisierung des Informationsbedürfnisses ... 117

1. Zur sachgerechten Ausübung von Mitgliedschaftsrechten ... 118
2. Zur Wahrung berechtigter Interessen des Gesellschafters ... 119
3. Zwischenergebnis ... 120

F. Zum Auswahlrecht zwischen den Informationsmitteln ... 120

I. Einführung in die Problematik und Fragestellung ... 120

II. Ausgangspunkt ... 121
III. Meinungsstand ... 122
1. Auswahlrecht der informationserteilenden Gesellschaft ... 122
2. Erstes Vorschlagsrecht des Geschäftsführers ... 122
3. Informationsbedürfnis maßgeblich ... 123
4. Auswahlrecht des informationsbegehrenden Gesellschafters ... 123
IV. Stellungnahme ... 124
1. Gesetzeswortlaut ... 125
2. Keine Subsidiarität ... 125
3. Einsichtnahme nicht zwingend belastender als Auskunftserteilung ... 126
4. Verteilung der anfallenden Kosten ... 126
5. Charakter als eigennütziges Individualrecht ... 127
6. Wertung der §§ 315, 316 BGB ... 127
7. Unterschiedliche Funktionen von Auskunft und Einsichtnahme ... 127
8. Unterschiede in der Vollstreckung ... 129
9. Widerspruch zum Kontrollcharakter der Einsichtnahme ... 129
10. Bedeutung des Informationsbedürfnisses ... 130
11. Übertragung auf praktische Fälle ... 131
V. Zwischenergebnis ... 132
VI. Anspruch auf Übersendung oder Aushändigung von Dokumenten? ... 132
1. Meinungsstand ... 132
a. Schrifttum ... 132
b. Instanzgerichtliche Rechtsprechung ... 133
2. Stellungnahme ... 134
a. Weite Auslegung des Begriffs „Auskunft“ ... 134
b. Konsequenz: Schlechterstellung des GmbH-Gesellschafters ... 135
c. Schlechterstellung gegenüber Dritten ... 137
d. Sinn und Zweck des Informationsrechts ... 137
e. Inhaltliche Anforderungen an die Informationserteilung ... 138
f. Fehlende Stütze im Gesetzeswortlaut: Ein Einwand? ... 138
g. Unzumutbare Belastung der Geschäftsführung: Ein Einwand? ... 139
h. Unnütze Aktenansammlung: Ein Einwand? ... 139
VII. Zwischenergebnis ... 140
G. Zusammenfassung Teil 2 ... 140

3. Teil: Analyse des § 166 HGB ... 142
A. Ausgangspunkt ... 142
I. Zur Entstehungsgeschichte des heutigen § 166 HGB ... 142
II. Zur Regelungssystematik des § 166 HGB ... 143
III. Das gewandelte Rechtsbild des Kommanditisten ... 144
IV. Auswirkungen auf § 166 HGB ... 145
V. Zielsetzung ... 147
B. Ausgewählte rechtsmethodische Ansätze zur Erweiterung der Informationsmöglichkeiten des Kommanditisten ... 148
I. Einführung ... 148

II. Erweiterung durch analoge Anwendung des § 51a Abs. 1 GmbHG? ... 148
1. Meinungsstand ... 148
a. Befürwortende Auffassung ... 148
b. Ablehnende Meinungsgruppe ... 149
2. Rechtsprechung ... 150
3. OLG Celle Beschluss v. 14.03.2017 - 9 W 18/17 ... 151
a. Sachverhalt ... 151
b. Entscheidungsgründe ... 151
4. Kritische Würdigung ... 152
III. Herleitung aus §§ 713, 666 BGB iVm §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB? ... 154
IV. Herleitung eines allgemeinen Informations- bzw. Auskunftsrechts ... 155
1. Begriffsverständnis ... 156
2. Mitgliedschaft als Rechtsgrundlage ... 157
3. Inhalt und Umfang ... 157
4. Darlegung des Informationsbedürfnisses ... 159
5. Verhältnis zu § 166 Abs. 1 und 3 HGB ... 160
6. Kritische Würdigung ... 161
a. Rechtsdogmatischer Einwand ... 161
b. Kein Gleichlauf mit gesellschafterlichen Einflussmöglichkeiten ... 162
c. Charakter als eigennütziges und selbstständiges Mitgliedschaftsrecht ... 163
d. Die Wertung des § 166 Abs. 2 HGB: Ein Einwand? ... 164
e. Zeitlicher Anwendungsbereich ... 166
f. Unzumutbare gerichtliche Durchsetzung der Informationsansprüche ... 167
V. Zwischenergebnis ... 168
C. Informationen über gewöhnliche Geschäftsführung ... 169
I. Fragestellung ... 169
II. Meinungsstand ... 169
III. Stellungnahme ... 170
1. Rechtsdogmatischer Einwand und Funktion des Informationsrechts ... 171
2. Widersprüche der tradierten Auffassung ... 172
3. Erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten in der Praxis ... 173
4. Informationen zur Aussprache, Beratung und Ausübung des Rederechts ... 174
5. Minderheiten- und Individualschutz ... 174
6. Bedeutung der „kollektiven“ Informationspflicht ... 175
IV. Zwischenergebnis ... 176
D. Rechtsfortbildung des § 166 Abs. 1 HGB ... 177
I. Einführung ... 177
1. Herkömmliches dogmatisches Verständnis ... 177
2. Gewandeltes Verständnis von § 166 Abs. 1 HGB ... 177
3. Zielsetzung und Gang der Untersuchung ... 178
II. Der „Mitteilungsanspruch“ ... 179
1. Inhalt ... 179
2. Weitergehende Informationen? ... 179
3. Keine klare Argumentationslinie ... 180

4. Der eindeutige, klare Wortlaut des § 166 Abs. 1 HGB: Ein Einwand? 181
5. Anspruch auf Mitteilung einzelner Dokumente 182
a. Aufgestellter Jahresabschluss 182
aa. Meinungsstand 182
bb. Stellungnahme 183
cc. Zwischenergebnis 185
b. Steuerbilanz 185
c. Anhang, § 284 HGB 187
d. Lagebericht, § 289 HGB 188
e. Prüfungsbericht des Abschlussprüfers? 189
aa. Meinungsstand 190
(1) Schrifttum 190
(2) Rechtsprechung 190
bb. Stellungnahme 191
(1) Herausragende Informationsfunktion 192
(2) Die Möglichkeit der Einsichtnahme: Ein Einwand? 193
(3) Bestätigung durch §§ 42, 44 UmwG 194
(4) Das Geheimhaltungsinteresse der KG: Ein genereller Einwand? 194
(5) Die fehlende Pflicht zur Offenlegung nach § 325 HGB: Ein Einwand? .. 195
cc. Zwischenergebnis 197
f. Jahresabschluss der Komplementär-GmbH 197
g. Unterlagen der Konzernrechnungslegung 197
6. Zwischenergebnis 199
III. Der „Anspruch auf Einsichtnahme“ der Geschäftsunterlagen 199
1. Inhalt und herkömmlicher Zweck 199
2. Weiterentwicklung durch Rechtsprechung und Literatur 201
a. Allgemeines 201
b. Abkehr von der Zweck- und Funktionsgebundenheit 202
3. Entstehen des Einsichtsanspruchs 204
4. Erlöschen des „Einsichtsrechts“ bei Mitwirkung an der Feststellung des Jahresabschlusses? 206
a. Problemstellung 206
b. Meinungsstand 206
aa. Ältere Rechtsprechung 206
bb. Strenge Ansicht: „Einsichtsrecht“ erlischt 208
cc. Vermittelnde Auffassung: Vorherige Informationsmöglichkeit maßgeblich 209
dd. Weite Ansicht: „Einsichtsrecht“ besteht fort 209
c. Stellungnahme 210
aa. Rechtsdogmatischer Einwand 210
bb. Allein das konkrete Informationsbedürfnis ist maßgeblich 211
cc. Wandel der Normsituation bei § 166 Abs. 1 HGB 213
dd. Kein ausreichender Schutz über § 166 Abs. 3 HGB 213
ee. Erlöschen bei Mehrheitsbeschluss trotz Gegenstimme? 214

ff. Weitere Folgerung 215
d. Zwischenergebnis 215
5. Erlöschen des „Einsichtsrechts“ durch eine erfolgte Abschlussprüfung? 215
a. Problemstellung 215
b. Meinungsstand 217
c. Stellungnahme 218
6. Besonderheit: Informationen über Vorgänge in verbundenen Unternehmen 220
a. Das spezifische Informationsbedürfnis im Unternehmensverbund 220
aa. Gewinninteresse 220
bb. Sonstiges Vermögensinteresse 221
cc. Informationen zur sachgerechten Ausübung von Mitgliedschaftsrechten 221
dd. Kein praktischer Unterschied zur GmbH 222
b. „Informationsdurchgriff“? 222
aa. Meinungsstand 223
bb. Stellungnahme 224
(1) Rechtsdogmatischer Einwand 224
(2) Fehlinterpretation von BGH Urteil v. 08.07.1957 - II ZR 54/56 225
(3) Folgeprobleme 225
(4) Widersprüche bei Einheits-GmbH & Co. KG 226
(5) Informationsdurchgriff nur durch gesellschaftsvertragliche Regelung 226
cc. Zwischenergebnis 226
c. Dokumentationspflicht 226
d. Einsicht in Geschäftsunterlagen mit Bezug zu verbundenen Unternehmen 227
e. Pflicht zur Ermöglichung der Einsicht in Geschäftsunterlagen von und bei verbundenen Unternehmen 229
aa. Einführung 229
bb. Ausgangspunkt 229
cc. Informationsbeschaffungspflicht 230
(1) Bei hundertprozentiger Tochtergesellschaft 230
(2) Bei vertraglichem Informationsrecht der KG 231
(3) Bei Beteiligung außenstehender Dritter am verbundenen Unternehmen? 231
dd. Kritische Würdigung 232
(1) Zugriffsmöglichkeit der eigenen Gesellschaft 232
(2) Erforderlichkeit eines konzernspezifischen Informationsbedürfnisses 234
(3) Keine Entwertung der Einsichtnahme durch Unternehmensverbindung 235
(4) Ausreichender Schutz über § 51a Abs. 2 Satz 1 GmbHG (analog) 236
(5) Ausnahmsweise nur Auskunftserteilung 237
(6) Kosten der Informationsbeschaffung 237
f. Zwischenergebnis 238
7. Zwischenergebnis 238
IV. Der „Auskunftsanspruch“ über die Angelegenheiten der Gesellschaft 239
1. Einführung 239
2. Der ergänzende „Auskunftsanspruch“ aus § 166 Abs. 1 HGB 240

a. Inhalt und Funktion ... 240
b. Folgerungen ... 240
c. Abgrenzung zum allgemeinen Informationsrecht ... 240
d. Konsequenz: Rechtsfortbildung des § 166 Abs. 1 HGB ... 241

3. Das „Auskunftsrecht“ über Namen und Anschriften von Mitgesellschaftern ... 242
4. Zwischenergebnis ... 243

V. Auswahlrecht zwischen Informationsmitteln ... 243
VI. Zusammenfassung ... 243

E. Die verbleibende Bedeutung des § 166 Abs. 3 HGB ... 245

I. Offene Frage und Zielsetzung ... 245
II. Ausgangspunkt ... 245
III. Meinungsstand ... 246
IV. Praktische Relevanz der Streitfrage ... 247
V. Konsequenzen der herrschenden Meinung ... 248
VI. Stellungnahme ... 248

1. Überholte Intention des historischen Gesetzgebers ... 249
2. Rechtsdogmatisches Verständnis ... 250
3. Durchbrechung der verfahrensmäßigen Exklusivität ... 251
4. Kein konstitutives Anordnungserfordernis ... 252
5. Bezugspunkt des „wichtigen Grundes“ iSv § 166 Abs. 3 HGB ... 253
6. Die verbleibende Funktion und Bedeutung des § 166 Abs. 3 HGB: Ein Einwand? ... 255
7. Das (angebliche) Fehlen einstweiligen Rechtsschutzes: Ein Einwand? ... 257
8. Fehlende Stütze im Gesetzeswortlaut: Ein Einwand? ... 258
9. Bestätigung durch das Reformvorhaben ... 258

VII. Zwischenergebnis ... 259

F. Zusammenfassung Teil 3 ... 260

4. Teil: Unabdingbarkeit des individuellen Informationsrechts des Kommanditisten .. 262

A. Einführung ... 262
B. Schlechthin unverzichtbare Rechte als Grenze der Vertragsfreiheit ... 263
C. Zur Unabdingbarkeit des Stammrechts auf Information ... 267

I. Das „außerordentliche Informationsrecht“, § 166 Abs. 3 HGB ... 268
II. Das „ungeschriebene, allgemeine Informationsrecht“ ... 268
III. Das „Auskunftsrecht“ über Namen und Anschriften von Mitgesellschaftern ... 269
IV. Zwischenergebnis ... 270
V. Das „ordentliche Informationsrecht“, § 166 Abs. 1 HGB ... 271

1. Ältere Auffassung: Vollständige Abdingbarkeit des § 166 Abs. 1 HGB ... 271
2. Heutiges Meinungsbild zum „Mitteilungsrecht“ aus § 166 Abs. 1 Fall 1 HGB . 272
3. Überleitung ... 273
4. BGH Urteil v. 11.07.1988 - II ZR 346/87 ... 273

a. Sachverhalt ... 273
b. Entscheidungsgründe ... 274
c. Folgerung ... 275

5. BGH Urteil v. 10.10.1994 - II ZR 18/94 ... 276

a. Sachverhalt ... 276
b. Entscheidungsgründe ... 277
c. Folgerung ... 278

6. Analoge Anwendung des § 51a Abs. 3 GmbHG? ... 278

a. Meinungsstand ... 278
b. OLG München Urteil v. 31.01.2018 - 7 U 2600/17 ... 280

aa. Keine planwidrige Regelungslücke ... 280
bb. Keine vergleichbare Interessenlage ... 281

c. Kritische Würdigung ... 281

7. Heutiges Meinungsbild zum „Einsichtsrecht“ aus § 166 Abs. 1 Fall 2 HGB ... 283

a. Enge Auffassung: Unabdingbarkeit in der gesetzestypischen KG ... 283
b. Weite Auffassung: Unabdingbarer Kern ... 284

8. Kritische Würdigung ... 285

VI. Schutz des Informationsrechts durch Art. 14 Abs. 1 GG ... 287
VII. Zwingendes Informationsrecht des Handelsvertreters, § 87c Abs. 5 HGB ... 289

D. Bestätigung durch Reformvorhaben ... 290
E. Analyse einzelner Vertragsgestaltungen ... 291

I. „Ausschluss“ des Einsichtsrechts bei Abschlussprüfung? ... 291

1. OLG München Urteil v. 31.01.2018 - 7 U 2600/17 ... 291

a. Sachverhalt ... 291
b. Entscheidungsgründe ... 292

2. Kritische Würdigung ... 292

a. Vorliegen eines Informationsbedürfnisses ... 293
b. Zwingende Kenntnisnahme des Prüfungsberichts ... 293
c. Kein Erlöschen des Informationsbedürfnisses ... 294
d. Begrenzung durch das Informationsbedürfnis ... 295
e. Mitwirkung an der Auswahl des Abschlussprüfers ... 296
f. Kein Ausschluss des Einsichtsanspruchs ... 296

3. Zwischenergebnis ... 296

II. Verdrängende Übertragung des „Einsichtsrechts“ auf ein Kontrollorgan? ... 296

1. Problemstellung ... 296
2. Stellungnahme ... 298
3. Anforderungen an das Kontrollorgan ... 299
4. Zwischenergebnis ... 301

III. Ausschluss der persönlichen Einsichtnahme? ... 301

1. Meinungsstand ... 301
2. Stellungnahme ... 302

IV. Ausschluss der Hinzuziehung eines sachverständigen Drittens? ... 304

F. Zusammenfassung Teil 4 ... 304

5. Teil: Das Informationsrecht der Personengesellschafter de lege ferenda 306

A. Einführung 306
B. Reformbedarf 306
I. Ältere Diskussion über den Reformbedarf 306
II. Der 71. Deutschen Juristentag 2016 308
1. Referat zum Reformbedarf 309
2. Teilnehmerdiskussion 309
a. Zurückhaltender Standpunkt 309
b. Befürwortende Meinungsgruppe 310
III. Weitere Reformvorschläge aus neuerer Zeit 311
IV. Zwischenergebnis 312
C. Der sog. „Mauracher-Entwurf“ 315
I. Einführung 315
II. Ausgangspunkt 317
III. Zum Informationsrecht nach § 717 BGB-E 318
1. Vorgeschlagene Neuregelung im Wortlaut 318
2. Überblick 318
3. Das individuelle Informationsrecht nach § 717 Abs. 1 BGB-E 319
a. Zu § 717 Abs. 1 Satz 1 BGB-E 319
b. Zu § 717 Abs. 1 Satz 2 BGB-E 319
aa. Entwicklung des „Auskunftsrechts“ 320
bb. Unvollständige Kommentierung 323
cc. Kritische Würdigung 324
c. Fehlen eines geschriebenen Verweigerungsgrundes 326
d. Zu § 717 Abs. 1 Satz 3 BGB-E 327
aa. Geltende Rechtslage 327
bb. Vorgeschlagene Neuregelung 330
cc. Kritische Würdigung 331
e. Zwischenergebnis 333
4. Das „kollektive Informationsrecht“ nach § 717 Abs. 2 BGB-E 333
a. Verpflichteter und Berechtigter 334
b. Inhalt der drei Informationspflichten 334
aa. Benachrichtigungspflicht 334
bb. Auskunftspflicht 335
cc. Rechenschaftspflicht 336
c. Durchsetzung des „kollektiven Informationsrechts“ 336
d. Durchsetzung im Wege der actio pro socio? 337
e. Abdingbarkeit 338
f. Formulierungsvorschlag 339
IV. Zum Informationsrecht des Kommanditisten nach § 166 HGB-E 339
1. Vorgeschlagene Änderung im Wortlaut 339
2. Zur Entwurfsbegründung 340
3. Ausgangspunkt: Bedürfnis für § 166 HGB-E? 340

4. Die Neuregelung im Detail ... 343
a. Zu § 166 Abs. 1 Satz 1 HGB-E ... 343
b. Kritische Würdigung ... 344
c. Zu § 166 Abs. 1 Satz 2 HGB-E ... 346
aa. Problemstellung ... 346
bb. Außerordentliches ./. Allgemeines Informationsrecht ... 346
cc. Folgerung ... 348
dd. Zwischenergebnis ... 349
ee. Kritische Würdigung ... 349
d. Zu § 166 Abs. 2 HGB-E ... 352
e. Kritische Würdigung ... 353
V. Zusammenfassung ... 354
D. Der Referenten- und Regierungsentwurf zum MoPeG ... 356
I. Vorgeschlagene Neuregelung im Wortlaut ... 357
II. § 717 BGB-RefE ... 357
1. Das individuelle Informationsrecht nach § 717 Abs. 1 BGB-RefE ... 357
2. Das „kollektive Informationsrecht“ nach § 717 Abs. 2 BGB-RefE ... 358
III. Das Informationsrecht des Kommanditisten aus § 166 HGB-RefE ... 359
1. Vorgeschlagene Änderung im Wortlaut ... 360
2. Zu § 166 Abs. 1 HGB-RefE ... 360
3. Zu § 166 Abs. 2 HGB-RefE ... 361
IV. Prozessuale Durchsetzung – Angleichung an § 132 AktG und § 51b GmbHG ... 362
V. Sonderproblem: Wer ist künftig statthafter Beklagter? ... 365
1. Position von Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums ... 366
2. Kritische Würdigung ... 366
E. Zusammenfassung Teil 5 ... 368

Literaturverzeichnis ... 370

Einleitung

A. Einführung

Der Abbau von Informationsasymmetrien durch die Weitergabe von Informationen ist ein zentrales Thema des Gesellschaftsrechts.[1] Denn wer nicht wenigstens informiert wird, ist nicht ernsthaft beteiligt.[2] Nach mehr als 120 Jahren beabsichtigt der Gesetzgeber im Jahr 2021 bis zum Ablauf der 19. Legislaturperiode die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts sowie die Anpassung geltender Vorschriften an ein modernes Wirtschaftsleben und die praktischen Bedürfnisse von Gesellschaften und Gesellschaftern.[3] Die Änderungen sollen nach Art. 135 MoPeG-E zum 01.01.2023 in Kraft treten.[4] Die umfangreiche Reform erfasst speziell die Regelungen zum individuellen Informationsrecht in den § 716 BGB sowie in den §§ 118, 166, 233 HGB, die alle auf die „informationsfeindliche Epoche"[5] des 19. Jahrhunderts zurückgehen. In den vergangenen zwölf Dekaden, besonders aber nach Einfügung des § 51a GmbHG im Jahr 1980, haben Rechtsprechung und Schrifttum in der Folgezeit jene Bestimmungen in BGB und HGB fortentwickelt, während der Gesetzestext weitgehend unverändert geblieben ist und die heutige Rechtserkenntnis nicht mehr angemessen widerspiegelt.

Dabei ist sämtlichen Regelungen in jeder Gesellschaftsform gemeinsam, dass sie darauf abzielen, Informationsasymmetrien zu beseitigen, die typischerweise durch Arbeitsteilung im Verhältnis der geschäftsführenden zu den nichtgeschäftsführenden Personengesellschaftern entstehen.[6] Um den Informationsvorsprung der geschäftsführenden Gesellschafter bzw. das Informationsdefizit der nichtgeschäftsführenden Gesellschafter über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu beseitigen und eine gleichmäßige Informationsverteilung im Gesellschafterkreis, insbesondere der Minderheit und des einzelnen Gesellschafters, zu gewährleisten, lassen sich heute zwei Informationssäulen unterscheiden.[7] Auf der einen Seite bestehen die sog. „kollektiven Informationspflichten", die namentlich eine unaufgeforderte Pflicht zur Informationserteilung und damit einen Push-Mechanismus kennzeichnet. Doch stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, wer eigentlich Träger der Informationspflicht bzw. Träger des korrespondierenden Informationsrechts ist: Jeder geschäftsführende Gesellschafter persönlich oder das Geschäftsführungsorgan bzw. die rechtsfähige Personengesellschaft oder die Gesellschaftergesamtheit als Willensbildungsorgan? Demgegenüber steht auf der anderen Seite das individuelle mitgliedschaftliche Informationsrecht eines jeden Gesellschafters. Es kennzeichnet, dass der Berechtigte selbst darüber zu entscheiden hat, ob er eine Informationserteilung und damit eine Beseitigung der Informationsasymmetrie verlangt (Pull-Mechanismus).

---

[1] *Koch* ZGR 2020, 183, 184.
[2] *Wiedemann* GesR II, S. 256.
[3] RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 1 f.
[4] RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 97.
[5] Deutlich *Wiedemann*, FS Meincke, 2015, S. 423, 433.
[6] *Koch* ZGR 2020, 183, 187.
[7] *Casper*, Informationsrechte, S. 547 f.; *Fleischer/Heinrich* DB 2020, 827 ff.; *Koch* ZGR 2020, 183, 185 ff.; *Schäfers*, S. 43 ff.; *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 15; *Wiedemann* GesR II, S. 256.

B. Zielsetzung und Themenbegrenzung

Das geschriebene Gesetz enthält zwar mit Ausnahme des Vereinsrechts Regelungen zum individuellen Informationsrecht des Gesellschafters. Allerdings entspringen die Normen unterschiedlichen zeitlichen Epochen. Es verwundert daher nicht, dass die Informationsordnung bei rechtsformübergreifender Betrachtung undurchsichtig und unstimmig wirkt. Offene Widersprüche treten gerade zwischen der neueren Vorschrift des § 51a GmbHG und den älteren Vorschriften der § 716 BGB und §§ 118, 166 HGB hervor, weil letztere unverändert auf dem Stand des ausgehenden 19. Jahrhunderts verharren. Anlässlich der bevorstehenden Modernisierung des Personengesellschaftsrechts wird der zentrale Schwerpunkt dieser Untersuchung auf das Informationsrecht des Kommanditisten gelegt. Denn zum einen ist in Bezug auf jenes Recht die bisherige Diskussion über eine Erweiterung des individuellen Informationsrechts des Kommanditisten besonders umfangreich. Das betrifft die dogmatischen Grundlagen des individuellen Informationsrechts, dessen Inhalt und Umfang sowie nicht zuletzt die Abdingbarkeit durch den Gesellschaftsvertrag. Zum anderen sind der Wertungswiderspruch und die Unzulänglichkeit des geschriebenen Rechts zwischen § 51a GmbHG und § 166 HGB besonders gravierend. Da rechtstatsächlich die GmbH und die KG einschließlich der Sonderkonstellation einer GmbH & Co. KG sehr häufig vorkommen,[8] ist es hier von besonderer Bedeutung, dass das geschriebene Gesetz die Bedürfnisse des modernen Wirtschaftslebens angemessen widerspiegelt. Um den heutigen Rechtsstand aufzuzeigen, ist deshalb auch auf die Erkenntnisse zum Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters aus § 51a GmbHG zurückzugreifen, der bis dato die jüngste Regelung darstellt und dem gerade in rechtsdogmatischer Hinsicht rechtsformübergreifende Grundlagen entnommen werden können.

Die vorliegende Untersuchung arbeitet die dogmatischen Grundlagen der beiden Informationssäulen heraus. Anders als bislang wird das sog. „kollektive Informationsrecht" nicht zu einem bloßen Abgrenzungsbegriff herabgesetzt,[9] sondern einer eingehenden Analyse unterzogen. Es wird herausgestellt, dass beide Informationssäulen zwar voneinander getrennt zu betrachten sind, aber durch das Informationsbedürfnis des Gesellschafters miteinander verbunden sind. Daneben hat die Arbeit zum Ziel, unter Darlegung des heutigen vielschichtigen Meinungsstandes aufzuzeigen, dass § 166 HGB nach Maßgabe des Informationsbedürfnisses einer verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsfortbildung bedarf und Rechtserkenntnis und Rechtsfortbildung dem Gesetzeswortlaut und der historischen Gesetzessystematik längst enteilt sind. Das betrifft sowohl den Inhalt und Umfang des Informationsrechts als auch eine mögliche Abdingbarkeit. Dazu werden zahlreiche neuere Entscheidungen herangezogen und einer kritischen Würdigung unterzogen.[10] Dem Kommanditisten steht – wie dem GmbH-Gesellschafter in § 51a GmbHG und dem Gesellschafter einer GbR und OHG auch – ein prinzipiell unbeschränktes, einheitliches und obendrein zwingendes Informationsrecht zu. Zum Einstieg löst sich die Untersuchung zunächst bewusst vom geschriebenen § 166 HGB und tritt einer „kommentarartigen" Abhand-

---

[8] Eingehend *Kornblum* GmbHR 2020, 677, 678; speziell die GmbH & Co. KG ist gerade für Familienunternehmen „die" beliebteste Rechtsform, *Binz/Sorg* GmbHR 2011, 281 ff.; Münch. Hdb. GesR Bd. 7/*Holler* § 75 Rn. 15.

[9] S. stellvertretend *Wohlleben*, S. 2 f.

[10] BGH NZG 2018, 736; BGH NZG 2016, 1102; OLG Celle GmbHR 2017, 979; OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 3523; OLG Jena BeckRS 2016, 16922; OLG Jena BeckRS 2013, 199609; KG NZG 2018, 1267; OLG München NZG 2018, 942; OLG München ZIP 2017, 1112.

lung[11] entgegen. Stattdessen werden in der Praxis relevante Fragestellungen aufgegriffen und einer kritischen Analyse unterzogen, beispielsweise ob das Informationsrecht des Kommanditisten auch Vorgänge der gewöhnlichen Geschäftsführung erfasst, was die herrschende Meinung ablehnt.[12]

Dabei hat die Arbeit nicht zum Ziel, ein völlig neues Konzept betreffend den Abbau von Informationsasymmetrien aufzuzeigen, sondern an vorhandene Ansätze und Überlegungen anzuknüpfen und diese weiterzuentwickeln. Das gilt besonders für die von *Karsten Schmidt* entwickelte „Lehre vom einheitlichen, ungeteilten Informationsrecht"[13] und „Lehre vom Informationsbedürfnis".[14] Im Verlauf dieser Arbeit wird das „Informationsbedürfnis" als unbestimmter Rechtsbegriff konkretisiert sowie zum maßgeblichen Kriterium und Wegweiser der Rechtsfortbildung herausgebildet und schlussendlich auf § 166 Abs. 1 HGB angewendet.

Nachdem der gegenwärtige Rechtsstand herausgearbeitet ist, kann vor diesem Hintergrund zuletzt die Frage aufgeworfen werden, ob es dem im April 2020 veröffentlichten sog. „Mauracher-Entwurf" sowie dem darauf aufbauenden und im Frühjahr 2021 vorgelegten Gesetzentwurf der Bundes-regierung gelingt, das individuelle Informationsrecht des Kommanditisten angemessen zu normieren. Oder bleibt die vorgeschlagene Neuregelung hinter der gegenwärtigen Rechtserkenntnis und Rechtsfortbildung zurück und verkürzt möglicherweise sogar den Rechtsstand gegenüber dem bisherigen kodifizierten Recht?

C. Gang der Darstellung

In ihrem ersten Teil wird das sog. „kollektive Informationsrecht" erörtert. Dazu wird zunächst die aus dem Recht der Körperschaften bekannte „Lehre vom Organrecht" aufgegriffen und auf rechtsfähige Personengesellschaften übertragen. Auf dieser Grundlage wird sodann dargelegt, dass in den rechtsfähigen Personengesellschaften Träger der Informationspflicht das Geschäftsführungsorgan und Trägerin des korrespondierenden Informationsrechts nicht die rechtsfähige Personengesellschaft, sondern vielmehr die Gesellschaftergesamtheit als Willensbildungsorgan ist. Denn Organe sind im Innenverhältnis sowohl organrechtsfähig als auch organparteifähig und können Träger von eigenen Rechten und Pflichten sein. In diesem Zusammenhang wird weiter aufgezeigt, dass der Schwerpunkt des „kollektiven Informationsrechts" in der Pflicht besteht, den Gesellschaftern unaufgefordert die „erforderlichen Nachrichten zu geben" (§§ 713, 666 Fall 1 BGB). Damit zusammenhängend werden die Funktion, die dem individuellen Informationsrecht jedes einzelnen Kommanditisten in der Abgrenzung zum sog. „kollektiven Informationsrecht" gerade zukommen soll und die Tatsache, dass diese beiden Informationssäulen über das Informationsbedürfnis miteinander verbunden sind, geklärt. Außerdem wird dargelegt, dass das „kollektiven Auskunftsrechts" aus §§ 713, 666 Fall 2 BGB iVm § 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB nach Maßgabe des Informationsbedürfnisses zu einem umfassenden Informations- und Überwachungsrecht fortzubilden ist und insbesondere auch zur Durchführung einer Sonderprüfung berechtigt.

---

[11] S. stellvertretend *Gänzle*, S. 6 ff.; *Schlitt*, S. 85 ff.
[12] BGH NZG 2016, 1102 Rn. 23; BGH NJW 1992, 1890, 1891; OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 3523; Staub/*Casper* § 166 Rn. 26; a.A. Scholz/*K. Schmidt* § 51a Rn. 56.
[13] Grundlegend *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 38 f.
[14] Grundlegend *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 35 ff.

Sodann befassen sich die Teile zwei bis vier mit dem individuellen Informationsrecht. Einleitend werden die rechtsdogmatischen Grundlagen des Stammrechts auf Information herausgearbeitet, insbesondere dass das Informationsrecht ein einheitliches Recht ist, das nicht in ein Auskunfts- und ein Einsichtsrecht aufgespalten ist. In diesem Zusammenhang wird weiter ein Schwerpunkt auf die „Lehre vom Informationsbedürfnis" gelegt. Das Informationsbedürfnis entscheidet darüber, ob im Einzelfall aus dem Stammrecht auf Information Informationsansprüche erwachsen können und auf welche Angelegenheiten der Gesellschaft sie sich erstrecken. Aufbauend auf dieses rechtsdogmatische Fundament thematisiert der zentrale dritte Teil unter Darlegung des heutigen Meinungsstandes kritisch die verschieden rechtsmethodischen Ansätze zur Erweiterung des § 166 HGB. Im Mittelpunkt steht die Rechtsfortbildung des § 166 Abs. 1 HGB zu einem einheitlichen und prinzipiell unbeschränkten Stammrecht auf Information, dem je nach Informationsbedürfnis ein Mitteilungsanspruch sowie ein Einsichts- und ein Auskunftsanspruch entspringen können. Im vierten Teil wird schließlich herausgestellt, dass das Informationsrecht als „mitgliedschaftliches Grundrecht"[15] ein schlechthin unverzichtbares Recht ist, das weder einschränkenden noch ausschließenden gesellschaftsvertraglichen Abänderungen zugänglich ist. Es wird sich in diesen Teilen zeigen, dass Rechtserkenntnis und Rechtsfortbildung dem Gesetzwortlaut des § 166 HGB längst enteilt sind und dieser dringend der Reform bedarf.

Im fünften und letzten Teil wird aufbauend auf die gewonnenen Erkenntnisse der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) einschließlich des sog. „Mauracher-Entwurfs" im Hinblick auf die vorgeschlagenen Regelungen in § 717 BGB-E und § 166 HGB-E näher erläutert und rechtspolitisch gewürdigt. Vor dem Hintergrund der Reform des Personengesellschaftsrechts wird zunächst der im Schrifttum bisher thematisierte Reformbedarf und speziell die Diskussion über eine Neufassung des individuellen Informationsrechts des Kommanditisten auf dem 71. Deutschen Juristentag 2016 aufgegriffen. Insgesamt wird sich zeigen, dass die geplanten Änderungen im MoPeG noch deutliches Optimierungspotential enthalten und bisherige Stellungnahmen aus dem Schrifttum zu positiv ausfallen. Denn speziell das Informationsrecht des Kommanditisten bleibt in der Neureglung nicht nur hinter seinem ungeschriebenen Rechtsstand, im Gegenteil sogar hinter den in § 166 HGB genannten Informationsmöglichkeiten zurück und wird damit nicht wie beabsichtigt erweitert, sondern verkürzt.

Am Ende der jeweiligen fünf Teile werden die zentralen Ergebnisse der Untersuchung thesenförmig festgehalten.

[15] *Wiedemann* GesR II, S. 259.

1. Teil: Kollektive Informationspflichten

A. Grundlagen der Organschaft

I. Einführung

Personenverbände als gegenüber ihren Mitgliedern verselbstständigte Organisationen bilden und verwirklichen ihren Willen durch ihre Organe.[16] Während bei Körperschaften schon von Gesetzes wegen vom Vorhandensein von Organen ausgegangen wird,[17] wobei freilich bei der Begriffsbestimmung erhebliche Differenzen bestehen (dazu sogleich), ist das Rechtsinstitut der Organschaft im Bereich der Personengesellschaften bislang nur wenig untersucht worden. Das hängt damit zusammen, dass erst in jüngerer Zeit die Rechtsfähigkeit der (Außen-) GbR durch den II. Zivilsenat des BGH[18] anerkannt wurde. Das hier interessierende Binnenrecht der rechtsfähigen Personengesellschaften ist noch immer von der traditionellen „Gesamthandslehre" geprägt, der zufolge nicht die rechtsfähige Personengesellschaft, sondern die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Träger der Rechte und Pflichten seien.[19] Es ist deshalb in einem ersten Abschnitt zu betrachten, welche Auswirkungen die Rechtsfähigkeit der Personengesellschaft auf ihr Binnenrecht hat.[20] Konkret ist zu erörtern, ob der institutionell-funktionale Organbegriff einschließlich der zweigliedrigen Unterscheidung zwischen Organen und Organwaltern auch auf die rechtsfähigen Personengesellschaften zu übertragen ist. Zudem ist zu untersuchen, über welche notwendigen Organe die rechtsfähige Personengesellschaft verfügt und wie diese ipso iure durch ihre (geborenen) Organwalter besetzt sind. Daran anknüpfend ist in einem zweiten Abschnitt zu fragen, ob Organe auch „organrechtsfähig" und als prozessrechtliche Konsequenz „organparteifähig" sein können. Diese notwendigen Grundlagen und Erkenntnisse können sodann im zweiten Teil zur Beantwortung der Frage, wer Träger des sog. „kollektiven Informationsrechts" bzw. der „kollektiven Informationspflicht" aus §§ 713, 666 BGB (ggf. iVm §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB) ist, herangezogen werden. Es wird sich zeigen, dass jenes Verständnis einer grundlegenden gedanklichen Neuerfassung bedarf, zu der diese Arbeit beitragen will.

II. Das gewandelte Verständnis der Rechtsnatur von Personengesellschaften

Das Verständnis von der Rechtsnatur der Personengesellschaften, namentlich der (Außen-) GbR, hat einen grundlegenden Wandel vollzogen.[21] Heute ist die frühere „Gesamthandslehre", welche die GbR, auch soweit sie über Gesamthandsvermögen verfügte, als Schuldverhältnis der Gesellschafter mit einem ihnen gemeinsam zugeordneten Sondervermögen ansah, überholt. Als Zuordnungssubjekt und Inhaber der zum Sondervermögen gehörenden Gegenstände galten danach die Gesellschafter „in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit". Sie und nicht etwa die rechtsfähige (Außen-) GbR als solche

---

[16] *K. Schmidt* GesR, S. 408.

[17] Vgl. etwa §§ 32 Abs. 1 Satz 1 und § 45 Abs. 2 Satz 1 BGB; § 37 Abs. 2 GmbHG und § 27 Abs. 2 Satz 2 GenG.

[18] BGH NZG 2001, 311.

[19] Zur traditionellen Gesamthandslehre MüKoBGB/*C. Schäfer* § 705 Rn. 304 f. mwN.

[20] Vgl. hierzu auch *K. Schmidt* NJW 2001, 993, 998.

[21] Eingehend etwa BeckOGK BGB/*Geibel* (Stand: 01.01.2019) § 705 Rn. 184 ff.; MüKoBGB/*C. Schäfer* § 705 Rn. 9 ff.

seien die Berechtigten und Verpflichteten aus den namens der GbR geschlossenen Rechtsgeschäften.[22]

Im Anschluss an die Betrachtungen *Werner Flumes*[23] wird spätestens seit der Grundsatzentscheidung des II. Zivilsenates des BGH vom 29.01.2001[24] die Personengesellschaft, speziell die (Außen-) GbR als „Grundform aller rechtsfähigen Personengesellschaften",[25] als eigenständiges, von den Gesellschaftern zu unterscheidendes Zuordnungssubjekt von Rechten und Verbindlichkeiten anerkannt. Nach heutigem Verständnis hat deshalb auch § 124 HGB nur noch eine klarstellende Funktion.[26] Träger des Gesellschaftsvermögens sowie der Rechte und Pflichten ist die rechtsfähige Personengesellschaft als solche, unabhängig von der jeweiligen Zusammensetzung des Gesellschafterkreises.[27] Somit ist heute zwischen der rechtsfähigen Personengesellschaft als eigenständigem Zuordnungssubjekt auf der einen und ihren einzelnen Gesellschaftern auf der anderen Seite zu trennen (sog. Trennungsprinzip).[28]

Hervorzuheben ist, dass die rechtsfähige Personengesellschaft „als solche" aber ebenso wenig willens- und handlungsfähig ist wie die juristische Person.[29] Um ihre Handlungsfähigkeit herzustellen und am Rechtsverkehr teilzunehmen bedarf die rechtsfähige Personengesellschaft zwingend der für sie handelnden Organe.[30] Oder anders gewendet: Ohne Organe wäre die rechtsfähige Personengesellschaft wie die juristische Person zur Wahrnehmung ihrer Berechtigungen und Verpflichtungen nicht fähig. Deshalb ist die Existenz ihrer Organe Bedingung ihrer Rechtssubjektivität.[31]

III. Zum Vorhandensein von Organen in Personengesellschaften

1. Historischer Standpunkt: Organschaft nur bei juristischen Personen

Unter Zugrundelegung des Gegensatzes zwischen der juristischen Person einerseits und der Gesamthand andererseits[32] wird die Existenz von Organen in den rechtsfähigen Personengesellschaften abgelehnt. Organe und Organhandeln seien vielmehr nur ein „Grundproblem"[33] der juristischen Personen, da ihnen die natürliche Handlungsfähigkeit fehle.

---

[22] Zur traditionellen Gesamthandslehre und Fortentwicklung MüKoBGB/*C. Schäfer* § 705 Rn. 304 f.
[23] Grundlegend *Flume* ZHR 136 (1972) 177 ff.; sodann *Flume*, Personengesellschaft, S. 54 ff.; resümierend BGH NZG 2001, 311, 312.
[24] BGH NZG 2001, 311.
[25] So Begr. RegE, MoPeG, S. 2 u. 118; dazu zuletzt *Fleischer* DStR 2021, 430, 433; *K. Schmidt* ZHR 185 (2021) 16, 20.
[26] BGH NZG 2008, 420 Rn. 15; *Flume*, Personengesellschaft, S. 69; Staub/*Habersack* § 124 Rn. 3 f.; Baumbach/Hopt/*Roth* § 124 Rn. 1; MüKoHGB/*K. Schmidt* § 124 Rn. 1 f.; *Schürnbrand*, S. 13.; E/B/J/S/*Wertenbruch* § 105 Rn. 12.
[27] BGH NZG 2014, 385 Rn. 24; BGH NZG 2008, 420 Rn. 15. Staub/*Habersack* § 124 Rn. 3; K/K/R/D/*Kindler* § 124 Rn. 1.
[28] BGH NZG 2014, 385 Rn. 25; BGH NZG 2008, 420 Rn. 15.
[29] Treffend bereits *Kleindiek*, Deliktshaftung, S. 249.
[30] MüKoBGB/*C. Schäfer* § 705 Rn. 255; BeckOK BGB/*Schöne* (Stand: 01.11.2020) § 705 Rn. 145; *Schürnbrand*, S. 13 f.*; Wertenbruch* NZG 2005, 462.
[31] So schon überzeugend *Kleindiek*, Deliktshaftung, S. 179.
[32] Deutlich *Flume*, Personengesellschaft, S. 89; zu den verbleibenden Unterschieden der rechtsfähigen Personengesellschaften zur juristischen Person nach dem MoPeG *Fleischer* DStR 2021, 430, 433
[33] *Flume*, Juristische Person, S. 14.

Auch *von Gierke* beschränkte den Organbegriff auf Funktionselemente der juristischen Person und widersprach der Begriffsverwendung, um Funktionselemente etwa von Gesamthandsgemeinschaften zu bezeichnen.[34] Allein die juristische Person würde über Organe verfügen.[35] *Harm Peter Westermann* vertritt den Standpunkt, der Organbegriff sei untrennbar mit der juristischen Person verbunden. Die Verwendung im Zusammenhang der Personen-gesellschaften sei hingegen irreführend und passe nicht zusammen.[36] Denn die Gesamtheit der Gesellschafter als Zurechnungssubjekt von Rechten und Pflichten sei als solche gerade nicht handlungsunfähig.[37] Nach *Nitschke* mache es keinen Sinn von den Organen eines Verbandes zu sprechen, solange der gemeinschaftliche Wille von der Gesamtheit aller Mitglieder gebildet und ausgeführt werden müsse, wie es dem gesetzlichen Statut der §§ 709 Abs. 1 und 714 BGB entspreche. Hingegen könne man bei einer OHG, die nach der gesetzlichen Regelung „organisiert" sei, von Organen sprechen, da das Gesetz Einzelpersonen Befugnisse zuerkannt habe.[38] Noch bis in die heutige Zeit führt etwa *Beuthien* aus, dass Personengesellschaften im Gegensatz zu den Körperschaften keine Organe besitzen würden.[39]

2. Organschaft auch in rechtsfähigen Personengesellschaften

Hingegen finden sich bisweilen auch Stimmen, nach denen etwa Organe der KG die Geschäftsführer und regelmäßig, aber nicht zwingend, eine Gesellschafterversammlung, in der die Gesellschafter ihre Beschlüsse fassen, seien.[40] Außerdem könnte auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage ein Beirat als „Gesellschaftsorgan" der KG geschaffen werden.[41] Eine andere Stimme erkennt im Kontext der GbR die Gesamtheit der Gesellschafter als gesetzliches „Geschäftsführungsorgan" und als „Vertretungsorgan" an.[42] Der II. Zivilsenat des BGH spricht in der Otto-Entscheidung beiläufig von der Zuständigkeit des „Geschäftsführungsorganes".[43]

In der jüngeren Zeit haben speziell *Semrau* und *Schürnbrand* die Existenz von Organen in Personengesellschaften untersucht und herausgestellt:

Semrau[44] stellt vier Merkmale des Organbegriffs auf. Erstens bedürfe es einer gesetzlichen oder statutarischen Aufgabenzuweisung an eine Einrichtung, welche in der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis erblickt wird. Zweitens müsse die Funktion der Einrichtung der Ausgestaltung und Verwirklichung des Verbandszwecks dienen. Nach dem dritten Merkmal müsse die Einrichtung allein durch die Aufgabenzuweisung und personenunabhängig existieren. Schließlich bedürfe es viertens der Zurechnung des Organverhaltens an die Personengesellschaft. Nicht die Gesellschafter persönlich seien die

[34] *v. Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 614 ff.
[35] *v. Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 615.
[36] *Westermann*, S. 150.
[37] *Westermann*, S. 151.
[38] *Nitschke*, S. 95.
[39] *Beuthien* JZ 2011, 124, 126; *Beuthien* NJW 2005, 855, 857; *Beuthien* NJW 1999, 1142; *Beuthien*, FS Zöllner, Bd. 1, 1998, S. 87, 91; *Huber*, FS Lutter, 2000, S. 107, 114; *Schöpflin*, S. 16.
[40] So Oetker/*Oetker* § 161 Rn. 45.
[41] Oetker/*Oetker* § 161 Rn. 47.
[42] Münch. Hdb. GesR Bd. 1/*Schücking* § 3 Rn. 16 f.
[43] BGH NZG 2007, 259 Rn. 13.
[44] *Semrau*, S. 93 ff.

Zuordnungssubjekte der Aufgabenzuweisungen, sondern Einrichtungen, denen die Gesellschafter als geborene Organwalter angehörten.[45] *Semrau* kommt zu dem Ergebnis, dass in der OHG und KG sowie in der (Außen-) GbR eine geschäftsführungs- und vertretungsberechtigte Einrichtung vorhanden sei bzw. durch Gesellschaftsvertrag eingeführt werden könnte, die sämtliche Merkmale des Organbegriffs erfüllten.[46] Demgemäß definiert sie ein Organ einer juristischen Person wie einer Personengesellschaft einheitlich als eine Einrichtung, „der durch Gesetz oder im Rahmen des gesetzlichen Zulässigen durch das Statut Aufgaben zugewiesen werden, die der Ausgestaltung und Verwirklichung des Gesellschaftszwecks dient, deren Existenz personenunabhängig ist und die ihre Aufgaben mittels geborener oder gekorener Organmitglieder erfüllt und deren Verhalten der Gesellschaft zugerechnet wird.“[47]

Daran anknüpfend hat *Schürnbrand* überzeugend herausgearbeitet, dass das Institut der Organschaft allen verselbstständigten Organisationen immanent sei, demnach kein Spezifikum der juristischen Person (mehr) darstelle, sondern auch im Personengesellschaftsrecht anerkannt werden müsse.[48] Denn mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Personengesellschaften seien diese wie juristische Personen willens- und handlungsunfähig. Um tätig zu werden und ihren Zweck verfolgen zu können, müsse sie sich daher notwendigerweise natürlicher Personen bedienen, deren Wollen und Handeln der Personengesellschaft als eigenes zugerechnet werde.[49] Zu Recht bezeichnet *Schürnbrand* daher die Beschränkung des Rechtsinstituts der Organschaft auf juristische Person als Anachronismus.[50] Damit einem Verband durch die Zurechnung menschlichen Verhaltens eine eigenständige Willensbildung ermöglicht wird, ist mit der heute herrschenden Lehre[51] das Rechtsinstitut der Organschaft überall dort anzuerkennen, wo eine gegenüber den sie tragenden Mitgliedern verselbstständige Organisation besteht. Das gilt für alle „Gebilde“, die rechtsfähig oder zumindest teilrechtsfähig sind.[52] Dem historischen, maßgeblich durch die frühere „Gesamthandslehre“, geprägten Standpunkt, nach dem die Organschaft nur bei juristischen Personen anzuerkennen sei, ist damit der Boden entzogen.[53] Die rechtsfähigen Personengesellschaften, also die (Außen-) GbR, die OHG und die KG, sind ebenso wie die juristischen Personen „als solche“ nicht handlungsfähig und bedürfen deshalb der Organe, die für sie handeln.[54]

Daraus folgt, dass durch das Rechtsinstitut der Organschaft sowohl Körperschaften als auch rechtsfähige Personengesellschaften als an sich handlungsunfähige Gebilde in zurechenbarer Weise am Rechtsverkehr teilnehmen können. Die Geschicke des gegenüber

---

[45] *Semrau*, S. 95 f. u. 101.
[46] *Semrau*, S. 99 u. 113.
[47] *Semrau*, S. 114 f.
[48] *Schürnbrand*, S. 11 ff.
[49] *Schürnbrand*, S. 12 f.
[50] *Schürnbrand*, S. 11.
[51] *Jacoby*, S. 197; MüKoBGB/*C. Schäfer* § 705 Rn. 256; Staub/*C. Schäfer* § 109 Rn. 42; *Schürnbrand*, S. 11; *Semrau*, S. 88 ff., 99 ff. u. 113; *Ulmer*, FS Fischer, 1979, S. 785, 790.
[52] *Jacoby*, S. 197; *Schürnbrand*, S. 11.
[53] Treffend *Schürnbrand*, S. 13.
[54] So schon *Flume*, Personengesellschaft, S. 131; gleichsinnig *Kleindiek*, Deliktshaftung, S. 249; *W. Roth*, S. 22 mit Fn. 47.

seinen Mitgliedern verselbstständigen Verbandes werden durch Organe geleitet. Anders gewendet, das Handeln der Organe ist das Handeln der Gesellschaft.[55]

3. Bestätigung durch analoge Anwendung des § 31 BGB

Schließlich ist die analoge Anwendung des § 31 BGB sowohl auf Personenhandelsgesellschaften als auch nunmehr auf die (Außen-) GbR ein Beleg dafür, dass die rechtsfähige Personengesellschaft verselbstständigt ist und ihr das Handeln ihrer Organe nicht nur zugerechnet wird, sondern sie selbst durch ihre Organe handelt.[56]

Das gilt zunächst für die OHG und KG als eigenständige Rechtsträger, die erst durch ihre jeweiligen Organe handlungsfähig werden.[57] Überholt ist daneben der Standpunkt des VII. Zivilsenat des BGH, der in einer Entscheidung aus dem Jahr 1966 noch die analoge Anwendung des § 31 BGB mit der Begründung abgelehnt hat, dass die GbR, anders als die OHG und die KG, zu wenig körperschaftlich organisiert sei, als dass man die für sie handelnden Gesellschafter als ihre „Organe" bezeichnen könnte,.[58] Vielmehr geht man inzwischen zutreffend davon aus, dass wegen ihrer Verselbstständigung § 31 BGB auch auf die (Außen-) GbR konsequenterweise analoge Anwendung findet.[59] Die analoge Anwendung des § 31 BGB bestätigt damit das heutige Verständnis, dass Organschaft ein Phänomen des Verbandsrechts schlechthin ist und sich auf alle privatrechtlichen Verbände erstreckt.[60]

IV. Der institutionell-funktionale, zweigliedrige Organbegriff

1. Einführung und Fragestellung

Mit der heute herrschenden, von *Otto von Gierke* begründeten Organtheorie, handelt die Körperschaft durch ihre Organe, ist also selbst nicht willens- und handlungsfähig.[61] Demnach handeln die Organe für den Verband und nehmen dessen Funktionen wahr.[62] Oder anders ausgedrückt: Personenverbände bilden und verwirklichen ihren Willen durch ihre Organe.[63] Gleiches muss nach heutigem Verständnis für alle rechtsfähigen Verbände und damit auch für die rechtsfähigen Personengesellschaften gelten.

Gleichwohl wurde dem Organbegriff lange Zeit im zivilrechtlichen Schrifttum eine Unschärfe nachgesagt[64] und eine umfassende Klärung vermisst.[65] Bei Lichte besehen liegt

---

[55] JurisPK-BGB/*Bergmann* § 709 Rn. 1.
[56] Eingehend zu § 31 BGB *Kleindiek*, Deliktshaftung, S. 238 ff.
[57] BGH NJW 1973, 456, 457; BGH NJW 1952, 537, 538 aus der Literatur statt Vieler MüKoBGB/*Leuschner* § 31 Rn. 4; BeckOGK BGB/*Offenloch* (Stand: 15.02.2021) § 31 Rn. 19; BeckOK BGB/*Schöpflin* (Stand: 01.02.2021) § 31 Rn. 3.
[58] BGH NJW 1966, 1807, 1808; bestätigt von BGH NJW 1975, 533, 534.
[59] BGH NJW 2007, 2490 Rn. 9 ff.; BGH NJW 2003, 2984, 2985; BGH NZG 2003, 428, 429; aus dem Schrifttum nur MüKoBGB/Leuschner § 31 Rn. 5 mwN.
[60] Grundlegend *Schürnbrand*, S. 10 ff.; s. auch *K. Schmidt* GesR, S. 254.
[61] Grundlegend *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht, S. 518 ff.; *v. Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 603 ff.
[62] *Beuthien/Gätsch* ZHR 156 (1992) 459, 467.
[63] *K. Schmidt* GesR, S. 408.
[64] *Ulmer*, FS R. Fischer, 1979, S. 785, 790.
[65] *Beuthien/Gätsch* ZHR 156 (1992) 459, 467; MüKoBGB/*C. Schäfer* § 705 Rn. 263.

die Problematik darin, dass der Organbegriff in einem doppelten Sinne gebraucht wird:[66] Es geht um die Frage, ob auch eine natürliche Person als Organ bezeichnet werden kann (eingliedriger Organbegriff) oder ob ein Organ nur ein abstrakter „Zuständigkeitskomplex" ist, von dem wiederum dessen konkrete Organwalter als natürliche Personen zu unterscheiden sind (zweigliedriger Organbegriff).

2. Auch natürliche Personen sind „Organe"

Einige ältere Stimmen im Schrifttum qualifizieren auch natürliche Personen als Organe. So versteht *Wiedemann* unter einem Organ eine Person oder Personengruppe, deren Willensentscheidung, Verhalten, Kenntnis und Eigenschaften der Gesellschaft als Ganzes zugerechnet werden.[67] *Flume* definiert ein Organ als (natürliche) Person oder Mehrzahl von (natürlichen) Personen, die nach der Verfassung der juristischen Person deren Handlungsfähigkeit begründen. Dementsprechend könnten auch natürliche Personen, namentlich ein einzelnes Vorstandsmitglied, Organ sein.[68] Nach diesem Verständnis werden Kenntnisse und Handlungen, die in der natürlichen Person vorliegen, unmittelbar dem Verband zugerechnet. Ganz in diesem Sinne versteht *Hadding* unter einem Organ die natürliche Person, deren Handeln als Amtsträger kraft ihrer Organstellung unmittelbar einer juristischen Person zugerechnet wird.[69] *Hadding* qualifiziert außerdem die geschäftsführenden Gesellschafter (als natürliche Personen) einer rechtsfähigen Personengesellschaft als Organe der Gesellschaft.[70]

3. Organe als „abstrakter Zuständigkeitskomplex"

Hingegen verstehen andere Stimmen unter Organen nur diejenigen personenunabhängigen (abstrakten) Einrichtungen des Verbandes, denen durch Gesetz oder Satzung Funktionen, die der Erreichung des Verbandszwecks dienen, zugewiesen worden sind.[71] So formuliert etwa *Semrau*, Organe seien „personenunabhängige Einrichtungen der Gesellschaft, denen durch Gesetz oder im Rahmen des gesetzlich zulässigen Statut Aufgaben zugewiesen werden, die der Ausgestaltung des Verbandszwecks dienen und deren Verhalten der Gesellschaft zugerechnet werde, indem sie durch geborene oder gekorene Organwalter wahrgenommen werden."[72]

Es ist der Verdienst von *Jan Schürnbrand*[73], die von *Hans J. Wolff*[74] zum Öffentlichen Recht begründete „Lehre vom institutionell-funktionellen, zweigliedrigen Organbegriff" auf verselbstständigte privatrechtliche Verbände übertragen zu haben.

Doch was verbirgt sich hinter dem institutionell-funktionellen, zweigliedrigen Organbegriff?

---

[66] Ebenso *K. Schmidt* GesR, S. 250 mit Fn. 7.
[67] *Wiedemann* ZGR 1996, 286, 293 f.; ähnlich noch immer Staub/*C. Schäfer* § 109 Rn. 41.
[68] *Flume*, Juristische Person, S. 377 mit Fn. 3.
[69] Soergel/*Hadding* § 26 Rn. 3.
[70] Soergel/*Hadding* Vor § 705 Rn. 24.
[71] *Beuthien/Gätsch* ZHR 156 (1992) 459, 468; *Schöpflin*, S. 15 ff.
[72] *Semrau*, S. 114 f.
[73] *Schürnbrand*, S. 41 ff.
[74] Grundlegend und zu Recht als bahnbrechend bezeichnet *H. J. Wolff*, Organschaft, S. 224 ff.

a. Die Unterscheidung von Organ und Organwalter

Mit der heute herrschenden Lehre[75] ist zwischen dem Organ als solchem, d.h. der „überindividuellen Wirkungseinheit"[76] respektive dem abstrakten verbands-internen „Zuständigkeitskomplex"[77] auf der einen und dem bzw. den jeweiligen Organwaltern auf der anderen Seite zu unterscheiden (sog. „zweigliedriger Organbegriff"). Die Differenzierung kommt auch in § 31 BGB deutlich zum Vorschein, wo einerseits zwischen dem (Vereins-) Vorstand und andererseits den einzelnen Mitgliedern des (Vereins-) Vorstandes differenziert wird. Gleiches tritt im Aktienrecht etwa in § 76 Abs. 1 und 2 sowie 3 AktG sowie in § 120 Abs. 1 AktG hervor.[78]

Ein Organwalter ist in der Regel diejenige natürliche Person, welche (ggf. arbeitsteilig) die dem (Kollegial-) Organ zugewiesenen Kompetenzen wahrnimmt, mithin das Organ willens- und handlungsfähig macht.[79] Dem entspricht, dass ein Organ seinen Willen durch die „hinter dem Organ stehenden" Organwalter als zumeist natürliche Personen bildet.[80] Entscheidend ist weiter, dass die den Organen zugewiesenen Rechte und Pflichten nicht die Organwalter persönlich, sondern das Organ als solches treffen. Demgemäß bestehen die Rechte und Pflichten unabhängig von der jeweiligen personellen Zusammensetzung des Organs und werden von dessen Organwaltern als den allein handlungsfähigen Personen ggf. arbeitsteilig erfüllt.[81]

Was schließlich die Organwalter anbelangt, so bedarf es der Differenzierung zwischen der Organwalterstellung kraft Mitgliedschaft (sog. geborener Organwalter) und kraft Bestellung (sog. gekorener Organwalter).[82] Während etwa jeder Gesellschafter (Aktionär, GmbH-Gesellschafter, GbR-Gesellschafter etc.) geborener Organwalter des Willensbildungsorgans ist, wird etwa der geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH erst kraft Bestellung (vgl. § 6 Abs. 3 GmbHG) Organwalter des Leitungs- bzw. Geschäftsführungsorgans. Er ist also einmal geborener Organwalter des Willensbildungsorgans und daneben gekorener Organwalter des Geschäftsführungsorgans.

b. Die institutionell-funktionelle Komponente

Hans J. Wolff definiert ein Organ als „ein durch Rechtssatz gebildetes, selbstständiges institutionelles Rechtssubjekt, durch das eine (teil) rechtsfähige Organisation ihre Aufgaben

---

[75] Grundlegend *H. J. Wolff*, Organschaft, S. 228 ff.; außerdem *Beuthien/Gätsch* ZHR 156 (1992) 459, 468 f; *Bork* ZGR 1989, 1, 17; *Burgard*, S. 221; *Fleischer* NJW 2006, 3239, 3243; *Gimmler*, S. 20; *Grobe*, S. 96 ff.; *Jacoby*, S. 163 ff., 196 u. 212 ff.; *Kleindiek*, Deliktshaftung, S. 178 f.; *Kling* ZGR 2009, 190, 211; MüKoBGB/*Leuschner* § 26 Rn. 3; MüKoBGB/*C. Schäfer* § 705 Rn. 264; Staub/*C. Schäfer* § 109 Rn. 43; *Semrau*, S. 46; *Schirrmacher*, S. 127 f.; *K. Schmidt* GesR, S. 415; *Schürnbrand*, S. 41 ff.; *Ulmer*, FS Wiedemann, 2002, S. 1297, 1307; *Westermann*, S. 150 f.; differenzierend *Bergmann*, S. 62 ff.

[76] *Hommelhoff* ZHR 143 (1979) 288, 294.

[77] *Schürnbrand*, S. 43.

[78] S. zu § 120 AktG auch BGH NZG 2005, 77, 78 f., zwischen dem Vorstand bzw. Aufsichtsrat als Organ einerseits und dessen Organwaltern andererseits unterscheidet.

[79] *Schürnbrand*, S. 42 u. 231 ff.

[80] Grundlegend *H. J. Wolff*, Organschaft, S. 243.

[81] *Bork* ZGR 1989, 1, 17; *Kling* ZGR 2009, 190, 211.

[82] *Jacoby*, S. 167; *Schürnbrand*, S. 267.

derart wahrnimmt, dass die Handlungen des Organs ihr zugerechnet werden."[83] Kurz gesagt: Ein Organ ist „ein durch die Organisation begründeter *Zuständigkeitskomplex*."[84] *Wolfgang Roth* hat später den Organbegriff dahingehend konkretisiert, dass ein Organ eine „in der Organisation eingegliederte, weder rechtsfähige noch auch nur rechtlich selbständige, wohl aber organisatorisch verselbständigte Einheit [ist], die unabhängig vom Wechsel der Organwalter besteht, und der die Zuständigkeit sowie die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung von Funktionen für die Organisation zukommt."[85]

Neben der zweigliedrigen Unterscheidung zwischen Organ und Organwalter zeichnet sich somit ein Organ als eine abstrakte Verbandsinstitution[86] bzw. als ein verbandsinterner „Zuständigkeitskomplex" sowohl durch eine institutionelle als auch durch eine funktionelle Komponente aus.[87] Im Umkehrschluss heißt das, dass alle Begriffe, die ein Organ als Menschen, natürliche Person oder Gruppe von natürlichen Personen umschreiben, abzulehnen sind, weil sie den Unterschied zwischen der Institution Organ und der (natürlichen) Person als Organwalter missachten.[88]

Institutionell bedeutet, dass das Organ zwar als integraler Bestandteil in den Verband eingegliedert ist, aber über einen organisatorisch selbstständigen Funktionskomplex innerhalb dieses Verbandes verfügen muss.[89] Ferner müssen die originären Kompetenzen innerhalb des Verbandes dem Organ zwingend durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag bzw. Satzung gewährt werden. Hingegen können Organe nicht auf bloß schuldrechtlicher Grundlage mittels einer rein individualvertraglichen Vereinbarung installiert werden.[90] Verselbstständigt ist das Organ indessen lediglich in organisatorischer, nicht aber in rechtlicher Hinsicht. Das bedeutet, dass Organe nicht selbst am Rechtsverkehr teilnehmen und eigene Rechte oder Verbindlichkeiten begründen können. Vielmehr sind sie aus der Außenperspektive bloße verbandsinterne Funktionseinheiten, die ausschließlich Aufgaben für den Verband wahrnehmen. Organe werden nicht für sich selbst, sondern als Teil des Verbandes nur für diesen tätig. Folglich werden sie treffend als „Durchgangssubjekte der Zurechnung" bezeichnet,[91] während das Endsubjekt der Zurechnung der rechtsfähige Verband ist. Die Selbstständigkeit besteht deshalb nur auf das Innenverhältnis des Verbandes bezogen.[92] Zuletzt ist die Existenz der Organe trotz ihrer institutionellen Verselbstständigung zwingend mit dem Verband als Organ- bzw. Rechtsträger verknüpft. Ein Erlöschen des Rechtsträgers führt notwendigerweise zum Erlöschen seiner Organe als Teil seiner Verbandsverfassung.[93]

Was die *funktionale* Komponente anbelangt, so zeichnet sich diese zunächst durch eine dienende Funktion innerhalb der Organisation durch bestimmte Aufgaben mit Wirkung für

---

[83] *H. J. Wolff*, Organschaft, S. 236.
[84] *H. J. Wolff*, Organschaft, S. 236 (Hervorhebung im Original).
[85] *W. Roth*, S. 27.
[86] *Jacoby*, S. 196.
[87] Dazu eingehend *Schürnbrand*, S. 43 ff. mwN.*;* ferner *Jacoby*, S. 197.
[88] Treffend *Jacoby*, S. 196.
[89] *Schürnbrand*, S. 44 u. 49.
[90] *Schürnbrand*, S. 55 mwN.
[91] Grundlegend *H. J. Wolff*, Organschaft, S. 250; ebenso *W. Roth*, S. 506; *Schürnbrand*, S. 58.
[92] *Schürnbrand*, S. 58.
[93] *Schürnbrand*, S. 64 f.

und gegen den Verband aus.[94] Entscheidend ist, dass sich die Aufgabenwahrnehmung bzw. das Organhandeln am Verbandsinteresse zu orientieren haben und damit als fremdnütziges Handeln für den Verband zu qualifizieren sind.[95] Im Außenverhältnis gegenüber Dritten bedarf es durch das Vertretungsorgan eines rechtsgeschäftlichen und tatsächlichen Tätigwerdens.[96] Im Innenverhältnis sind die zu erfüllenden Aufgaben vielfältig und der Umfang der zugewiesenen Kompetenzen unterscheidet sich von Gesellschaftsform zu Gesellschaftsform. So verfügt die AG schon kraft Gesetzes über eine Organtrias bestehend aus dem Vorstand als Geschäftsführungs- und Leitungsorgan, dem Aufsichtsrat als Kontrollorgan und schließlich der Hauptversammlung als Willensbildungsorgan. Die gesetzestypische GmbH verfügt über die Geschäftsführung und die Gesellschafterversammlung[97] als „das zentrale Entscheidungsorgan".[98]

In den rechtsfähigen Personengesellschaften, die nachstehend noch näher betrachtet werden, lässt sich zumindest einerseits zwischen dem Geschäftsführung- und Vertretungsorgan („Leitungsorgan") und andererseits der Gesellschaftergesamtheit als „Willensbildungsorgan" unterscheiden,[99] obgleich sich beide Zuständigkeitskomplexe nicht auf den ersten Blick aus dem BGB und HGB ergeben. Aber auch diese selbstständigen Funktionseinheiten innerhalb von rechtsfähigen Personengesellschaften sind als Organe einzuordnen, was sich aus der Natur dieser Gesellschaften als rechtsfähige Organisationen.[100] Wenn demgegenüber im Schrifttum den im Innen- und Außenverhältnis handlungsbefugten Personengesellschaftern eine „Organqualität" zugesprochen wird,[101] so bedarf dies der Konkretisierung: In Folge des zweigliedrigen Organbegriffs ist ein Organ im verbandsrechtlichen Sinne lediglich der verbandsinterne abstrakte Zuständigkeitskomplex, welcher von den natürlichen Personen als den konkreten Organwaltern zu unterscheiden ist.

V. Eingliedriger oder zweigliedriger Organbegriff bei Personengesellschaften?

1. Abweichende Position *Bergmanns*

Im Schrifttum findet sich die differenzierende Ansicht *Andreas Bergmanns*, wonach der zweigliedrige Organbegriff den Körperschaften (Verein, AG, GmbH und Genossenschaft) und der eingliedrige Organbegriff den rechtsfähigen Personengesellschaften vorbehalten sei. Während etwa im Hinblick auf die Organe der Aktiengesellschaft zwischen dem Organ als abstraktem Zuständigkeitskomplex und den konkreten Organwaltern zu unterscheiden sei,[102] folge die Handlungsorganisation der Personengesellschaften einem anderen Organisationsprinzip. Dort passe die Zweiteilung in Organ und Organwalter nicht,[103] da nicht einem abstrakten Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan, sondern den

[94] Grundlegend *Schürnbrand*, S. 68 ff.; s. auch *C. Weber*, S. 159.
[95] Vgl. auch *Schürnbrand*, S.149 u. 223.
[96] *Schürnbrand*, S. 68.
[97] Eingehend zur Frage, ob die GmbH-Gesellschafterversammlung oder die GmbH-Gesellschaftergesamtheit das zentrale Willensbildungsorgan der GmbH ist, *Schürnbrand*, S. 123 ff.
[98] BGH NZG 2019, 505 Rn. 33; BGH NJW 1997, 1985, 1986; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* § 37 Rn. 1.
[99] *Wiedemann* GesR II, S. 329 u. 636 f., der mit Recht zwischen der Geschäftsführung als Organ und der Gesellschaftergesamtheit als Organ unterscheidet.
[100] *Jacoby*, S. 197.
[101] MüKoBGB/*C. Schäfer* § 705 Rn. 256 u. § 714 Rn. 17; Erman/*Westermann* § 705 Rn. 64.
[102] *Bergmann*, S 72 ff.
[103] *Bergmann*, S. 68; s. auch JurisPK-BGB/*Bergmann* § 709 Rn. 4.

Gesellschaftern persönlich organschaftliche Kompetenzen zugeordnet seien. Demnach seien Organe diejenigen (natürlichen) Personen, die einzeln oder gemeinsam nach der Verbandsverfassung befugt seien, den Willen eines Verbandes zu bilden oder in die Tat umzusetzen.[104] Infolgedessen werde beim eingliedrigen Organbegriff das Handeln des Gesellschafters als Organ unmittelbar dem Verband zugerechnet. Begründet wird die Differenzierung zwischen dem eingliedrigen und zweigliedrigen Organbegriff mit den Prinzipien der Selbstorganschaft und Fremdorganschaft.[105] Unter Selbstorganschaft versteht *Bergmann* die Zuweisung von organschaftlichen Handlungsbefugnissen des Verbandes unmittelbar an die Gesellschafter und nicht an ein abstraktes Verbandsorgan.[106] Einerseits gelte das Prinzip der originären Mitgliederselbstverwaltung (Selbstorganschaft), das den Mitgliedern unmittelbar die organschaftlichen Befugnisse zuweisen würde. Andererseits gelte der Grundsatz der abstrakten Organverwaltung (Fremdorganschaft), bei denen die organschaftlichen Befugnisse auf ein abstraktes Organ fokussiert würden.[107]

2. Kritische Würdigung

Der eingliedrige Organbegriff verdient keine Zustimmung. Zwar ist *Bergmann* im Ausgangspunkt beizupflichten, dass die rechtsfähige Personengesellschaft verselbstständigt ist und sie deshalb zwingend der für sie handelnden Organe bedarf.[108] Indessen wirkt die Differenzierung zwischen einem eingliedrigen und zweigliedrigen Organbegriff inkonsequent, da sich *Bergmann* vehement gegen die Unterscheidung zwischen juristischen Personen und Gesamthandsgesellschaften ausspricht. Nach seinem Dafürhalten seien die klassischen Gesamthandsgesellschaften juristische Personen, d.h. rechtsfähige und rechtlich handlungsfähige Wirkungseinheiten. Demgemäß solle an die Stelle des tradierten gesellschaftsrechtlichen Dualismus eine monistische allgemeine Verbandslehre treten.[109] Zu diesem Standpunkt passt aber die anschließende Unterscheidung zwischen einem zweigliedrigen und einem eingliedrigen Organbegriff nicht. Es ist also der Autor selbst, der im von ihm kritisierten gesellschaftsrechtlichen Dualismus gefangen bleibt. Dass weder das BGB noch das HGB ein abstraktes Leitungsorgan und ein abstraktes Willensbildungsorgan explizit benennen, sondern auf den ersten Blick die verbandsinternen Zuständigkeiten „direkt“ an die Gesellschafter zuweisen, steht dem nicht entgegen. Grund ist vielmehr die überholte Gesamthandslehre, nach der die Gesamthand lediglich als gesamthänderische Zusammenfassung der Personengesellschafter angesehen und infolgedessen alle gesamthänderischen Rechte und Pflichten den Gesellschaftern persönlich zugeordnet wurden. Ferner ist gerade Charakteristikum der GbR und der OHG, dass alle Gesellschafter gleichzeitig geborene Organwalter des Geschäftsführungs- und Vertretungsorgans (Leitungsorgan) sowie des Willensbildungsorgans sind. Es verwundert deshalb nicht, wenn in den §§ 705 ff. BGB und §§ 105 ff. HGB einerseits die Zuständigkeiten vermeintlich „direkt“ der natürlichen Person zugeordnet werden und andererseits keine abstrakten Zuständigkeitskomplexe ausdrücklich benannt werden. Doch belegt ein Blick auf die KG, dass diese Personenidentität im Personengesellschaftsrecht nicht zwingend ist, weil hier die Organmitgliedschaft im Leitungsorgan exklusiv nur den Komplementären vorbehalten ist.

---

[104] *Bergmann*, S. 68.
[105] *Bergmann*, S. 69 ff.
[106] *Bergmann*, S. 70
[107] JurisPK-BGB/*Bergmann* § 709 Rn. 4.
[108] *Bergmann*, S. 67.
[109] *Bergmann*, S. 61.

Zudem kann die Argumentation *Bergmanns* mit dem Prinzip der Selbstorganschaft nicht überzeugen. Zunächst ist alles andere als deutlich, was genau dieses Prinzip eigentlich besagt.[110] Hier gilt auch zu bedenken, dass den älteren Beiträgen[111] im Zusammenhang mit den Prinzipien der Fremd- und Selbstorganschaft die Unterscheidung zwischen Organ und Organwaltern weitgehend fremd ist. Qualifiziert man ein Organ als einen abstrakten, verbandsinternen Zuständigkeitskomplex, dann wirken sich beide Prinzipien nicht auf der Organebene, sondern auf der Organ*walter*ebene aus: Das Prinzip der Selbstorgan(walter)schaft besagt zum einen, dass ein Organwalter des Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan zwingend ein (persönlich und unbeschränkt haftendender) Gesellschafter sein muss. Zum anderen erfolgt die Besetzung des Organs nicht durch einen gesonderten Bestellungsakt, sondern die Organwalter sind ipso iure mit der Entstehung der Gesellschaft vorhanden, sie sind mit anderen Worten in das Organ „geboren". Versteht man unter jenem Prinzip die zwingende Verknüpfung der Organwalterstellung mit der Mitgliedschaft,[112] so folgt aus § 9 Abs. 2 Satz 1 GenG, dass dieser Grundsatz nicht auf Personengesellschaften beschränkt ist. Vielmehr wird im GenG bestimmt, dass die Organwalter der Organe Vorstand und Aufsichtsrat einer Genossenschaft Mitglieder der Genossenschaft sein müssen, sodass man mit Recht auch von „Selbstorganschaft" sprechen kann.[113]

Geht man hingegen davon aus, dass Selbstorganschaft mehr als das zwingende Verbot der Organwalterstellung von gesellschaftsfremden Dritten bedeutet und besagt, dass die Organe nicht erst wie bei einer Körperschaft durch Organwalter besetzt werden müssen, sondern mit dem Entstehen der Gesellschaft ipso iure vorhanden sind,[114] steht dies dem zweigliedrigen Organbegriff nicht entgegen. Vielmehr ist es möglich und angebracht, zwischen der Zuweisung an das (im Gesetz unbenannte) Geschäftsführungsorgan als abstrakten Zuständigkeitskomplex und der gleichzeitigen Besetzung dieser verbandsinternen Institution mit Gesellschaftern als geborene Organwalter zu differenzieren.[115]

Dass der eingliedrige Organbegriff abzulehnen ist, verdeutlicht ein Blick auf die Gesamtgeschäftsführung, die für die GbR nach § 709 Abs. 1 BGB den Regelfall und für die Personenhandelsgesellschaften gem. § 115 Abs. 2 HGB eine gesellschaftsvertragliche Ausgestaltungsmöglichkeit darstellt. Hier kann dem einzelnen Gesellschafter das organmitgliedschaftliche Geschäftsführungsrecht als solches weder in Gänze noch zu einem bestimmten Teil zustehen. Im Gegenteil verfügt jeder einzelne Gesellschafter lediglich über das organmitgliedschaftliche Recht und die damit korrespondierende Verpflichtung, bei der organschaftlichen Willensbildung mitzuwirken. Es ist nicht einzusehen, warum für den Fall der Einzelgeschäftsführung etwas anderes gelten soll. [116]

Weiter spricht für den zweigliedrigen Organbegriff, dass dieser im Zusammenhang mit Fragen der Abgrenzung von Eigengeschäften des Gesellschafters oder der Zurechnung

---

[110] Treffend *Grunewald* GesR, S. 26; ebenso *Schürnbrand*, S. 242.
[111] So etwa *K. Schmidt*, GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 307 ff.
[112] Vgl. *Wiedemann* GesR II, S. 333.
[113] Vgl. *Beuthien* § 9 Rn. 6; P/F/B/*Fandrich* § 9 Rn. 7; Henssler/Strohn/*Geibel* GenG § 9 Rn. 4; Lang/Weidmüller/*Holthaus/Lehnhoff* § 9 Rn. 12; a.A. *Bergmann*, S. 70 f.
[114] Eingehend *Schürnbrand*, S. 242 ff. mwN.
[115] So auch *Schürnbrand*, S. 48; *Semrau*, S. 95 f.
[116] Überzeugend *Schürnbrand*, S. 48; a.A. *Bergmann*, S. 72.

seines privat erlangten Wissens überzeugendere Antworten gibt. Das wird gerade dann relevant, wenn der Gesellschaftsvertrag verbandsinterne Zuständigkeiten verschiedenen Organen zuschreibt, die nicht durch personenidentische Organwalter besetzt sind.[117]

Letztlich ist damit der zweigliedrige Organbegriff als ein einheitlicher verbandsrechtlicher Organbegriff vorzugswürdig.[118] Folglich ist in den Personengesellschaften ein Geschäftsführungsorgan als abstrakter Zuständigkeitskomplex anzuerkennen, in welchem die persönlich und unbeschränkt haftenden Gesellschafter als geborene Organwalter dieses notwendigen Organs Entscheidungen treffen. Hingegen ist der einzelne Gesellschafter als natürliche Person nicht als Organ zu qualifizieren.[119]

VI. Die doppelte Zurechnung

Anknüpfend an die Unterscheidung von Organträger, Organ und Organwalter ist ein letzter Blick auf die zweistufige Zurechnung von Kenntnissen und Handlungen in der rechtsfähigen Personengesellschaft zu werfen. Organe bilden ihren Willen durch ihre Organwalter. Wird also auf einer ersten Stufe dem Organ der Wille seiner Organmitglieder zugerechnet, ist auf einer zweiten Stufe der Wille des jeweiligen Organs – d.h. der Wille der „hinter dem Organ stehenden Organwalter[120] – der Gesellschaft als Organträger zuzurechnen (sog. „doppelte Zurechnung“).[121] Es findet somit eine Zurechnungskette vom Organwalter als handelnder natürlicher Person über das Organ zum Organträger als „Zurechnungsendsubjekt“ statt.[122] Daraus folgt, dass zwar jeder Organakt ein Organwalterhandeln voraussetzt. Indes gilt umgekehrt nicht jedes Organwalterhandeln als Organakt.[123] Angesichts dessen werden Organe im Außenbereich mit Recht als „Durchgangssubjekte der Zurechnung“ bezeichnet.[124] Auf diese Begriffsverwendung wird zurückzukommen sein.

VII. Notwendige Organe der rechtsfähigen Personengesellschaft

1. Einführung und Ziel der Untersuchung

Um am Rechtsverkehr teilnehmen und ihre tatsächliche Handlungsfähigkeit herstellen zu können, bedarf die rechtsfähige Personengesellschaft – wie die Körperschaften auch – als an sich willens- und handlungsunfähige Organisation zwingend der Organe. Selbstständige Funktionseinheiten innerhalb der rechtsfähigen Personengesellschaften sind durchweg als Organe einzuordnen.[125] Das ergibt sich angesichts der Rechtsfähigkeit dieser Organisationen ohne weitere Begründung aus der Natur dieser Gesellschaften als rechtsfähige Organisationen.[126] Damit ist auch in Personengesellschaften eine Verbands-

---

[117] BeckOGK BGB/*Geibel* (Stand: 01.01.2019) § 709 Rn. 93.
[118] Wie hier BeckOGK BGB/*Geibel* (Stand: 01.01.2019) § 709 Rn. 93; MüKoBGB/*C. Schäfer* § 705 Rn. 264; Staub/*C. Schäfer* § 109 Rn. 43; *Schürnbrand*, S. 48; BeckOK BGB/*Schöne* (Stand: 01.11.2020) § 705 Rn. 145; *Semrau*, S. 46.
[119] A.A. *Bergmann*, S. 72; *Wiedemann* GesR II, S. 331.
[120] *H. J. Wolff*, Organschaft, S. 243.
[121] *Jacoby*, S. 212; *Schürnbrand*, S. 45 ff.; s. auch BGH NJW 1990, 975, 976.
[122] *Jacoby*, S. 212.
[123] *H. J. Wolff*, Organschaft, S. 235; zust. *Fleischer* NJW 2006, 3239, 3234.
[124] Grundlegend *H. J. Wolff*, Organschaft, S. 250; ebenso *W. Roth*, S. 506; *Schürnbrand*, S. 58.
[125] *Jacoby*, S. 197.
[126] *Jacoby*, S. 197.

organisation vorhanden, nach der die Rechtszuständigkeit der Gesellschaft und die Entscheidungszuständigkeit den Gesellschaftsorganen zuzuweisen ist.[127]

Nachstehend wird untersucht, über welche notwendigen (unabdingbaren) Organe[128] die rechtsfähige Personengesellschaft verfügt. Es wird sich zeigen, dass sie zwingend über einen zweistufigen Organisationsaufbau verfügt: Zum einen besteht das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan als „Leitungsorgan" und zum anderen ist die Gesellschaftergesamtheit, oder eine Gesellschafterversammlung, wenn eine solche im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, als oberstes „Willensbildungsorgan" anzuerkennen. Dass die Organe durch personenidentische Organwalter besetzt sein können, ändert hieran nichts.[129] Die Unterscheidung wird zum einen relevant, wenn abweichend von § 709 Abs. 1 BGB bzw. § 114 Abs. 1 HGB ein oder mehrere Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, also nicht Organwalter des Leitungsorgans sind.[130] Zum anderen ist die KG prädestiniert dafür, dass nur Komplementäre Organwalter des Leitungsorgans sein können, während dies Kommanditisten nach § 170 HGB zwingend verwehrt ist. Doch ist sowohl Komplementären als auch Kommanditisten gemeinsam, dass sie Organwalter des Willensbildungsorgans sind. Dieser zweistufige Organisationsaufbau wird sich später als gewinnbringend für die Frage, wer Träger des sog. „kollektiven Informationsrechts" und der korrespondierenden Informationspflicht (§§ 713, 666 BGB ggf. iVm §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB) ist, auswirken. Weiter wird sich die These, dass die §§ 705 ff. BGB keine Organe als institutionalisierte Einrichtungen kennen und nicht zwischen verschiedenen Kompetenzbereichen differenzieren würden,[131] als unzutreffend herausstellen.

2. Unterschiedliche Kompetenzbereiche in der Personengesellschaft

Dass in der rechtsfähigen Personengesellschaft eine Zuständigkeitsteilung in solche, die der Gesellschaftergesamtheit als oberstes Willensbildungsorgan zustehen und solche, die dem Geschäftsführungsorgan als Leitungsorgan überlassen sind,[132] anzuerkennen ist, zeigt sich insbesondere im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen gewöhnlichen Geschäften auf der einen Seite und außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen und sog. „Grundlagengeschäften" auf der anderen Seite. Jene Zweiteilung gehört zu den Grundmustern der Gesellschaftslehre und folgt aus den verbandsinternen Zuständigkeiten.[133] Dazu im Einzelnen:

c. Gewöhnliche und ungewöhnliche Geschäfte, Grundlagengeschäfte
aa. Gewöhnliche Geschäfte

Von dem Begriff der Geschäftsführung sind alle rechtsgeschäftlichen wie tatsächlichen Tätigkeiten erfasst, die zur Förderung des Gesellschaftszwecks für die Gesellschaft bestimmt sind.[134] Während in der GbR (noch) ipso iure sämtliche denkbaren Geschäfts-

[127] *Schwab*, S. 620.
[128] *Wiedemann* GesR II, S. 329 spricht von „Basisorganen"
[129] Ebenso *Burgard*, S. 221 mit Fn. 4.
[130] Zutreffend BeckOGK BGB/*Geibel* (Stand: 01.01.2019) § 709 Rn. 7.
[131] So BeckOGK BGB/*Geibel* (Stand: 01.01.2019) § 709 Rn. 93.
[132] *Wiedemann* GesR II, S. 294.
[133] Treffend *Wiedemann* GesR II, S. 329.
[134] MüKoBGB/*C. Schäfer* § 709 Rn. 7.

führungsmaßnahmen in den Zuständigkeitsbereich des Geschäftsführungsorgans fallen, beschränken die §§ 161 Abs. 2, 116 Abs. 1 u. 2, 164 Satz 1 HGB den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt. Daraus folgt, dass ungewöhnliche Handlungen nicht von der Befugnis gedeckt sind,[135] also nicht in den Kompetenzbereich des Geschäftsführungsorgans fallen. De lege ferenda soll diese Zweiteilung in gewöhnliche und außergewöhnliche Geschäfte in Anlehnung an den geltenden § 116 Abs. 1 HGB durch das MoPeG auch für die rechtsfähige Gesellschaft (GbR) in § 715 Abs. 2 BGB-E übernommen werden.[136]

In der rechtsfähigen Personengesellschaft kommt infolge der Kompetenzzuweisung für gewöhnliche Geschäfte der Geschäftsführung Organqualität zu. Die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter sind als natürliche Personen in ihrer Rolle als Geschäftsführer Organwalter des Organs „Geschäftsführung".[137]

bb. Ungewöhnliche Geschäfte und sog. „Grundlagengeschäfte"

Von den „gewöhnlichen" Geschäftsführungsmaßnahmen sind zunächst die sog. „außergewöhnlichen" Geschäfte abzugrenzen, die nach ihrem Inhalt und Zweck oder durch ihre Bedeutung und die mit ihr verbundene Gefahr für die Gesellschafter über den Rahmen dessen hinausgehen, was die Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr für gewöhnlich mit sich bringt.[138] Für die Vornahme dieser Geschäfte, die Ausnahmecharakter besitzen,[139] bedarf es – vorbehaltlich abweichender Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag – nach § 119 Abs. 1 HGB eines einstimmigen Beschlusses des Organs „Gesellschaftergesamtheit", der durch alle hinter dem Organ stehenden (geschäftsführenden wie nichtgeschäftsführenden) Gesellschafter als dessen Organwalter zu Stande kommt. Daraus folgt: Ungewöhnliche Geschäfte unterfallen, anders als gewöhnliche Geschäfte, nicht dem Leitungsorgan, sondern dem Willensbildungsorgan.

Von den (gewöhnlichen und außergewöhnlichen) Geschäftsführungsangelegenheiten sind weiter alle Angelegenheiten zu unterscheiden, die das Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern untereinander und damit die Grundlagen der Gesellschaft betreffen zu unterscheiden.[140] Zur Kategorie diesen sog. „Grundlagengeschäfte"[141] zählen etwa Gesellschaftsvertragsänderungen, Strukturänderungen, Berufung, Abberufung und Entlastung[142] der geschäftsführenden Gesellschafter, Feststellung des Jahresabschlusses[143] und Beschlussfassung über die Gewinnverwendung sowie die Bestellung des Abschlussprüfers (§ 318 Abs. 1 Satz 1 HGB).[144] Diese Gegenstände gehören von vornherein nicht zu den der

[135] E/B/J/S/*Drescher* § 116 Rn. 2 ff.
[136] RegE, MoPeG, S. 17 u. Begr. RegE, MoPeG, S. 171 ff. = BT-Drs 19/27635, S. 18 u. 149 ff.
[137] *Mülbert/Gramse* WM 2002, 2085, 2090.
[138] Begr. RegE, MoPeG, S. 173; dazu eingehend E/B/J/S/*Drescher* § 116 Rn. 4 u. 6 f.; Staub/*C. Schäfer* § 116 Rn. 11.
[139] E/B/J/S/*Drescher* § 116 Rn. 4.
[140] BGH NZG 2016, 826 Rn. 27.
[141] Vgl. zu sog. „Grundlagengeschäften" statt Vieler E/B/J/S/*Drescher* § 114 Rn. 6 f.; BeckOGK BGB/*Geibel* (Stand: 01.01.2019) § 709 Rn. 7 ff.; s. auch *Wiedemann* GesR I, S. 332 f.
[142] *Schürnbrand*, S. 90.
[143] BGH NZG 2007, 259 Rn. 6 u. 13; BGH NJW 1996, 1678.
[144] BGH NJW 1980, 1689, 1690; E/B/J/S/*Drescher* § 114 Rn. 7; Oetker/*Lieder* § 119 Rn. 6.

Geschäftsführung obliegenden Geschäftsführungsmaßnahmen,[145] sondern fallen in den Zuständigkeitsbereich der Gesellschaftergesamtheit als Organ, bzw. wenn eine Gesellschafterversammlung eingerichtet ist, in ihren Kompetenzbereich.[146]

Dass sogar den geltenden §§ 705 ff. BGB zwei notwendige Organe nicht fremd sind, zeigt sich im Kontext der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (§ 712 Abs. 1 BGB).[147] Da die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis – also die Entziehung der Stellung als Organwalter des Geschäftsführungsorgans – keine Angelegenheit der Geschäftsführung, sondern ein sog. „Grundlagengeschäft"[148] ist, fasst hier rüber nicht das Geschäftsführungsorgan einen Entziehungsbeschluss. Vielmehr liegt die Kompetenz zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis bei der Gesellschaftergesamtheit als oberstes Gesellschaftsorgan, die hierrüber entweder einstimmig oder – sofern gesellschaftsvertraglich vorgesehen – durch Mehrheitsbeschluss unter Einschluss der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter als ihre geborenen Organwalter, aber unter Ausschluss des betroffenen Organwalters des Geschäftsführungsorgans entscheidet.

Ganz in diesem Sinne unterscheidet der II. Zivilsenat des BGH in der Otto-Entscheidung zwischen der Zuständigkeit des von ihm sogenannten „Geschäftsführungsorgans"[149] einerseits und solchen Kompetenzen aller (geschäftsführenden wie nichtgeschäftsführenden) Gesellschafter andererseits. Während die Aufstellung des Jahresabschlusses in den Zuständigkeitsbereich der Geschäftsführung fällt, unterliegt dessen Feststellung der Gesellschaftergesamtheit.[150] Letztere ist aber ebenso wie das Geschäftsführungsorgan als ein eigenständiges Organ der Gesellschaft, nämlich als Willensbildungsorgan, zu qualifizieren.[151]

Schließlich ergibt sich auch aus den „Night-Club E.-KG" – Entscheidungen,[152] dass der Abschluss eines Vertrages, durch den sich eine KG verpflichtet, das von ihr betriebene, ihr gesamtes Vermögen darstellende Unternehmen zu veräußern, nicht in den Zuständigkeitsbereich der Geschäftsführung, sondern in den der Gesellschaftergesamtheit fällt und zu seiner Wirksamkeit eines zustimmenden Beschlusses bedarf. Es bestätigt sich, dass insoweit in den Personengesellschaften zwei voneinander zu trennende abstrakte Zuständigkeitskomplexe, also zwei Organe, bestehen.

d. § 113 Abs. 2 HGB und Zuweisung an die „übrigen Gesellschafter"

Dass in Personengesellschaften die Rechtszuständigkeit der Gesellschaft und die Entscheidungszuständigkeit den Gesellschaftsorganen zugewiesen ist,[153] verdeutlicht auch

[145] BGH NZG 2016, 826 Rn. 27; E/B/J/S/*Drescher* § 116 Rn. 2.
[146] BGH NZG 2016, 826 Rn. 27 betreffend die Gesellschafterversammlung einer KG; mit Recht weist der BGH darauf hin, dass dabei die Kommanditisten zu beteiligen sind.
[147] Zum umstrittenen Anwendungsbereich nur MüKoBGB/*C. Schäfer* § 713 Rn. 1 ff.
[148] OLD Düsseldorf BeckRS 2006, 8863 Rn. 43; OLG Frankfurt BeckRS 2013, 1954 Rn. 52; Henssler/Strohn/*Servatius* BGB § 712 Rn. 6.
[149] BGH NZG 2007, 259 Rn. 13; ebenso *Priester* DStR 2007, 28, 31.
[150] BGH NZG 2007, 259 Rn. 6 u. 13; BGH NJW 1996, 1678.
[151] S. auch *Priester* DStR 2007, 28.
[152] BGH NJW 1995, 596 Ls. 1; BGH NJW 1991, 2564.
[153] *Schwab*, S. 620.

§ 113 Abs. 1 und 2 HGB: Der das Wettbewerbsverbot verletzende Gesellschafter schuldet der rechtsfähigen Gesellschaft – nicht den Mitgesellschaftern Schadensersatz (§ 113 Abs. 1 HGB). Aber über die Geltendmachung dieser Ansprüche beschließen „die übrigen Gesellschafter" (§ 113 Abs. 2 HGB). Da keine Geschäftsführungsangelegenheit vorliegt,[154] wirken alle (geschäftsführenden wie nichtgeschäftsführenden) Gesellschafter mit Ausnahme des betroffenen Gesellschafters an der Beschlussfassung mit.[155] Es handelt sich insoweit um keine Zuständigkeit des Geschäftsführungsorgans, sondern um eine Kompetenz der Gesellschaftergesamtheit als Willensbildungsorgan.

Ferner weist § 127 HGB dem Kompetenzbereich der „übrigen Gesellschafter", also dem Willensbildungsorgan, die Befugnis zur Beantragung einer gerichtlichen Entscheidung über den Entzug der Vertretungsmacht zu. Gleiches gilt nach § 140 Abs. 1 HGB für den Ausschluss eines Gesellschafters aus der Gesellschaft.

e. Bestätigung durch Recht der KGaA

Außerdem bestätigt ein Blick auf die Kommanditgesellschaft auf Aktien, dass in der rechtsfähigen Personengesellschaft ein abstraktes Geschäftsführungsorgan anzuerkennen ist, welches von seinen konkreten Organwaltern zu unterscheiden ist. Zutreffend wird hier erkannt, dass nicht der einzelne persönlich haftende Gesellschafter als Organ zu qualifizieren ist, sondern vielmehr die Gesamtheit der vertretungsberechtigten und geschäftsführungsbefugten Gesellschafter in ihrer jeweiligen Zahl und Zusammensetzung.[156] Die Organwalter dieses Geschäftsführungsorgans sind alle geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Komplementäre, hingegen nicht die von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen Komplementäre.[157] Im Recht der KGaA bestehen somit drei eigenständige Pflichtorgane, das Geschäftsführungsorgan, die Hauptversammlung und der Aufsichtsrat.[158]

f. Bestätigung durch die Art. 16 Abs. 1 und 17 Abs. 2 EWIV-VO

Zuletzt bieten auch die Art. 16 Abs. 1 und 17 Abs. 2 EWIV-VO Anhaltspunkte für die notwendigen Organe einer jeden rechtsfähigen Personengesellschaft und die Abgrenzung der Gesellschaftsangelegenheiten, die einerseits in den Zuständigkeitsbereich der Geschäftsführung als Organ und andererseits zu der Gesellschaftergesamtheit als Organ gehören.[159]

g. Das sog. „kollektive Informationsrecht" aus §§ 713, 666 BGB

Wie nachstehend noch in einem gesonderten Teil aufgezeigt wird, ist das sog. „kollektive Informationsrecht" aus §§ 713, 666 BGB (ggf. iVm §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB) – bzw. sofern man auf die Pflichtenseite abstellt, die „kollektive Informationspflicht" – ebenfalls

---

[154] Vgl. nur E/B/J/S/*Bergmann* § 113 Rn. 36.
[155] E/B/J/S/*Bergmann* § 113 Rn. 36; Oetker/*Lieder* § 113 Rn. 17; Baumbach/Hopt/*Roth* § 113 Rn. 7.
[156] MüKoAktG/*Perlitt* Vor § 278 Rn. 48.
[157] MüKoAktG/*Perlitt* Vor § 278 Rn. 50.
[158] MüKoAktG/*Perlitt* Vor § 278 Rn. 44; wohl auch BeckOGK AktG/*Bachmann* (Stand: 01.02.2021) § 278 Rn. 19.
[159] *Bergmann*, S. 67 mit Fn. 138; *Schürnbrand*, S. 13 u. 123; *Wiedemann* ZGR 1996, 286, 293.

ein Beleg für die unterschiedliche Zuweisung von Rechten und Pflichten im Innenverhältnis der rechtsfähigen Personengesellschaft. Die §§ 713, 666 BGB bestimmen die drei Informationspflichten der „geschäftsführenden Gesellschafter", also des Leitungsorgans gegenüber der Gesellschaftergesamtheit, mithin zu dem Willensbildungsorgan. Letzteres hat implizit bereits das Reichsgericht im Jahre 1935 erkannt, indem es ausgeführt hat, „§ 713 bestimmt die Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter gegenüber der Gesamtheit der übrigen Gesellschafter, nicht gegenüber den einzelnen Gesellschaftern."[160] Mit dem Komplex der „Gesamtheit der übrigen Gesellschafter" ist indessen nach heutigem Verständnis nicht die rechtsfähige Personengesellschaft gemeint, sondern wie etwa in § 113 Abs. 2 HGB auch das unbenannte Willensbildungsorgan.

Es handelt sich folglich bei §§ 713, 666 BGB – wie bei § 90 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 AktG – um ein Organrecht bzw. eine Organpflicht im Innenverhältnis der rechtsfähigen Personengesellschaft (zu diesen Begriffen sogleich mehr).

3. Zwischenergebnis

Zusammenfassend folgt die Unterscheidung zwischen dem Geschäftsführungsorgan einerseits und der Gesellschaftergesamtheit als dem Willensbildungsorgan andererseits aus den beiden Organen jeweils zugewiesenen Kompetenzen innerhalb der rechtsfähigen Personengesellschaft. Insoweit handelt es sich um zwei voneinander zu trennende, abstrakte Zuständigkeitskomplexe. Beide Organe haben als selbstständige Einheiten innerhalb der Organisation bestimmte Aufgaben wahrzunehmen und somit eine dienende Funktion. Als selbstständige Funktionseinheiten innerhalb von rechtsfähigen Personengesellschaften sind sie mithin als Organe einzuordnen.[161] Am zweistufigen Organisationsaufbau der rechtsfähigen Personengesellschaften bestehen daher keine Zweifel. Entgegen vereinzelten Stimmen können den geltenden §§ 705 ff. BGB und §§ 105 ff. HGB sehr wohl verschiedene (exklusive) Zuständigkeitsbereiche entnommen werden.[162] Doch wäre eine Kompetenznorm nach Vorbild der § 46 GmbHG und § 119 AktG oder des Art. 17 Abs. 2 EWIVO-VO zu Klarstellungszwecken wünschenswert.

VIII. Die Besetzung der notwendigen Organe durch geborene Organwalter

Unter Zugrundelegung der Differenzierung zwischen dem Organ als dem abstrakten Zuständigkeitskomplex und den Organwaltern als den konkret agierenden (zumeist) natürlichen Personen ist schließlich die Besetzung der notwendigen Organe – Leitungsorgan einerseits und Willensbildungsorgan andererseits – durch die Organwalter zu betrachten.

Der Unterschied zu den Körperschaften ist darin zu sehen, dass die Organwalter der notwendigen Organe einer Personengesellschaft immer ipso iure vorhanden sind. Ihre Organmitgliedschaft folgt aus der Mitgliedschaft im Verband.[163] Was das Geschäftsführungsorgan anbelangt, so bedarf es – anders als etwa in der GmbH (§ 6 Abs. 3 GmbHG)[164] –

[160] RGZ 148, 278, 279.
[161] *Jacoby*, S. 197.
[162] A.A. BeckOGK BGB/*Geibel* (Stand: 01.01.2019) § 709 Rn. 93.
[163] *Beuthien/Gätsch* ZHR 156 (1992) 459, 468.
[164] S. auch § 84 AktG für Vorstandsmitglieder und §§ 101, 104 AktG für Aufsichtsratsmitglieder.

keines „Organwalterbestellungsaktes“. Und schließlich ist die Besonderheit des sog. „Prinzips der Selbstorganschaft“, dass Organwalter des Geschäftsführungsorgans zwingend ein (persönlich und unbeschränkt haftender) Gesellschafter sein muss. Grenzt man nun zwischen dem Organ als solchem, d.h. dem abstrakten Zuständigkeitskomplex und dem bzw. den jeweiligen Organwaltern ab,[165] dann folgt aus dem Prinzip der Selbstorganschaft nicht ein „Organmonopol“[166], sondern ein „Organ*walter*monopol“ der unbeschränkt haftenden Gesellschafter im Hinblick auf das Geschäftsführungsorgan.[167] Infolge des zweigliedrigen Organbegriffs und der Unterscheidung zwischen Organ und Organwalter ist das heute herkömmliche Prinzip der Selbstorganschaft als ein Prinzip der Selbst*organwalter*schaft einerseits und das Prinzip der Fremdorganschaft als ein Prinzip der Fremd*organwalter*schaft andererseits zu qualifizieren.

Hinzu kommen folgende Besonderheiten: In der gesetzestypischen GbR und OHG ist jeder Gesellschafter ipso iure sowohl geborener Organwalter des Geschäftsführungs- und Vertretungsorgans (Leitungsorgan) als auch der Gesellschaftergesamtheit als Willensbildungsorgan. Demgegenüber ist die natürliche Person nicht als Organ zu qualifizieren.[168] Hingegen zeigt sich ein anderes Bild in der KG. Dort sind ipso iure alle Komplementäre geborene Organwalter des Geschäftsführungsorgans und zugleich des Organs der Gesellschaftergesamtheit; insoweit herrscht ebenfalls Personenidentität. Hingegen sind die Kommanditisten kraft Gesetzes von der (gewöhnlichen) Geschäftsführung (§ 164 Satz 1 HGB) und obendrein zwingend von der Vertretung (§ 170 HGB) ausgeschlossen und damit nur geborene Organwalter des Organs Gesellschaftergesamtheit.

Somit fassen die Personengesellschafter Beschlüsse entweder in ihrer Rolle als geborene Organwalter des notwendigen Geschäftsführungsorgans oder treten alternativ in Angelegenheiten, die nicht zur (gewöhnlichen) Geschäftsführung zu zählen sind,[169] als geborene Organwalter des notwendigen Organs „Gesellschaftergesamtheit“ bzw. der fakultativen Gesellschafterversammlung auf.[170] In beiden Fällen erfolgt, wie oben dargestellt, eine zweistufige Zurechnung.

IX. Weitere Konsequenzen

Sind auch in der rechtsfähigen Personengesellschaft zwei notwendige Organe und die Trennung zwischen Organ und Organwalter anzuerkennen, folgt daraus, dass geschäftsführungsbefugt und vertretungsberechtigt nur das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan ist, nicht aber die einzelnen (geborenen) Organwalter. Die Organbefugnis steht als Organkompetenz dem Gesellschaftsorgan selbst zu und ist nicht dessen Organwaltern persönlich zugeordnet. Letztere sind es, die durch ihre „Organmitgliedschaft“ berechtigt und verpflichtet sind, die Organkompetenz tatsächlich ausüben. Insoweit besteht zu den Organen Vorstand und GmbH-Geschäftsführer der einzige Unterschied darin, dass deren

[165] *Beuthien*, FS Zöllner, Bd. 1, 1998, S. 87, 97ff.; *Beuthien/Gätsch* ZHR 156 (1992) 459, 468 f.; *Jacoby*, S. 212 ff.; MüKoBGB/*C. Schäfer* § 705 Rn. 256 f.; *Schürnbrand*, S. 233 ff.; *Westermann*, S. 150.
[166] So *K. Schmidt* GesR, S. 411.
[167] Der Sache nach wie hier Staub/*C. Schäfer* § 109 Rn. 43.
[168] So aber *Bergmann*, S. 69; *Wiedemann* GesR II, S. 331; wohl auch *Kleindiek*, Deliktshaftung, S. 252.
[169] Vgl. BeckOGK BGB/*Geibel* (Stand: 01.01.2019) § 709 Rn. 7 ff.; MüKoBGB/*C. Schäfer* § 709 Rn. 10 f.
[170] Wie hier *Mülbert/Gramse* WM 2002, 2085, 2086.

Organwalter erst durch einen „Organbestellungsakt“ gekoren werden müssen und nicht ipso iure als geborene Organwalter vorhanden sind.

X. Zusammenfassung

Festzuhalten ist, dass Körperschaften und rechtsfähige Personengesellschaften gleichermaßen als verselbstständigte Verbände der Organe bedürfen, um am Rechtsverkehr teilnehmen und einen eigenen Willen bilden zu können. Mit dem institutionell-funktionellen, zweigliedrigen Organbegriff ist zwischen dem Organ als abstraktem Zuständigkeitskomplex auf der einen und den Organwaltern als zumeist natürlichen Personen auf der anderen Seite zu unterscheiden. Die Zurechnung erfolgt in doppelter Weise von den Organwaltern über das Organ hin zum Verband. In den rechtsfähigen Personengesellschaften ist zwischen dem Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan („Leitungsorgan“) und der Gesellschaftergesamtheit als „Willensbildungsorgan“ zu differenzieren. Letztere kann im Gesellschaftsvertrag – und dies geschieht in der Praxis auch üblicherweise – zu einer Gesellschafterversammlung organisiert werden. Künftig bestimmt § 109 HGB-E, dass die Gesellschaftergesamtheit einer OHG und KG als Gesellschafterversammlung konzipiert ist.[171] Beide Organe unterscheiden sich, wie aufgezeigt, durch die ihnen unterschiedlich zugeordneten Kompetenzen, die sich sogar rudimentär aus dem geschriebenen Gesetzestext ergeben

[171] RegE, MoPeG, S. 56 mit Begr. RegE, MoPeG, S. 266 ff.

B. Organrechtsfähigkeit und Organparteifähigkeit
I. Einführung und Fragestellung

Nachdem zuvor auf den institutionell-funktional, zweigliedrigen Organbegriff eingegangen und herausgestellt wurde, dass auch in der rechtsfähigen Personengesellschaft zwingend zwei voneinander zu trennende abstrakte Zuständigkeitskomplexe, nämlich einerseits das Leitungsorgan und andererseits das Willensbildungsorgan, anzuerkennen sind, sind im folgenden Abschnitt zwei Fragen näher zu betrachten: Können Organe materiell-rechtlich Träger von eigenen Rechten und Verpflichtungen und insoweit „organrechtsfähig" sein? Und können daran anschließend Organe vor Gericht als Kläger und Beklagter auftreten und insoweit „organparteifähig" sein?

Im Schrifttum ist bisher die Frage, ob Organe materiell-rechtlich Träger von eigenen Rechten und Verpflichtungen sein können, auf Basis des Rechts der juristischen Person – vorwiegend im Aktienrecht im Allgemeinen und anhand von § 90 AktG im Speziellen,[1] vereinzelt auch im GmbH-Recht[2] und Stiftungsrecht[3] – erörtert worden. Das überrascht nicht, da die juristische Person als Rechtsgebilde zwar rechtsfähig, aber erst durch ihre Organe willens- und handlungsfähig ist. Das Vorhandensein von Organen war hier seither anerkannt.[4]

Indessen wurde im vorherigen Abschnitt herausgearbeitet, dass Organhandeln nach heutigem Verständnis ein Phänomen des Verbandsrechts schlechthin ist und sich auf alle privatrechtlichen Verbände erstreckt.[5] Das Rechtsinstitut der Organschaft ist überall dort anzuerkennen, wo eine gegenüber den sie tragenden Mitgliedern verselbstständigte Organisation besteht.[6] Mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Personengesellschaft ist diese an sich aber ebenso wenig willens- und handlungsfähig wie eine juristische Person und daher zwingend auf Organe angewiesen. Sowohl in der juristischen Person als auch in der rechtsfähigen Personengesellschaft vollzieht sich die verbandsinterne Willensbildung im Zusammenwirken ihrer Organe. Der Verbandswille entsteht durch den Organwillen und dieser wiederum durch die hinter dem Organ stehenden Organwalter. Daraus folgt, dass die Existenz von Organen heute kein Spezifikum der juristischen Person ist.[7]

Zur Beantwortung der Frage, ob Organe Träger von eigenen Rechten und Verpflichtungen und insoweit „organrechtsfähig" sind, ist nachfolgend zwischen der Außenperspektive einerseits und der Innenperspektive andererseits zu unterscheiden:

---

[1] *Bauer*, S. 27 ff.; *H. Bitter*, passim; *Borgmann*, passim; BeckOGK AktG/*Fleischer* (Stand: 01.02.2021) § 90 Rn. 70 ff.; *Grobe*, passim; *Hauswirth*, passim; *Landrock*, passim; *Lewerenz*, passim; *Peine*, 65 ff.; *Pflugradt*, passim; *Schock*, passim; *Steinbeck*, passim.
[2] *Peine*, S. 181 ff.; *Schürnbrand*, S. 397 f.
[3] *Burgard*, S. 278; Münch. Hdb. GesR Bd. 7/*Roth* § 106 Rn. 14 ff.; s. auch OLG Frankfurt NZG 2019, 22 Rn. 29 ff. mit Anm. *Frese* EWiR 2019, 39 f.; *Stallmann* npoR 2019, 79 ff.; *v. Harder* ZStV 2019, 146 ff.
[4] *Flume*, Juristische Person, S. 377 f. mwN.
[5] Grundlegend *Schürnbrand*, S. 10 ff.; s. auch *K. Schmidt* GesR, S. 254.
[6] *Jacoby*, S. 197; *Schürnbrand*, S. 11.
[7] Zutreffend *K. Schmidt* GesR, S. 254.

II. „Organrechtsfähigkeit“

1. Die Außenperspektive als Ausgangspunkt

Organe sind aus der Außenperspektive bloße „interne Funktionseinheiten“, die ausschließlich Aufgaben für den Verband wahrnehmen. Alle Organakte gelten als Akte des Verbandes.[8] Hingegen kann ein Organ nicht selbst am Rechtsverkehr teilnehmen und eigene – von dem Verband unabhängige – Rechte oder Verbindlichkeiten begründen.[9] Organe werden mithin nicht für sich selbst, sondern als Teil des Verbandes nur für diesen tätig. Aus dieser Außenperspektive kann man sagen, dass das Handeln der Organe mit Außenwirkung stets Handeln des Verbandes ist.[10] Ihren Willen bilden die Organe wiederum durch ihre Organwalter, die in der Regel natürliche Personen sind. Wird also in einem ersten Schritt dem Organ das Handeln seiner Organwalter zugerechnet, ist in einem zweiten Schritt das Organhandeln der Organisation zuzurechnen (sog. „doppelte Zurechnung“).[11] Angesichts dessen werden Organe als abstrakte Verbandsinstitution aus der Außenperspektive mit Recht als „Durchgangssubjekte der Zurechnung“ bezeichnet.[12] Aus dieser Außenperspektive ist es also zunächst konsequent, Organen eigens zugeordnete Rechtspositionen abzusprechen.[13]

2. Organe als Zurechnungsendsubjekte im innerorganisatorischen Verhältnis

Doch darf man es bei dieser Sichtweise nicht belassen: Denn von der Außenperspektive ist wiederum das innerorganisatorische Verhältnis (Innenverhältnis), das heißt die internen Kompetenzen der einzelnen Organe und die Beziehungen zwischen den verschiedenen Funktionseinheiten, zu unterscheiden.[14] Maßgeblich ist, dass Kompetenzen auch einer abstrakten Funktionseinheit, also einem Organ, und nicht nur einer natürlichen Person um seiner selbst willen zugeordnet werden können. Gewiss – die natürliche Person wird benötigt, aber eben lediglich zu dem Zweck, dem Organ als „apersonales Subjekt“, die Fähigkeit zu verleihen, seine eigenen, ihm zugewiesenen Befugnisse wahrzunehmen und der ihm zugewiesenen Verpflichtungen nachzukommen.[15] Im innerorganisatorischen Verhältnis können Organe Adressaten von – gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen – Vorschriften sein, die ihnen Aufgaben zuweisen und Pflichten auferlegen. Man kann deshalb zutreffend formulieren, dass „auf der Organebene die Organe keine Organe“ mehr sind,[16] also keine reinen „Durchgangssubjekte der Zurechnung“,[17] sondern vielmehr „Zurechnungsendsubjekte“ von Innenrechtssätzen.[18]

---

[8] *Schürnbrand*, S. 58.
[9] *Schürnbrand*, S. 58.
[10] KK-AktG/*Mertens* Vor. § 76 Rn. 3.
[11] *Jacoby*, S. 212; *Schürnbrand*, S. 45 f.
[12] Grundlegend *H. J. Wolff*, Organschaft, S. 250; ebenso etwa *W. Roth*, S. 506; *Schürnbrand*, S. 58.
[13] So KK-AktG/*Mertens* Vor. § 76 Rn. 3; insoweit zust. auch *Schürnbrand*, S. 376.
[14] Grundlegend *H. J. Wolff*, Organschaft, S. 248 ff.; daneben etwa *Bauer*, S. 28 ff.; *Bork* ZGR 1989, 1, 14 f.; S*chürnbrand*, S. 59 u. 375.
[15] *Jacoby*, S. 395.
[16] *Schürnbrand*, S. 375.
[17] Grundlegend *H. J. Wolff*, Organschaft, S. 250; ebenso etwa *W. Roth*, S. 506; *Schürnbrand*, S. 58.
[18] Grundlegend *H. J. Wolff*, Organschaft, S. 248; ebenso etwa *Grobe*, S. 390; *W. Roth*, S. 93; *Schürnbrand*, S. 59.

Die Zuordnung von Rechten und Pflichten setzt wiederum zweierlei voraus:[19] *Erstens* muss dem Organ eine jedenfalls rudimentär ausgeprägte Handlungsorganisation zukommen. *Zweitens* bedarf es eines Mindestmaßes an organisatorischer Selbstständigkeit innerhalb des Verbandes und gegenüber den anderen Organen, damit die Kontinuität auch bei einem Wechsel einzelner Organwalter gewährleistet ist. Mit anderen Worten kommt es also maßgeblich auf die Handlungsfähigkeit des Organisationssubjekts an.[20] Zwar ist die Vermögensfähigkeit notwendige Voraussetzung der Rechtsfähigkeit im Außenrechtsverkehr. Indessen spielt sie im hier interessierenden innerorganisatorischen Verhältnis keine Rolle.[21]

Im Verhältnis der Organe untereinander sind Organe damit nicht lediglich interne Funktionseinheiten, sondern Berechtigungs- und Verpflichtungssubjekte und haben „eigene" Berechtigungen und Verpflichtungen.[22] Da ein Organ – wie etwa der Vorstand, der Aufsichtsrat oder die GmbH-Geschäftsführung und die GmbH-Gesellschafterversammlung – über natürliche Personen als geborene oder gekorene Organwalter verfügt, ist es handlungsfähig. Der Umfang dieser Subjektstellung, namentlich Kompetenzen, Handlungsbefugnisse und organisationsrechtliche Rechte und Pflichten, wird durch die Organisationsverfassung (Gesetz, Gesellschaftsvertrag bzw. Satzung) geschaffen und zugleich begrenzt,[23] er ist ggf. durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages zu ermitteln. Entscheidend ist, dass Organen ein abgrenzbarerer spezifischer Funktionsbereich zu eigener Kompetenz und Verantwortung zugeordnet werden kann. Im organisationsrechtlichen Innenverhältnis zu anderen Organen des Verbandes kann ein Organ dann die ihm spezifisch zugewiesenen Aufgaben, also seine eigenen Zuständigkeiten, eigenverantwortlich wahrnehmen, während es im Außenverhältnis bei einem Handeln für den Verband bleibt.[24] So normiert etwa § 46 GmbHG einen umfassenden innerorganisatorischen Zuständigkeitskatalog zugunsten „der Gesellschafter". Die Befugnisse sind nach hier vertretener Auffassung der Gesellschafterversammlung[25] als dem obersten Willensbildungsorgan der GmbH zugewiesen, nicht aber der Gesellschaft und auch nicht den einzelnen Organwaltern persönlich. Durch die Organwalter wird vielmehr der Organwille der GmbH-Gesellschafterversammlung im Wege der Beschlussfassung gebildet. Deshalb ist zwischen dem Willen des Organs und dem Willen der einzelnen Organwalter rechtlich streng zu unterscheiden.[26]

Zusammenfassend ist mit der Lehre vom Organrecht davon auszugehen, dass Organe zwar nicht aus der Außenperspektive, allerdings im davon zu unterscheidenden innerorganisatorischen Verhältnis sehr wohl Träger von eigenen Rechten und Pflichten sein können, die ihnen insoweit das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung zuweisen.

---

[19] Grundlegend *Schürnbrand*, S. 375 f. mwN.
[20] *Jacoby*, S. 398.
[21] *Jacoby*, S. 398; *Schürnbrand*, S. 375.
[22] *H. J. Wolff*, Organschaft, S. 248.
[23] *Jacoby*, S. 398.
[24] *Schürnbrand*, S. 59.
[25] Eingehend *Schürnbrand*, S. 123 ff.
[26] *Hommelhoff* ZHR 143 (1979) 288, 293.