

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

Band 317

Der Organwalter kraft öffentlichen Amtes in GmbH und AG

Bestellung, Abberufung, Amtsführung und Haftung

Von

Benjamin Malz



Duncker & Humblot · Berlin

BENJAMIN MALZ

Der Organwahrer kraft öffentlichen Amtes in GmbH und AG

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

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

Professor Dr. Jens Koch, Köln

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

Professor Dr. Gerald Spindler †

Band 317

Der Organwalter kraft öffentlichen Amtes in GmbH und AG

Bestellung, Abberufung, Amtsführung und Haftung

Von

Benjamin Malz



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen
hat diese Arbeit im Jahr 2026 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2026 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpär

Druck: Beltz Grafische Betriebe GmbH, Bad Langensalza

ISSN 1614-7626

ISBN 978-3-428-19944-0 (Print)

ISBN 978-3-428-59944-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
A. Problemstellung	21
I. Das Phänomen des Organwalters kraft öffentlichen Amtes	21
II. Fehlende abschließende Regelung der Bestellungsrechte für den Aufsichtsrat	24
III. Relevanz öffentlich-rechtlicher Normen	24
IV. Funktionale Betrachtung des Organwalters kraft öffentlichen Amtes als Querschnittsmaterie	27
B. Themenabgrenzung	27
I. Kapitalgesellschaft unter Beteiligung eines öffentlich-rechtlich verfassten Gesellschafters	28
II. Beteiligungen auf Bundes- und Landesebene	28
III. Stiftungsrecht	29
IV. Beamtenrecht	29
V. Bestellung der Arbeitnehmervertreter	29
C. Organisationsrechtliche Ausgangslage	30
I. Bestellung des Organwalters <i>ad personam</i>	30
II. Verbandsautonomie	30
III. Kurationsorgan	31
IV. Organwalter kraft öffentlichen Amtes und Organwalter mit öffentlichem Amt	32
V. Korporationsrechtliche Begriffe	32
D. Gang der Untersuchung	33

Kapitel I

Möglichkeiten der Bestellung von Organwaltern kraft öffentlichen Amtes 35

A. Herausforderungen bei der Bestellung kraft öffentlichen Amtes	35
I. Gesellschaftsrechtliche Umsetzung der Bestellung kraft öffentlichen Amtes ...	35
II. Öffentlich-rechtliche Vorgaben bei Bestehen einer Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand	36
B. Geborene Organwalterschaft kraft Satzung?	36
I. Inhalt einer geborenen Organwalterschaft kraft öffentlichen Amtes	36

II.	Publizität einer geborenen Organwalterschaft	37
III.	Kein geborener Organwalter bei der AG	37
IV.	GmbH	38
1.	Grundsatz: Keine satzungsrechtliche Begründung organschaftlicher Rechte Dritter	38
2.	Begrenzung organschaftlicher Rechte abhängig vom Umfang des Eingriffsrechts?	42
3.	Mindestkompetenzen des Aufsichtsrats als Gestaltungsgrenze	42
a)	Publizitätspflichten	43
b)	Überwachungspflichten	44
c)	Fazit zu den Gestaltungsgrenzen materieller Satzungsbestandteile in Bezug auf den Aufsichtsrat	45
4.	Übertragbarkeit geborener Organwalterschaft?	46
5.	Gestaltungsmöglichkeiten in der mitbestimmten GmbH	49
V.	Fazit zur geborenen Organwalterschaft kraft Satzung	50
C.	Bestellung geborener Organwalter durch die Gründer?	51
I.	GmbH	51
II.	Aktiengesellschaft	52
III.	Fazit zur Bestellung geborener Organwalter kraft öffentlichen Amtes im Kapitalgesellschaftsrecht	53
D.	Gestaltungsmöglichkeiten bei der Wahl durch die Gesellschafterversammlung	53
I.	Gesellschaftervereinbarungen	54
II.	Wahl mit satzungsrechtlicher Vorgabe	55
1.	Aktiengesellschaft	55
2.	GmbH	56
III.	Bestellung unter aufschiebender Bedingung	57
IV.	Satzungsrechtliche Konsortialverträge – Nominierungs- und Präsentationsrechte	59
V.	Satzungsrechtliche Konsortialverträge bei der Aktiengesellschaft?	60
VI.	Bindung gegenüber gesellschaftsexternen Dritten?	61
VII.	Fazit zu den Gestaltungsmöglichkeiten bei der Wahl durch die Gesellschafter	62
E.	Gestaltungsmöglichkeiten bei Entsendung durch die Gesellschafter	62
I.	Entsendungsrecht und geborene Organwalterschaft	62
II.	Rechtsnatur und Grenzen des Entsendungsrechts	63
1.	Historischer Hintergrund des Entsendungsrechts	63
2.	Keine Unvereinbarkeit des Entsendungsrechts mit dem europäischen Gesellschaftsrecht	64
3.	Quantitative Grenzen des Entsendungsrechts	65
a)	Gesetzliche Begrenzung der durch Entsendung zu bestellenden Organwalter	65

b) Korrektur eines Missverhältnisses zwischen kapitalmäßiger Beteiligung und Einfluss auf Bestellungsverfahren	66
c) Quantitative Grenzen des Entsendungsrechts in der GmbH	68
4. Ungeschriebene Grenzen des Entsendungsrechts in der kommunalen Kapitalgesellschaft?	69
III. Fazit zu den Grenzen des Umfangs des Entsendungsrechts	70
IV. Zeitliche Geltung des Entsendungsrechts	70
F. Entsendungsrechte zugunsten Dritter – Der Organwalter kraft öffentlichen Amtes als Kurationsorgan	74
I. Kurationsorgan als Begrenzung eines Dritteinflusses bei der Bestellung	74
II. Amtsinhaber als geborenes Kurationsorgan	78
III. Öffentlich-rechtlich verfasster Gesellschafter als Kurationsorgan	79
IV. Verlagerung der Bestellungskompetenz auf das Wahlvolk?	79
V. Inhaltliche Grenzen bei der Ausübung des Entsendungsrechts zugunsten eines Amtsinhabers	81
1. Maßstab für die Inkompatibilität eines Amtsinhabers	81
2. Unwirksamkeit einer Bestellung des Amtsinhabers	82
3. Entziehbarkeit des Bestellungsrechts aus wichtigem Grund	82
4. Gestaltbarkeit des Entsendungsrechts	83
G. Umdeutung unzulässiger Bestellungsrechte	84
H. Fazit zur Bestellung kraft öffentlichen Amtes in der Kapitalgesellschaft	85
I. Die Bestellung des Organwalters kraft öffentlichen Amtes bei Beteiligung eines öffentlich-rechtlich verfassten Gesellschafters	85
I. Bestellung durch gesetzliche Regelung	85
II. Die Vorgaben der Länder für die Besetzung der Organe der Zielgesellschaft	86
1. Rechtsquellen der öffentlich-rechtlichen Vorgaben für die Organe der Zielgesellschaft	86
2. Regelungsansätze in den Ländern	87
3. Vertretung geborener Organwalter?	89
4. Mediatisierung durch Bestellungskompetenz des Gemeinderats	90
5. Fazit zu den landesrechtlichen Regelungen	91
III. Gesetzliche Bestellung von Organwaltern kraft öffentlichen Amtes in der Anstalt öffentlichen Rechts	92
IV. Unmittelbare landesrechtliche Regelung der Bestellung in der Kapitalgesellschaft?	93
1. Ansatz des Verwaltungsgesellschaftsrechts	93
a) Historische Wurzeln eines Verwaltungsgesellschaftsrechts des Aufsichtsrats	94
b) Punktueller Sondergesellschaftsrecht bei Beteiligung öffentlich-rechtlich verfasster Gesellschafter	94

2. Die dispositive Natur von § 52 Abs. 1 GmbHG als Einfallstor für öffentlich-rechtliche Sonderregeln?	96
3. Gesellschaftsvertragliche Verweisung auf gesetzliche Regeln	99
a) Reine Tochtergesellschaft auf Landesebene	101
b) Reine Tochtergesellschaft auf kommunaler Ebene	102
c) Fazit zur gesellschaftsvertraglichen Verweisung bei reinen Tochtergesellschaften	102
d) Mehrgliedrige Gesellschaft	103
V. Sonstige Möglichkeiten eines öffentlich-rechtlich modifizierten Bestellungsakts	104
1. Bestellung mit öffentlich-rechtlichem Zustimmungsvorbehalt	104
2. Unmittelbare Bestellung durch ein behördliches Kontrollorgan	105
J. Fazit zu öffentlich-rechtlichen Modifikationen der Bestellung	106
K. Das Entsendungsrecht als Transportmittel der Bestellung des Organwalters kraft öffentlichen Amtes	107

Kapitel 2

Pflicht oder Anspruch auf Bestellung zum Organwalter kraft öffentlichen Amtes	110
A. Pflicht der Amtsinhaber zur Annahme der Bestellung?	110
I. Bedürfnis nach verbindlichen Regeln für die Annahme des Organwalters kraft öffentlichen Amtes	110
II. Grundsätzlich keine korporativ wirkende Verpflichtung zur Annahme der Bestellung	111
III. Beamtenrechtliche Pflicht zur Annahme einer Bestellung?	112
IV. Pflicht zur Übernahme des Amtes als Kurationsorgan?	114
V. Bestellungspflicht eines öffentlich-rechtlich verfassten Gesellschafters	115
VI. Fazit zur Pflicht der Amtsinhaber, eine Bestellung anzunehmen	116
B. Gesellschaftsrechtlicher Anspruch eines Amtsträgers auf Bestellung zum Organwalter?	117
I. Bedürfnis eines Anspruchs des jeweiligen Amtsinhabers	117
II. Zulässigkeit und Grenzen der Stimmbindung	117
III. Anspruch aus Bestellung unter aufschiebender Bedingung	119
IV. Subjektiver Anspruch des abstrakt bestimmten Organwalters?	120
V. Subjektives Recht aus gewohnheitsrechtlicher Verbindung von Amt und Organwalterschaft?	121
C. Absicherung der satzungsrechtlichen Vorgaben durch gerichtliche Bestellung	123
I. Gerichtliche Durchsetzung einer Stimmbindungsvereinbarung	123
II. Bestellung durch das Gericht	124
1. Gerichtliche Bestellung eines Organwalters kraft öffentlichen Amtes?	124

2. Satzungsmäßige besondere persönliche Voraussetzung	125
3. Berücksichtigung gesetzlicher persönlicher Voraussetzungen	126
4. Konstruktion des Organwalters kraft öffentlichen Amtes als Kurationsorgan	126
5. Gerichtliche Bestellung in der GmbH?	126
III. Verhältnis der gerichtlichen Bestellung zur Inanspruchnahme des Entsendungsberechtigten	127
IV. Anspruch auf Bestellung bei Rückfall der Bestellungskompetenz an die Gesellschafterversammlung?	128
V. Fazit zur Durchsetzung eines Anspruchs auf Bestellung	128
D. Öffentlich-rechtlicher Bestellungsanspruch des Organwalters kraft öffentlichen Amtes?	129
I. Öffentlich-rechtlicher Anspruch ungeachtet gesellschaftsrechtlicher Umsetzung	129
II. Grenzen öffentlich-rechtlicher Ansprüche	131

Kapitel 3

Die Abberufung des Organwalters kraft Amtes: Der Amtsverlust als notwendige Bedingung der Abberufung	133
A. Gleichlauf zwischen öffentlichem Amt und Organwalterschaft	133
B. Gesellschaftsrechtliche Ausgangslage: Die Abberufungskompetenz als Gegenstück zur Bestellungskompetenz	133
I. Abberufung des Geschäftsführungsorgans in Abhängigkeit einer Weisungsbindung	134
II. Aufsichtsrat: Freie Abberufbarkeit mit satzungändernder Mehrheit	134
C. Einschränkung des Abberufungsrechts außerhalb der Satzung	135
D. Satzungsmäßige Einschränkung der Abberufbarkeit	135
I. Situation in den Kapitalgesellschaften	136
II. Fazit zur satzungsmäßigen Einschränkung der Abberufbarkeit	138
E. Einschränkung der Abberufung entsandter Aufsichtsratsmitglieder	139
I. Grundsatz der jederzeitigen Abberufbarkeit des entsandten Organwalters	139
II. Abweichende Abberufung des Entsendungsberechtigten bei Beteiligung eines öffentlich-rechtlich verfassten Gesellschafters?	139
III. Wirksamer Verzicht des Entsendungsberechtigten auf sein Abberufungsrecht im Verhältnis zur Gesellschaft?	141
IV. Bestandsschutz bei zeitlich befristeter Bestellung?	142
F. Konkurrierende Abberufungskompetenz der Mitgesellschafter	143
G. Verhältnis zur gerichtlichen Abberufung aus wichtigem Grund	144
H. Abberufung nur mit Zustimmung eines Sonderrechtsinhabers	146
I. Beschränkung des Abberufungsrechts unmittelbar aus dem Landesrecht?	148

J. Beschränkung der Abberufbarkeit durch gesellschaftsvertraglichen Verweis auf die landesrechtliche Regelung?	149
K. Formelle Erschwerung des Abberufungsrechts durch rechtliches Gehör bei Abberufung?	149
I. Erfordernis einer Anhörung	149
II. § 28 VwVfG	150
L. Einschränkung der Möglichkeit der Amtsniederlegung des Organwalters	151
M. Verhältnis des Ausscheidens des Organwalters zum Präsentationsrecht	153
N. Einschränkung der Abberufbarkeit auf Ebene eines öffentlich-rechtlich verfassten Gesellschafters	153
I. Öffentlich-rechtliche Beschränkung der Abberufbarkeit	153
II. Bestandsschutz in Abhängigkeit vom öffentlich-rechtlichen Weisungsrecht	154
1. Konstruktion eines Bestandsschutzes bei Amtsführung nach Weisung	154
2. Rechtsfolgen der Mindestkompetenz des fakultativen Aufsichtsrats: Nichtigkeit der unzulässigen Satzungsregelung oder bloße Falschbezeichnung des Aufsichtsrats	156
a) Geltungserhaltende Aufspaltung eines öffentlich-rechtlichen Weisungsrechts?	159
b) Umgang der Organwalter mit Weisungen	161
c) Rechtsfolgen einer unzulässigen Weisung	162
O. Die Amtsenthebung im Verwaltungsverfahren	163
I. Abberufung durch Aufsichtsbehörde	163
II. Divergierende Maßstäbe auf Aufsichtsebene im Gesellschafts- und Beamtenrecht	165
III. Verlust des öffentlichen Amtes wegen mangelhafter Amtsführung in der Zielgesellschaft?	166
P. Sedisvakanz und die Vorgaben des öffentlichen Rechts	168
I. Auswirkungen einer öffentlich-rechtlichen Suspendierung eines Organwalters	168
II. Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Suspendierung	168
III. Vergleich der Suspendierung mit der Rechtslage bei angefochtener Abberufung	170
IV. Entsendung während der Sedisvakanz	172
V. Einstweilige Vakanz und Bestellung eines Organwalters durch das Gericht	174
VI. Fazit zur Sedisvakanz in Verbindung mit Organwaltern kraft öffentlichen Amtes	176
Q. Auswirkungen auf die Suspendierung im behördlichen Verfahren	178
R. Fazit zum Amtsverlust als notwendiger Bedingung der Abberufung	179

Kapitel 4

**Die Abberufung des Organwalters kraft Amtes: Der Amtsverlust
als hinreichende Bedingung der Abberufung**

181

A. Bisherige Praxis des Ausscheidens unmittelbar mit Eintritt des Amtsverlusts	182
I. Fehlende gesellschaftsrechtliche Umsetzung eines automatischen Ausscheidens	182
II. Gesetzlich angeordnetes Ausscheiden	182
1. Fehlen einer bundesgesetzlichen Regelung	182
2. Öffentlich-rechtliche Zuordnung von Hauptamt und Organtätigkeit	184
III. Fazit zur bisherigen Zuordnung von Amtsverlust und Abberufung	186
B. Gestaltungsmöglichkeiten <i>de lege lata</i>	187
I. Kopplung von Beststellungszeitraum und Amtszeit	187
II. Variable Beststellungszeiträume für bestimmte Gruppen von Organwaltern?	188
III. Übertragung des Grundsatzes der formellen Diskontinuität auf den Aufsichtsrat?	188
IV. Amtsniederlegung des Organwalters	190
1. Auf den Amtsverlust bedingte Amtsniederlegung	190
2. Antizipierte Verpflichtung zum Rücktritt des Organwalters	192
3. Auslegung einer Verpflichtung zur Amtsniederlegung als unzulässiger Klageverzicht?	193
V. Erzwingung der Abberufung	195
1. Gesellschaftsrechtlich durch Mitgesellschafter	195
2. Mit Mitteln des öffentlichen Rechts	197
a) Entzug der Erlaubnis der Nebentätigkeit	197
b) Dienstliche Anweisung der Amtsniederlegung	198
3. Öffentlich-rechtlicher Anspruch gegen den Bestellungsberechtigten	199
4. Fazit zur Erzwingung der Abberufung	200
VI. Wegfall der persönlichen Voraussetzungen	200
VII. Privatautonome Gestaltbarkeit des wichtigen Grundes für die Abberufung	204
VIII. Gerichtliche Durchsetzung im öffentlichen Interesse	206
IX. Auflösend bedingte Bestellung	206
1. Konstruktion der auflösenden Bedingung	208
2. Auflösend bedingte Bestellung bei der Aktiengesellschaft?	209
3. Fazit zur Möglichkeit einer auflösend bedingten Bestellung	211
4. Anforderungen an eine hinreichende Bestimmtheit der Bedingung	212
5. Registerrechtliche Abbildung einer auflösend bedingten Bestellung	213
6. Auflösend bedingte Bestellung durch satzungsmäßige Beschränkung des Entsendungsrechts	213
7. Satzungsmäßige Beschränkung des Wahlrechts der Anteilseigner	216
C. Die Verbindung der Bestellung unter auflösender Bedingung mit dem Präsen- tationsrecht des Amtsinhabers	217

D. Fazit zu den Gestaltungsmöglichkeiten bei der Abberufung des Organwalters kraft öffentlichen Amtes	218
--	-----

Kapitel 5

Die Amtsführung des Organwalters kraft öffentlichen Amtes	219
A. Prinzipal-Agenten-Konflikt bei Beteiligung eines öffentlich-rechtlich verfassten Gesellschafters	219
I. Zielsetzung öffentlich-rechtlich verfasster Gesellschafter als sekundärer Prinzipal-Agenten-Konflikt	219
II. Institutionalisierung des Interessenkonflikts bei der Bestellung Organwalter kraft öffentlichen Amtes	222
B. Modifikation der Amtsführung <i>ad personam</i> abhängig von der Art des Bestellungsaktes?	222
I. Konflikttoleranz der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat	223
II. Keine Modifikation der Pflichtenbindung bei Bestellung in der Satzung	225
III. Einflussnahme durch Entsendung	225
C. Beeinflussung der Dynamik des Kollegialorgans bei der Bestellung von Organwaltern kraft öffentlichen Amtes	229
I. Satzungsrechtliche Regelung des Binnenrechts im Kollegialorgan	229
II. Der Organwalter kraft öffentlichen Amtes im nach Fraktionen gespaltenen Aufsichtsrat	230
D. Das öffentliche Interesse als Pflichtenprogramm des Organwalters	233
I. Keine Bindung an das öffentliche Interesse aufgrund des Anstellungsvertrags	233
II. Das öffentliche Interesse als Bestandteil der allgemeinen Organpflichten	234
1. Das Eigeninteresse eines öffentlich-rechtlich verfassten Gesellschafters als typisiertes öffentliches Interesse?	234
2. Definition des öffentlichen Interesses durch (Allein-)Gesellschafter	236
3. Möglichkeit zur Inkorporation einer Entsprechenserklärung zur Berücksichtigung des öffentlichen Interesses?	237
E. Fazit zur Amtsführung der Organwalter kraft öffentlichen Amtes	238

Kapitel 6

Haftungsregime bei Bestellung eines Organwalters kraft öffentlichen Amtes	240
A. Freistellungsanspruch des Organwalters kraft öffentlichen Amtes	240
I. Außenhaftung des Organwalters kraft öffentlichen Amtes	240

II.	Anknüpfung des Freistellungsanspruchs an ein Weisungsrecht der öffentlichen Hand?	241
1.	Sachlicher Anwendungsbereich des Freistellungsanspruchs	241
2.	Weisungsbefolgung als Tatbestandsmerkmal der Haftungsfreistellung	242
3.	Zuständigkeit für ein mögliches Weisungsrecht bei Organwaltern kraft öffentlichen Amtes	243
4.	Inhaltliche Grenzen der Weisungsbefolgung	244
5.	Fazit zur Anknüpfung eines Freistellungsanspruchs an eine Weisungsbefolgung	246
III.	Organisationsrechtliche Bedenken gegen Freistellungsansprüche	247
1.	Vergleich der Freistellung mit einer D&O-Versicherung	247
2.	Anknüpfungspunkt für die Freistellung der Organwalter kraft öffentlichen Amtes	249
3.	Freistellungsvereinbarungen als Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz?	249
4.	Gesamtschuldnerische Haftung als Wesensmerkmal von Kollegialorganen	251
IV.	Auswirkungen der organisationsrechtlichen Bedenken auf den Freistellungsanspruch	251
V.	Fazit zum Freistellungsanspruch eines Organwalters kraft öffentlichen Amtes	253
B.	Ausschluss eines Innenregresses der Zielgesellschaft wegen Rechtsmissbrauchs?	256
C.	Folgen „politischer“ Entlastung – <i>quis custodiet ipsos custodes</i>?	257
D.	Anspruchsgeltendmachung aufgrund Einschätzung einer unabhängigen Rechnungsprüfungsbehörde?	258
E.	Ergebnis zur Haftung des Organwalters kraft öffentlichen Amtes	259
F.	Haftung des Bestellungsberechtigten	260
I.	Allgemeines Auswahlverschulden	260
II.	Konzernrechtliche Haftung	262
1.	Öffentlich-rechtlicher Rechtsträger als herrschendes Unternehmen	262
2.	Beweisregeln zur konzernrechtlichen Veranlassungsvermutung	265
3.	Vertragskonzern	268
a)	Konzernrechtliche Verlustausgleichspflicht als unzulässige Gewährung von Sicherheiten	269
b)	Verlustausgleichspflicht als Verstoß gegen das Gebot der Haftungsbeschränkung	269
4.	Folgen der Haftungsregeln in den Gemeindeordnungen der Länder für die Zulässigkeit des Vertragskonzerns	271
a)	Verbot des Abschlusses von Beherrschungsverträgen	271
b)	Korrelation der öffentlich-rechtlichen Haftungsregelungen mit der Stellung der Organwalter kraft öffentlichen Amtes	271
c)	Abschluss von Unternehmensverträgen durch Zwischenschaltung einer Holdinggesellschaft	272

d) Möglicher Wegfall von Entsendungs- und Gestaltungsrechten	274
III. Konzernrechtliche Mithaftung der Organwalter als Vertreter der Gebietskörperschaft?	275
1. Vertragskonzern	275
2. Faktischer Konzern	276
IV. Korrelation zwischen gesellschaftsrechtlicher Konzernleitungspflicht und öffentlich-rechtlicher Ingerenz	278
V. Der öffentlich-rechtlich verfasste Gesellschafter als faktisches Organ	279
VI. § 31 BGB (gegebenenfalls i. V. m. § 89 BGB)	282
VII. Stellungnahme und eigener Ansatz zu § 31 BGB für typische Konstellationen des Organwalters kraft öffentlichen Amtes	286
1. Anwendbarkeit des § 31 BGB	286
2. Maßstäbe für eine Anwendung des § 31 BGB auf die Organwalter kraft öffentlichen Amtes	288
3. Rechtsfolge	292
VIII. Sonstige Anknüpfungspunkte für eine Haftung des Bestellungsberechtigten ..	293
IX. Alternativen zu § 31 BGB	293
G. Fazit zu den Haftungsfolgen	294
H. Zusammenfassung zu Interessenkonflikten und ihrer Auflösung	295
 Schlussbetrachtung	 297
 Zusammenfassung in Thesen	 299
 Literaturverzeichnis	 301
 Sachwortverzeichnis	 320

Abkürzungsverzeichnis

AER	The American Economic Review
AG	Die Aktiengesellschaft
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BB	Betriebs-Berater
DB	Der Betrieb
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBt	Deutsches Verwaltungsblatt
ECGI	European Corporate Governance Institute
GewA	Gewerbearchiv
GmbHR	GmbH-Rundschau
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen Zeitung
KommJur	Kommunaljurist
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
npoR	Zeitschrift für das Recht der Nonprofit Organisationen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
RdA	Recht der Arbeit
RiW	Recht der internationalen Wirtschaft
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
VerwArch	Verwaltungsarchiv
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Zögu	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen

Einleitung

A. Problemstellung

I. Das Phänomen des Organwalters kraft öffentlichen Amtes

Wird der Inhaber eines öffentlichen Amtes in das Organ einer privatrechtlich verfassten Gesellschaft wie den Aufsichtsrat einer GmbH bestellt, richtet sich diese Bestellung nicht (nur) nach der Befähigung der natürlichen Person als Organwalter genau dieser Gesellschaft, sondern nach deren Funktion als Amtsträger. Wird beispielsweise der Oberbürgermeister¹ oder das Kabinettsmitglied einer Landesregierung² zum Organwalter bestellt, geschieht dies regelmäßig nicht aufgrund individueller (Aus-)Wahl des Amtsinhabers als natürlicher Person. Die Bestellung zum Organwalter der Gesellschaft knüpft in diesem Fall an die Eigenschaft als Amtsinhaber an. Der Grund für ein solches Vorgehen liegt teilweise in einer durch das öffentliche Amt vermittelten Gewähr von Unabhängigkeit und Befähigung. Abstrakt an die Eigenschaft als Amtsinhaber anknüpfende Bestellungen senken ferner die Transaktionskosten der Gesellschaft, da die Suche nach geeigneten Kandidaten und streitige Abstimmungen entfallen.³ Damit kann sich ein Bestellungsautomatismus positiv auf das wirtschaftliche Ergebnis der Zielgesellschaft auswirken. Als Kehrseite dieser Vorteile kann der Organwalter kraft öffentlichen Amtes bei Beteiligung öffentlich-rechtlich verfasster Gesellschafter bestehende Interessenkonflikte verfestigen, indem der Einfluss der öffentlichen Hand durch die an das öffentliche Amt anknüpfende Organwalterschaft institutionalisiert wird. Aufgrund des derzeit wieder zu beobachtenden Trends vermehrter staatlicher Einflussnahme auf

¹ Vgl. § 8 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag Stadtwerke Deggendorf GmbH i.d.F. v. 11. Juli 2014: „Der/Die jeweilige Oberbürgermeister/in der Stadt Deggendorf ist geborenes Mitglied des Aufsichtsrates [...]“.

² Der Ministerpräsident des Landes Niedersachsen wird regelmäßig als geborenes Aufsichtsratsmitglied der Volkswagen AG bezeichnet oder wahrgenommen, vgl. FAZ v. 2. Dezember 2021: „[Niedersachsens Ministerpräsident Stephan Weil] sitzt qua Amt im Aufsichtsrat des größten deutschen Industriekonzerns [...]“; Ähnliches gilt für die Vertreter des Landes Brandenburg oder der Stadt Berlin als Aufsichtsratsmitglieder der Flughafen Berlin-Brandenburg GmbH, vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 1. April 2014 – OVG 12 S 77.13, BeckRS 2014, 49570: „Der Antragsteller ging [...] offenbar davon aus, dass die streitigen Unterlagen den Antragsgegner sowohl in seiner Funktion als Ministerpräsident des Landes Brandenburg [...] als auch in seiner Funktion als Mitglied des Aufsichtsrats der Flughafen Berlin-Brandenburg GmbH ‚erreicht‘ haben [...]“.

³ *Armour/Enriques/Hansmann/Kraakman*, in: *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 51 f.

privatwirtschaftliche Unternehmen⁴ ist die Frage der Personalhoheit für die aktuellen Herausforderungen der Corporate Governance⁵ von besonderer Bedeutung. Ansatz der Arbeit ist es, (i) aufzuzeigen, welche Möglichkeiten und rechtlichen Grenzen gesellschaftsrechtlich bestehen, Bestellung und Abberufung des Organwalters mit dem öffentlichen Amt zu verknüpfen, und (ii), für den Fall der Beteiligung öffentlich-rechtlich verfasster Gesellschafter diese Gestaltungsmöglichkeiten mit den öffentlich-rechtlichen Anforderungen an die Bestellung der Organwalter in Ausgleich zu bringen.

Bisherige Studien haben sich mit der Bestellung eines Organwalters kraft Amtes meist nur am Rande beschäftigt. Zum einen gibt es gesellschaftsrechtliche Ansätze im Rahmen der Frage der Gestaltbarkeit der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder in der Satzung.⁶ Zum anderen wird der Organwalter kraft öffentlichen Amtes teilweise in Zusammenhang mit der Repräsentation öffentlich-rechtlich verfasster Gesellschafter in Aufsichtsräten privatrechtlich verfasster Gesellschaften behandelt.⁷ Eine monographische Auseinandersetzung mit der organisationsrechtlichen Verknüpfung zwischen Organwalterschaft und öffentlichem Amt fehlt bislang. Gemeinsam ist den bisherigen Ansätzen, dass die Möglichkeit, einen Organwalter kraft seines öffentlichen Amtes zu bestellen, allgemein vorausgesetzt wird. Wenn der Organwalter als jeweiliger Inhaber eines vorab definierten (öffentlichen) Amtes bestellt werden soll, wird teilweise von einer „Gleichlaufklausel“⁸ oder „Benennung eines geborenen Organwalters“⁹ gesprochen.¹⁰ Bereits der Begriff des geborenen

⁴ Vgl. *Harnos*, AG 2025, 297, 304; vgl. auch die Diskussion im Rahmen des ZHR-Symposiums am 18. Januar 2025, Zusammenfassung bei *Kratzmeier*, ZHR 189 (2025), 362, 366 f.; *Burgi*, ZHR 189 (2025), 304, 317 ff.

⁵ Beispielhaft für mögliche Organpflichten *Weller*, Gutachten F, 74. DJT 2024, Bd. 1, S. F30 ff., F94 ff.; *Verse/Tassius*, in: Hommelhoff/Hopt/Leyens Unternehmensführung-HdB, 1. Aufl. 2024, § 7 Rn. 24; *Burgi*, ZHR 189 (2025), 304, 317 ff.; zu den möglichen Auswirkungen für die strategische Rolle des Aufsichtsrats *Bannier*, ZIP 2025, 1635.

⁶ Z. B. *Gasteyer*, in: v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 1. Aufl. 2015, Exkurs 3 Rn. 36; ebenso *Adenauer*, in: Backhaus/Tielmann, Der Aufsichtsrat, 2. Aufl. 2023, Exkurs 3 Rn. 41; *Giedinghagen*, in: MHLS, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 52 GmbHG Rn. 94.

⁷ Z. B. *Neudenberger*, Der Aufsichtsrat in staatlichen Eigen- und Beteiligungsgesellschaften 2023; *Pape*, Das kommunale Aufsichtsratsmandat 2020.

⁸ *Lieder/Becker/Hoffmann*, GmbHR 2021, 621, 630.

⁹ Ausdrücklich *Gasteyer*, in: v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 1. Aufl. 2015, Exkurs 3 Rn. 36: „Benennung geborener Aufsichtsratsmitglieder in der Satzung“; ebenso *Adenauer*, in: Backhaus/Tielmann, Der Aufsichtsrat, 2. Aufl. 2023, Exkurs 3 Rn. 41; zum Begriff der Benennung *Ulmer*, in: FS Stimpel 1985, 75; vgl. *Giedinghagen*, in: MHLS, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 52 GmbHG Rn. 94: „Aus dem Gesellschaftsvertrag kann sich ergeben, dass der Aufsichtsrat ein oder mehrere geborene Mitglieder hat und im Extremfall sogar nur aus namentlich oder nach Funktion bzw. anderen Merkmalen („Oberhaupt“ eines Familienstammes etc.) bezeichneten Personen besteht“.

¹⁰ Vgl. § 8 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag Stadtwerke Deggendorf GmbH i. d. F. v. 11. Juli 2014: „Der/Die jeweilige Oberbürgermeister/in der Stadt Deggendorf ist geborenes Mitglied des Aufsichtsrates. Die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrates werden von der Stadt Deggendorf“.

Organwalters kann missverständlich sein, suggeriert er doch, dass der Organwalter kraft öffentlichen Amtes ohne jeglichen Bestellsungsakt „automatisch“¹¹ in das Organ einrückt. In der Praxis kann jedoch auch der Organwalter kraft öffentlichen Amtes „gekoren“ sein, da er erst durch einen Gesellschafterbeschluss zum Organwalter bestellt wird¹² und nur die Vorauswahl der Bestellung durch das Innehaben des Amtes vorgegeben wird. So wird gerade bei der GmbH mit kommunaler Beteiligung häufig davon ausgegangen, dass der Oberbürgermeister „geborener“ Organwalter ist. Oftmals wird dies aber sogleich dadurch relativiert, dass er einen Vertreter benennen kann, der an seiner statt zu bestellen ist.¹³ Es fehlt regelmäßig an einer Begründung für die kolportierte Zulässigkeit einer Bestellung kraft Amtes oder deren Umsetzung.¹⁴ Teilweise wird die geborene Organwalterschaft als Ausfluss der Satzungsautonomie in der GmbH vorausgesetzt,¹⁵ ohne deren Anforderungen und Grenzen zu thematisieren. Nach einem anderen Ansatz wird die geborene Organwalterschaft dagegen an der Bestellung durch Entsendung festgemacht.¹⁶ Dabei bleibt jeweils offen, ob es gesellschaftsrechtlich zulässig ist, dass sich eine Bestellung kraft Amtes automatisch auf jeden Amtsnachfolger erstrecken soll, beziehungsweise der Entsendungsberechtigte in jedem Fall den jeweiligen Amtsinhaber zum Organwalter zu bestellen hat.

dorf (Stadtrat) entsandt.“; allgemein *Giedinghagen*, in: MHLS, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 52 GmbHG Rn. 94: „Aus dem Gesellschaftsvertrag kann sich ergeben, dass der Aufsichtsrat ein oder mehrere geborene Mitglieder hat und im Extremfall sogar nur aus namentlich oder nach Funktion bzw. anderen Merkmalen („Oberhaupt“ eines Familienstammes etc.) bezeichneten Personen besteht“; zur Möglichkeit der Bestellung „geborener“ Organwalter ohne weitere Begründung noch *Kaltenborn*, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-GF-HdB, 3. Aufl. 2020, 14. Kap. § 48 Rn. 25.

¹¹ Sogar auf das Erfordernis der Bestellung soll dabei verzichtet werden können, *Lieder/Becker/Hoffmann*, GmbHR 2021, 621, 630: „Auf [...] Grundlage [der Gleichlaufklausel] werden die Mitglieder des Aufsichtsorgans nicht durch einen besonderen Bestellsungsakt ins Amt befördert.“

¹² Etwa durch Entsendung, vgl. § 7 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag Messe Frankfurt GmbH i. d. F. v. 24. Mai 2012: „Zwei Aufsichtsratsmitglieder werden von der Stadt Frankfurt am Main entsandt, und zwar der Oberbürgermeister und der Stadtkämmerer der Stadt Frankfurt am Main. Zwei weitere Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner werden vom Land Hessen entsandt, und zwar der Hessische Finanzminister und der Hessische Wirtschaftsminister [...]“; ähnlich eine streitige Klausel im Gesellschaftsvertrag der Technische Werke Dresden GmbH, die OVG Bautzen, Urt. v. 8. Februar 2011 – 4 A 637/10 = NJOZ 2011, 1977 f. zu Grunde lag: „Die Landeshauptstadt D. entsendet den Oberbürgermeister oder einen von ihm benannten Beigeordneten als Mitglied des Aufsichtsrates [...]“; hierin wurde eine Festlegung auf den Oberbürgermeister als geborenes Mitglied gesehen; vgl. zum durch Entsendung bestellten Bürgermeister als „geborenes Mitglied“ des Aufsichtsrats auch VG Münster, Urt. v. 6. Mai 2011 – 1 K 508/10 = NVwZ-RR 2011, 741, 743.

¹³ Dazu unten Kapitel 1.II.3.

¹⁴ Vgl. *Ziegemeier*, LKV 2005, 338, 339.

¹⁵ *Giedinghagen*, in: MHLS, Bd. 2, 4. Aufl. 2023, § 52 GmbHG Rn. 94.

¹⁶ *Gasteyer*, in: v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 1. Aufl. 2015, Exkurs 3 Rn. 40; ebenso *Adenauer*, in: Backhaus/Tielmann, Der Aufsichtsrat, 2. Aufl. 2023, Exkurs 3 Rn. 45.

II. Fehlende abschließende Regelung der Bestellungsrechte für den Aufsichtsrat

Die für den Organwalter kraft öffentlichen Amtes relevanten organisationsrechtlichen Anknüpfungspunkte sind vielschichtig. Praktische Relevanz hat besonders die Bestellung des Organwalters kraft öffentlichen Amtes in den Aufsichtsrat der GmbH. Bereits gesellschaftsrechtlich ist der Aufsichtsrat jedoch nur im Aktiengesetz geregelt. Das GmbH-Gesetz erklärt für den fakultativen Aufsichtsrat nur die wesentlichen aktienrechtlichen Vorschriften subsidiär für anwendbar, § 52 Abs. 1 GmbHG.¹⁷ Für den fakultativen Aufsichtsrat überlässt die Norm dem Gesellschaftsvertrag einen Großteil der Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse der Organwalter zur Gesellschaft. Im Aufsichtsrat der mitbestimmungsfreien GmbH gibt es damit bereits keine abschließenden gesetzlichen Vorgaben für die Bestellung und Abberufung der Organwalter mehr. Für die Aktiengesellschaft – und in gewissem Umfang für die mitbestimmte GmbH – ist dagegen schon der Kanon der Bestellungsrechte vorgegeben.¹⁸ Ferner können Sonderrechte in Bezug auf die Bestellung (namentlich Entsendungsrechte) in der Aktiengesellschaft nur zugunsten von Aktionären begründet werden (§ 101 Abs. 2 S. 1 AktG), sodass auf dieser Ebene Aktionärsstellung und Bestellungsrecht zwingend korrelieren. Bei Fragen der privatautonomen Gestaltbarkeit ist zu prüfen, welche Möglichkeiten abweichend hiervon bei der GmbH bestehen.

III. Relevanz öffentlich-rechtlicher Normen

Tritt der Organwalter kraft öffentlichen Amtes – wie häufig der Fall – in Kombination mit einem öffentlich-rechtlich verfassten Gesellschafter auf, schiebt sich ein öffentlich-rechtlicher Filter über das Organisationsrecht der Zielgesellschaft. Das Kommunalwirtschaftsrecht in den Gemeindeordnungen sieht oftmals Regelungen vor, wie die Organwalter auszuwählen sind,¹⁹ in welches Organ sie bestellt werden sollen und wie die Bestellung umgesetzt wird. So ergibt sich teilweise bereits unmittelbar aus der maßgeblichen Gemeindeordnung, dass grundsätzlich der

¹⁷ *Henssler*, in: *Henssler/Strohn GesR*, 6. Aufl. 2024, § 52 GmbHG Rn. 1.

¹⁸ Vgl. § 101 AktG, auf den § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 DrittelbG vollständig und § 6 Abs. 2 S. 1 MitbestG teilweise verweisen.

¹⁹ Siehe ausführlich unten, Kapitel 1 I.II.; Baden-Württemberg (§ 104 Abs. 1, 2 GemO BW); Bayern (Art. 93 Abs. 1, 2 BayGO); Brandenburg (§ 97 Abs. 1, 2, 4, 5, 6 BbgKVerf); Hessen (§ 125 Abs. 1, 2 HGO); Mecklenburg-Vorpommern (§ 71 Abs. 1, 2 MVKV); Nordrhein-Westfalen (§ 113 Abs. 1, 2 GO NRW); Niedersachsen (§ 138 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 3 NKomVG); Rheinland-Pfalz (§ 88 Abs. 1, 3 GemO RP); Saarland (§ 114 Abs. 1, 2, 3 Saarl-KSVG); Sachsen (§ 98 Abs. 1, 2 SächsGemO); Sachsen-Anhalt (§ 131 Abs. 1, 2, 3 KVG LSA); Schleswig-Holstein (§ 104 Abs. 1 S. 1, 2 GO SW); keine ausdrückliche Regelung in Thüringen (vgl. § 74 Abs. 1 ThürKO).

Bürgermeister als Organwalter zu bestellen ist.²⁰ Typisch sind kommunalwirtschaftsrechtliche Regelungen, nach denen der Einfluss öffentlich-rechtlich verfasster Gesellschafter über Bestellungsrechte in einem *Überwachungsorgan* (vor allem dem Aufsichtsrat) zu wahren ist.²¹ Schließlich ist die öffentliche Hand nach den Vorschriften der Kommunalverfassungen oftmals verpflichtet, auf die Einräumung von Entsendungsrechten in der Satzung hinzuwirken.²² Für Beteiligungen auf Bundes- und Landesebene sind § 65 BHO beziehungsweise die korrespondierenden Landeshaushaltsordnungen maßgeblich. Diese verlangen einen angemessenen Einfluss des öffentlich-rechtlich verfassten Gesellschafters, typischerweise im Aufsichtsrat.²³

Dazu treten noch Beteiligungsrichtlinien des Bundes und der Länder, die das gesetzliche Regelwerk als *soft law* ergänzen und Regelungen unter anderem zur Amtsführung und Abberufung der durch den jeweiligen öffentlich-rechtlich verfassten Gesellschafter bestellten Organwalter enthalten.²⁴ Bei unmittelbarer Anwendung öffentlich-rechtlicher Vorschriften auf das Organisationsrecht des Aufsichtsrats besteht somit das Risiko eines Sondergesellschaftsrechts, bei dem das bundesgesetzliche Gesellschaftsrecht faktisch durch Landesrecht oder Verwaltungsvorgaben überschrieben wird. Hierzu hat sich im öffentlichen Recht – angelehnt an das allgemein anerkannte Verwaltungsprivatrecht²⁵ – eine Lehre vom

²⁰ Dazu unten Kapitel 1 I.II.

²¹ Baden-Württemberg (§ 103 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GemO BW); Bayern (Art. 93 Abs. 2 S. 1 BayGO); Brandenburg (§ 96 Abs. 1 Nr. 2 BbgKVerf); Hessen (§ 122 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HGO); Mecklenburg-Vorpommern (§ 69 Abs. 1 Nr. 3 MVKV); Nordrhein-Westfalen (§ 108 Abs. 1 Nr. 6 GO NRW); Niedersachsen (§ 137 Abs. 1 Nr. 6 NKomVG); Rheinland-Pfalz (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 GemO RP); Saarland (§ 110 Abs. 1 Nr. 3 Saarl-KSVG); Sachsen (§ 96 Abs. 1 Nr. 2 SächsGemO); Sachsen-Anhalt (§ 129 Abs. 1 Nr. 3 KVG LSA); Schleswig-Holstein (§ 102 Abs. 2 Nr. 3 GO SW); Überblick auch bei *Gaß*, in: Burgi/Habersack Unternehmens ÖffR-HdB, 1. Aufl. 2023, § 21 Rn. 99.

²² Vgl. *Rehn/Cronauge*, 31. Erg. Oktober 2008, § 113 GO NRW Rn. VI 1; ausdrücklich in Bayern (Art. 93 Abs. 2 S. 1 BayGO); Nordrhein-Westfalen (§ 113 Abs. 3, 1 GO NRW); Niedersachsen (§ 138 Abs. 3 S. 1 NKomVG); Schleswig-Holstein (§ 102 Abs. 2 Nr. 3 GO SW; ferner angelegt in Baden-Württemberg (§ 104 Abs. 1 S. 2; Abs. 2 GemO BW); Hessen (§ 125 Abs. 2, S. 1 HGO); Saarland (§ 114 Abs. 1, 2, 3 Saarl-KSVG); Sachsen (§ 98 Abs. 1 S. 2, 3 SächsGemO); Sachsen-Anhalt (§ 131 Abs. 3 S. 1 KVG LSA).

²³ Überblick bei *Mann*, in: Burgi/Habersack Unternehmens ÖffR-HdB, 1. Aufl. 2023, § 19 Rn. 35 ff.

²⁴ Vgl. *Schockenhoff*, ZHR 188 (2024), 356, 361; zu nennen sind beispielsweise PCGK-Bund, Teil II Richtlinien für eine aktive Beteiligungsführung bei Unternehmen mit Bundesbeteiligung – inklusive Anlagen, Stand: 6. November 2024, abrufbar unter: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/grundsaeetze-beteiligungsfuehrung.pdf?__blob=publicationFile&v=20, zuletzt abgerufen am 7. Juli 2025; Beteiligungshandbuch des Landes Niedersachsen, Stand: 1. März 2021, abrufbar unter <https://www.mf.niedersachsen.de/download/167645/Download.pdf>, zuletzt abgerufen am 7. Juli 2025.

²⁵ BGH, Urt. v. 5. April 1984 – III ZR 12/83, BGHZ 91, 84, 96 = NJW 1985, 197, 200; BGH, Urt. v. 17. Juni 2003 – XI ZR 195/02, BGHZ 155, 166, 175 = NJW 2003, 2451, 2453; vgl. *Adenauer/Merk*, NZG 2013, 1251, 1252.