

Zum Problem der Personenidentität zwischen dem
Vorstand der Muttergesellschaft und der Geschäftsführung der Tochter-GmbH
im Fall der AWO-Sachsen-Anhalt

Vorgelegt von:

Melanie Engels

Jana Maruschke

Prof. Dr. Andreas Fisahn

**ZUM PROBLEM DER PERSONENIDENTITÄT ZWISCHEN DEM VORSTAND DER
MUTTERGESELLSCHAFT UND DER GESCHÄFTSFÜHRUNG DER TOCHTER-GMBH IM
FALL DER AWO SACHSEN-ANHALT..... 1**

I. Zur Problemkonstellation	1
1. Ausgangslage.....	1
2. Die Betriebsaufspaltung.....	2
II. Rechtliche Bewertung	4
3. Das Verhältnis Vorstand – Geschäftsführung.....	4
4. “Richter in eigener Sache?“	5
a) Abstimmungen im Rahmen der Gesellschafterversammlung.....	6
b) Praktikabilität des Stimmrechtsausschlusses eines Finanzvorstandes.....	10
c) Zwischenergebnis	10
5. Verbot des Inschlaggeschäftes.....	12
a) Zulässige Reichweite der Vertretungsmacht des Vorstands sowie der Geschäftsführung.....	12
b) Zwischenergebnis	13
6. Ergebnis	13
III. Die Verbandsinternen Regularien	14
1. Die Satzung des Landesverbands	14
2. Der Governance Kodex	16
3. Die Unternehmensverbundrichtlinie.....	19
IV. Gesamtergebnis.....	21

Zum Problem der Personenidentität von Vorstand der Muttergesellschaft und Geschäftsführung der Tochter-GmbH im Fall der AWO Sachsen-Anhalt

I. Zur Problemkonstellation

1. Ausgangslage

Der AWO-Verband ist ein gemeinnütziger Verein mit Sitz in Sachsen-Anhalt. Er ist in seinen unterschiedlichen Verbandsgliederungen in allen sozialen Bereichen aktiv tätig. In ihm haben sich Mitglieder und ehrenamtlich tätige Bürger zusammengefunden, um bei der Bewältigung sozialer Probleme und Aufgaben mitzuwirken und um den demokratischen, sozialen Rechtsstaat zu verwirklichen.

Der Verband ist ein demokratisch und föderativ aufgebauter Mitgliederverband, der Rat und Hilfe gleichermaßen für alle Menschen – unabhängig von Herkunft, Bildung, Religion und politischer Überzeugung anbietet. Leitsätze und Leitbild sind Grundlage für das Handeln des Verbands. Sie kennzeichnen Ziele, Aufgabenverständnis und Methoden der Arbeit. Mit dem Grundsatzprogramm legt der Verband seine programmatische Ausrichtung fest.

Der Landesverband ist der Verbund aller Kreisgliederungen des Verbands in Sachsen-Anhalt. Seine Organe sind die Landeskonferenz, der Landesausschuss und der Landesvorstand. Dieser setzt sich aus drei Personen zusammen: Herr S als (noch) Vorsitzender des Vorstands (am 31.05.2020 ausgeschieden), Nachfolger Herr H, Finanzvorstand Herr Z und Vorstand für Sozialpolitik und Verbandsmitglied Frau S.

Um seine wirtschaftliche Handlungsfähigkeit zu erweitern, gründete der Verband, wie es in solchen Fällen gängige Praxis ist, mehrere Tochterunternehmen, die in verschiedenen Sektoren für ihn tätig werden. Diese mit dem Verband verbundenen Unternehmen bieten umfangreiche und vielseitige Dienstleistungen und Betreuungsangebote für den Bereich der Gesundheitswirtschaft und der Sozialwirtschaft.

Eine dieser Tochter-Unternehmen ist eine GmbH. Sie betreibt Seniorenzentren mit Pflegeeinrichtungen, Tagespflege sowie ambulante Pflegedienste in Sachsen-Anhalt und ist damit ein bedeutender Anbieter im Bereich der Altenhilfe. Die Geschäftsführung der GmbH wurde nun Herrn Z übertragen, welcher zusätzlich bereits als Finanzvorstand des Verbands tätig ist.

Fraglich ist, ob diese in Herrn Z begründet liegende Personenidentität zwischen dem Amt als Finanzvorstand des Verbands und der zusätzlichen Bekleidung der Rolle des Geschäftsführers der GmbH in dieser Form rechtlich zulässig ist.

Zur Bewertung dieser Frage werden im Folgenden sowohl die einfachgesetzlichen Regelungen, sowie einschlägige Rechtsprechung, als auch die Satzung, das Verbandsstatut und der Governance-Kodex des Verbands herangezogen.

2. Die Betriebsaufspaltung

Zunächst ist zu klären, um welche Art von rechtlichem Organisationskomplex es sich hier handelt. Der Verband hat sich durch das rechtliche Modell einer sog. „Betriebsaufspaltung“ unter der Gründung mehrerer Tochterunternehmen organisiert. Dieses Vorgehen könnte signifikante Folgen für die rechtliche Behandlung der einzelnen Institutionen, und insbesondere deren Vorsitzenden bzw. Geschäftsführenden haben.

Bei der Betriebsaufspaltung handelt es sich zunächst um ein von der Rechtsprechung geschaffenes Konstrukt ohne gesetzliche Grundlage. Kennzeichnend dafür ist, dass eine eigentlich vermögensverwaltende Tätigkeit, nämlich die Nutzungsüberlassung von Wirtschaftsgütern, über eine personelle und sachliche Verflechtung zwischen dem Besitzunternehmen (z.B. dem Verein) und dem gewerblichen Betriebsunternehmen (Tochtergesellschaft) zu einem Gewerbebetrieb umqualifiziert wird. Die beiden selbstständigen Unternehmen werden so ertragsteuerlich als einheitlicher Betrieb behandelt.

Von einer Betriebsaufspaltung spricht man somit, wenn ein Unternehmer Wirtschaftsgüter, die zu den wesentlichen Grundlagen seines Gewerbebetriebs (z.B. Grundstücke und Maschinen) gehört haben, miet- oder pachtweise einer von ihm gegründeten und beherrschten Kapitalgesellschaft zum Zweck der Weiterführung des Betriebs überlässt, und diese Wirtschaftsgüter des Unternehmers – Besitzunternehmen – über die Kapitalgesellschaft – Betriebsunternehmen – auch weiterhin am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligt bleiben.¹ Die vermieteten oder verpachteten Wirtschaftsgüter bleiben deshalb beim Besitzunternehmen weiterhin

¹ BFH v. 22.1.1954 III 232/52 U, BStBl. III S. 91; v. 23.3.2011 X R 42/08, BStBl. 2012 II S. 188; Anm. *Bode*, FR 2011 S. 1004; *Kulosa*, HFR 2011 S. 1092.

Betriebsvermögen.² Voraussetzung für die Annahme einer Betriebsaufspaltung ist eine sachliche und personelle Verflechtung hinsichtlich der beteiligten Unternehmen. Während das Kriterium der sachlichen Verflechtung erfüllt ist, wenn das Besitzunternehmen eine wesentliche Betriebsgrundlage an das Betriebsunternehmen miet-, pacht- oder leihweise zur Nutzung überlässt, ist eine personelle Verflechtung zu bejahen, wenn eine oder mehrere Personen zusammen sowohl das Besitzunternehmen als auch das Betriebsunternehmen dergestalt beherrschen, dass sie in beiden Unternehmen einen *einheitlichen geschäftlichen* Betätigungswillen durchsetzen können. Der Fall einer echten (typischen) *Betriebsaufspaltung* ist gegeben, wenn ein bisher existierender einheitlicher Gewerbebetrieb auf zwei Unternehmen aufgeteilt wird und das Betriebsunternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft geführt wird.³

„Besitzunternehmen“ im Rahmen einer Betriebsaufspaltung kann in diesem Zusammenhang auch ein steuerbefreiter gemeinnütziger Verein (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG) oder ein steuerbefreiter Verband (Arbeitgeberverband, Wirtschaftsverband, Berufsverband: § 5 Absatz 1 Nr. 5 KStG) sein, wenn an eine im Mehrheitsbesitz stehende gewerbliche Tochter-Kapitalgesellschaft Wirtschaftsgüter überlassen werden und die Voraussetzungen der sachlichen Verflechtung und der personellen Verflechtung erfüllt sind.⁴ Der Verband fällt in die zweitgenannte Kategorie und ist folglich Besitzunternehmen nach diesen Vorschriften. Fraglich ist nun, ob die sachliche und personelle Verflechtung zwischen Besitz- und Tochterunternehmen hinreichend gegeben ist.

Das Vorliegen einer solchen Betriebsaufspaltung, die dazu führt, dass eine Vermietungs- oder Verpachtungstätigkeit als gewerbliche Tätigkeit zu qualifizieren ist, setzt weiterhin nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs voraus, dass die vom Besitzunternehmen vermieteten oder verpachteten Wirtschaftsgüter zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen des Betriebsunternehmens gehören (sachliche

² BFH v. 11.12.1985 VIII R 240/81, BStBl. 1986 II S. 296; Anm. Woerner, BB 1986. 653; Paus, DStZ 1986 S. 491; Schilling, BB 1986 S. 1548; H 15.7 Abs. 4 EStH.

³ BFH v. 23.3.2011 X R 45/09, BStBl. II S. 778; Anm. Förster, BFH/PR 2011 S. 379; Wischmann, GmbH-StB 2011 S. 259.

⁴ BFH, 21.05.1997 AZ I R 164/94, BFH/NV 1997 S. 825; OFD Hannover v. 23. 7. 1998, FR 1998 S. 911; OFD Frankfurt/M. v. 22. 2. 1999, DStR 1999, S. 1111.

Verflechtung) und zwischen Besitz- und Betriebsunternehmen eine enge personelle Verflechtung besteht.⁵

Entscheidend für das Vorliegen einer solchen personellen Verflechtung ist, dass die hinter dem Betriebs- und Besitzunternehmen stehenden Personen einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen haben.⁶ Dabei reicht für die personelle Verflechtung im Fall einer gemeinnützigen Körperschaft als Besitzunternehmen aus, dass der gemeinnützige Verein in der Gesellschafterversammlung der GmbH in Form von Beschlüssen mit einfacher Stimmenmehrheit der Geschäftsführung Einzelweisungen in allen Fragen der laufenden Geschäftsführung erteilen kann und ein gemeinsamer geschäftlicher Betätigungswille besteht.⁷ Eine zusätzliche Personenidentität zwischen den Organen der Besitz- und der Betriebsgesellschaft muss nicht bestehen. Insofern kommt es jedoch immer auf die organisationsstrukturellen Vorgaben aus den Satzungen, Geschäftsordnungen des jeweiligen Vereins an.

Der einheitliche geschäftliche Betätigungswille ist vorliegend in der gemeinsamen Zielsetzung der Mitwirkung bei der Bewältigung sozialer Probleme und Aufgaben und des Anstrebens der Verwirklichung des demokratischen, sozialen Rechtsstaats zu sehen. Dies soll insbesondere durch die Einrichtung sozialer Betriebe (z.B. Seniorenzentren etc.) erreicht werden. Die GmbH unterhält derartige Betriebe im Auftrag des Verbands und im Einklang mit dessen verbandlicher Zielsetzung. Insofern ist die notwendige personelle Verflechtung gegeben.

Ebenfalls tritt der Verband als Alleingesellschafter der GmbH auf und ist dieser gegenüber weisungsbefugt. Das bedeutet, dass der Vorstand des Verbands direkten Einfluss auf die Entscheidungen bezüglich der (laufenden) Geschäfte der GmbH ausüben kann und soll. Die Voraussetzung der sachlichen und personellen Verflechtung liegen somit insgesamt vor. Somit besteht hier insgesamt die rechtliche Konstellation einer Betriebsaufspaltung.

⁵ BFH v. 8. 9. 2011, AZ IV R 44/07, DStR 2011, Seite 2236, unter Hinweis auf BFH v. 1. 12. 1989, AZ III R 94/87.

⁶ BFH v. 8. 11. 1971, BFH 08.11.1971 Aktenzeichen GrS 2/71, BStBl II 1972, BSTBL Jahr 1972 II Seite 63, BeckRS 1971, BECKRS Jahr 22001274.

⁷ BFH, Urteil vom 21.5.1997, Az. I R 164/94.

II. Rechtliche Bewertung

3. Das Verhältnis Vorstand – Geschäftsführung

Fraglich ist demnach, ob in dieser Konstellation eine Besetzung im Finanzvorstand des Verbandes und als Geschäftsführer der GmbH durch die gleiche Person rechtlich zulässig ist.

Infolge der Betriebsaufspaltung stehen sich zwei zentrale Akteure gegenüber, nämlich der Vorstand des Verbandes – und insbesondere dessen Finanzvorstand in Person von Herrn Z – auf der einen und die dem Verband zugehörigen GmbH, dessen Geschäftsführung ebenfalls durch Z ausgeübt werden soll, auf der anderen Seite.

Der Verband ist durch die Betriebsaufspaltung zur Alleingesellschafterin der GmbH geworden. Gemäß §9 Abs. 2 der Satzung des Verbands vertritt der Vorstand den Verein gerichtlich und außergerichtlich, wobei er nach §9 Abs.4 der Satzung die Geschäfte des Vereins mit Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrnimmt. Das bedeutet, dass die Gesellschafterversammlung der GmbH personell betrachtet aus H, S und Z besteht. Sie sind für die Überwachung der Beschlüsse der Geschäftsführung der GmbH zuständig, und müssen insoweit unabhängig agieren können.

Somit ist zu untersuchen, ob die hier vorzunehmende Doppelbesetzung durch Z statthaft ist. Denn: Aus dem Verhältnis zwischen dem Verband als Alleingesellschafter und der Geschäftsführung der GmbH ergeben sich bestimmte Rechte und Pflichten, deren Reichweite und Grenzen im Folgenden erläutert werden müssen. Zur Verdeutlichung der sich hier stellenden Problematik (Personenidentität zwischen Landesvorstand und Geschäftsführung der GmbH) muss somit auf die jeweiligen rechtlich relevanten Einflussmöglichkeiten zwischen Vorstand des Verbands und der Geschäftsführung der Tochtergesellschaft eingegangen und deren rechtliche Wirkmacht eingegrenzt werden.

Fraglich ist also, ob in einem solchen Fall, alle Akteure ihre Rechte noch vollständig ausschöpfen können. Dies könnte insbesondere hinsichtlich des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung der GmbH und der Vertretungsmacht der Geschäftsführung durch Z gegenüber dem Vorstand relevant werden.

4. "Richter in eigener Sache?"

Fraglich ist, ob Z, wenn er zugleich Vorstandsmitglied und Geschäftsführer ist, innerhalb der Gesellschafterversammlung der GmbH stimmberechtigt sein kann, bzw. ob sein Stimmrecht bei Gesellschaftsbeschlüssen einzuschränken ist.

Gemäß §47 Abs. 1 GmbHG erfolgen die von den Gesellschaftern in den Angelegenheiten der Gesellschaft zu treffenden Bestimmungen durch Beschlussfassung nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen.

Das bedeutet, dass das Stimmrecht und dessen Ausübung weitreichende rechtliche Folgen haben kann. Insbesondere ist es üblich, dass das Votum der Gesellschafterversammlung regelmäßig u.a. auch über die Stellenbesetzung der Geschäftsführung der GmbH entscheidet.

Infolgedessen können nunmehr Interessenkonflikte entstehen, deren Lösung im Wege einer Abstimmung in der Gesellschafterversammlung ins Leere führen würden. Insbesondere das Abstimmungsverhalten des Z im Rahmen der Gesellschafterversammlung der GmbH könnte durch sein Doppelmandat beeinträchtigt sein.

Dabei könnte weiterhin speziell seine Rolle als Finanzvorstand für gewisse Problematiken innerhalb der Verbandsorganisation sorgen, indem er bei der Vergabe von Geldern die Möglichkeit haben könnte, mehr Mittel für die GmbH, als für andere Tochter-GmbH bereitzustellen. Dies würde unter Umständen zu Konkurrenzsituationen mit anderen Tochtergesellschaften des Verbands führen. Z könnte durch sein Doppelmandat in einigen Fragen zu seinen Gunsten abstimmen und somit eine legitimierte, transparente Überprüfung seiner (eigenen) operativen geschäftlichen Entscheidungen umgehen. Die Möglichkeit eines unabhängig agierenden Kontrollorgans, welches die Geschäfte der GmbH überwacht, könnte insoweit unterlaufen werden und folglich ins Leere führen, indem Z sich somit in der Lage befände „sich selbst zu kontrollieren“.

Fraglich ist somit, ob dies rechtlich zulässig ist oder ob einer solchen Konstellation ein rechtliches Verbot bzw. Normen aus der Satzung des Verbands entgegenstehen.

a) Abstimmungen im Rahmen der Gesellschafterversammlung

Es ist somit zu überprüfen, ob Z ein Stimmrecht innerhalb der Gesellschafterversammlung der GmbH, dessen Geschäftsführer er werden soll, haben kann bzw. ob er ein solches überhaupt innehaben darf und wo dessen rechtliche Grenzen liegen. Fraglich ist, ob Z dieses Stimmrecht (insbesondere in den ihn betreffenden Angelegenheiten) rechtlich einwandfrei ausüben kann, oder ob bzw. in welchen Fällen er von einer diesbezüglichen Beschlussfassung auszuschließen sein könnte.

Für vier typische Konfliktfälle zwischen Eigeninteresse des Gesellschafters und Gesellschaftsinteresse sieht das Gesetz in §47 Abs. 4 GmbHG einen Stimmrechtsausschluss des betroffenen Gesellschafters vor: Beschlussfassungen über die Entlastung eines Gesellschafters, die Befreiung eines Gesellschafters von einer Verbindlichkeit, die Vornahme eines Rechtsgeschäfts gegenüber einem Gesellschafter sowie die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits gegen einen Gesellschafter. Die Regelung will das „Richten in eigener Sache“⁸ und Inschlaggeschäfte⁹ (dazu näheres unten) ausschließen.

Das Stimmrecht ist in diesem Zusammenhang als die mitgliedschaftsrechtliche Befugnis, durch Stimmabgabe an Gesellschafterbeschlüssen mitzuwirken, zu verstehen.¹⁰

Der Schutzzweck der Stimmverbote aus §47 Abs. 4 GmbHG ist, die Willensbildung in der Gesellschaft in typischen Fällen vor dem Einfluss von Sonderinteressen zu bewahren. Er greift dabei im Besonderen ein, wenn die Sonderinteressen über eine Stimmbindung auf die Gesellschaft einwirken. Folge ist, dass der Beschluss insoweit gemäß §134 BGB, welcher ein gesetzliches Verbot normiert, nichtig ist und ein weisungsabhängiger Gesellschafter einem Stimmverbot entsprechend dem Gehalt von §47 Abs.4 S.1 GmbHG typisierte Interessenkonflikte zu regeln, unterliegt.

Grundsätzlich darf sich zwar jeder Gesellschafter an jeder Abstimmung beteiligen, selbst wenn er an dem Ergebnis der Abstimmung ein besonderes Interesse hat.¹¹ Nur wenn bei einem Gesellschafter konkrete Sonderinteressen vorliegen, die erwarten

⁸ BGHZ 9, 157, 178; 97, 28, 33.

⁹ Scholz/K. Schmidt § 47 Rn. 102; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 47 Rn. 28.

¹⁰ MüKo-GmbHG/Drescher GmbHG § 47 Rn. 68.

¹¹ So bereits LG Heilbronn, AG 1971, S. 94f.

lassen, dass er bei der Abstimmung nicht die Interessen der Gesellschaft, sondern (zumindest auch) seine eigenen Interessen wahrnimmt, besteht ein Stimmverbot.¹² Stimmverbote dienen insoweit der „Richtigkeitsgewähr“ der Willensbildung im jeweiligen Verband.¹³

Allerdings hat der Gesetzgeber diesen Grundgedanken aus §47 Abs. 4 GmbHG nicht auf alle denkbaren Interessenkollisionen ausgedehnt, da sonst die Gefahr bestünde, dass größere Gesellschafterkreise von der Stimmabgabe ausgeschlossen sind und es so zu Verfälschungen der Mehrheitsverhältnisse kommt.¹⁴ Vielmehr hat der Gesetzgeber die Stimmverbote auf zwei Hauptanwendungsfälle eingeschränkt: Es soll niemand „Richter in eigener Sache“ sein und ein „Verbot des Inschlaggeschäfts“ bestehen.¹⁵ Im Hinblick auf diese Einschränkung ist eine Ausweitung der Stimmverbote in Form einer Analogie ausgeschlossen.¹⁶ Andernfalls würden erhebliche Unsicherheiten entstehen, wenn im konkreten Abstimmungsfall festgestellt werden müsste, ob eine ein Stimmverbot rechtfertigende Interessenkollision vorliegt.¹⁷

Ein Gesellschafterbeschluss ist der Ausdruck der Willensbildung der Gesellschafter bezüglich eines bestimmten Beschlussgegenstandes als Ergebnis einer Abstimmung. Mit einem Gesellschafterbeschluss geben die Gesellschafter eine verbindliche Willenserklärung in Bezug auf den Beschlussgegenstand ab.¹⁸ Ein solcher Beschluss hat nach herrschender Meinung die Rechtsnatur eines Rechtsgeschäfts. Das heißt, er entfaltet unmittelbar rechtlich bindende Wirkung für die Beteiligten.¹⁹;

¹² Volhard, in: Semler/Volhard, Arbeitshdb. für die Hauptversammlung, 2. Aufl. (2003), §18 Rn. 9.

¹³ K.Schmidt, GesellschaftsR, 4. Aufl. (2002), § 14 VI, Rn. 2b.

¹⁴ Barz, in: Großkomm. z. AktG, 3. Aufl. (1973), § 136 Anm. 1.

¹⁵ Lohr, NZG 2002, S. 551.

¹⁶ BGHZ 97, BGHZ Band 97 Seite 28 = BGH, NJW 1986, NJW Jahr 1986 Seite 2051; OLG München, NJW-RR 1996, NJW-RR Jahr 1996 Seite 159; OLG Düsseldorf, ZIP 1996, ZIP Jahr 1996 Seite 1083 (ZIP Jahr 1996 Seite 1086); Hüffer, § 136 Rn. 18; a.A. Zöllner, in: Baumbach/Hueck), §47 Rn. 44.

¹⁷ So auch Schröer, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 2), § 136 Rn. 18.

¹⁸ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 47 Rn. 2, 3.

¹⁹ Ganz h.M., Wiedemann GesR I S. 179; Scholz/Schmidt § 45 Rn. 18; UHL/Hüffer/Schürnbrand Rn. 3; MüKoGmbHG/Drescher Rn. 8; K. Schmidt GesR 436 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer Rn. 2 f.; Noack Fehlerhafte Beschlüsse S. 16 f.; Busche FS Säcker, 2011, 45 ff.; aA zT ältere Lehre, mit neuen Ansätzen wieder Ernst FS Leenen, 2012, 1 (5 ff); Roth/Altmeppen/Altmeppen Rn. 3 (Beschl. als Organakt).

Da §47 Abs. 4 GmbHG ein gesetzliches Verbot gemäß §134 BGB enthält, wäre ein Stimmbindungsvertrag, welcher durch eine Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung eingegangen wird, nach §134 BGB nichtig. Der vom Stimmverbot betroffene Gesellschafter wäre somit an der Abstimmung gehindert.

Uns liegt an dieser Stelle der Gesellschaftsvertrag der GmbH nicht vor, jedoch wird in diesem regelmäßig festgehalten, dass die Geschäftsführung zwar an den Gesellschafterversammlungen teilnehmen kann, jedoch ohne dabei ein Stimmrecht innezuhaben. Das ergibt sich zudem bereits aus der direkten Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung gegenüber dem Geschäftsführer einer GmbH.

Grundsätzlich müsste das stimmberechtigte Beiwohnen der Geschäftsführung, also Z, durch den Gesellschaftsvertrag dementsprechend ausgeschlossen sein. Es kann lediglich ein Erlaubnisvorbehalt für gewisse Fälle bestehen, die aber Einzelfälle bleiben müssen und nicht generell, d.h. für jede Entscheidung beschlossen werden dürfen. Die Vorschrift gerät in Konflikt mit der vorgesehenen Besetzung der Gesellschafterversammlung. Es ist ein logischer Widerspruch, wenn eine Person gleichzeitig stimmberechtigter Gesellschafter ist und in der Regel nicht stimmberechtigtes Mitglied der Geschäftsführung. Der Konflikt ist nur durch die Trennung der beiden Ebenen zu lösen.

Weiterhin: Selbst, wenn Z als Geschäftsführer an der Gesellschafterversammlung stimmberechtigt teilnehmen dürfte, so würde er als Vorstandsmitglied und damit Teil der Gesellschafterversammlung selbst über seine Stimmberechtigung in Einzelfällen entscheiden. Dies erscheint widersinnig und nicht mit §47 Abs. 4 GmbHG vereinbar.

Darüber hinaus ergibt sich aus dieser Doppelbesetzung eine weitere rechtlich und praktisch problematische Situation. Gesetzt dem Fall, Z würde dieses Doppelmandat ausführen, müsste vor jedem Gesellschafterbeschluss bezüglich der GmbH ausreichend geprüft werden, ob Z in diesem Fall stimmberechtigt sein kann. Sollte dies nicht der Fall sein, würde der Beschluss gegen §47 Abs. 4 GmbHG in Verbindung mit §134 BGB verstoßen und müsste als nichtig erachtet werden. Durch die sich daraus ergebende permanente Gefahr Nichtigkeit der Beschlüsse würde der Vorstand in zahlreichen Fragen zum Teil beschluss- und damit handlungsunfähig. Dies würde einen reibungslosen Ablauf der Alltagsgeschäfte und der GmbH deutlich erschweren, zumal es ein großes Potential möglicher Rechtsbrüche birgt.

Des Weiteren ist die Gesellschafterversammlung einer GmbH regelmäßig (durch den Gesellschaftsvertrag) dazu befugt durch Beschluss die Geschäftsführung zu bestellen und auch abzuberufen. Das bedeutet, dass Z über die Besetzung seines eigenen Postens abstimmen müsste. Eine unvoreingenommene und insbesondere autonome Entscheidungsfindung innerhalb der Gesellschafterversammlung wird in einem solchen Fall kaum möglich sein und ist rechtlich weder durch einfache Gesetze noch durch die Satzung des Verbands legitimiert.

Folglich birgt die Doppelbesetzung von Finanzvorstand und Geschäftsführung ein hohes Potential für schwer auflösbare Konfliktsituationen und Rechtsverstöße insb. gegen §47 Abs. 4 S. 1 GmbHG i.V.m. §134 BGB.

Z würde als Gesellschafter der GmbH seine Tätigkeit als Geschäftsführer – insbesondere in finanziellen Fragen – weitestgehend „selbst überwachen“ können, indem er mit zur Einsetzung der Geschäftsführung befugt und dieser gegenüber in seiner zusätzlichen Rolle als Gesellschafter weisungsbefugt wäre. Z würde insoweit zum „Richter in eigener Sache“. Eine solche Form der „Selbstkontrolle“ ist nach allgemeiner Auffassung der Rechtsprechung nicht zulässig. Die Einsetzung von Z kann somit im Rahmen von Abstimmungen in der Gesellschafterversammlung Rechtsverstöße gegen §47 Abs. 4 S. 1 GmbHG zur Folge haben. Somit wären Beschlüsse, die ihn betreffen nach §134 BGB als nichtig zu erachten und damit unwirksam.

b) Praktikabilität des Stimmrechtsausschlusses eines Finanzvorstandes

Es müsste in jedem Einzelfall ein deutliches Stimmverbot hinsichtlich der entsprechenden Angelegenheiten in der Satzung ausgesprochen werden, um rechtliche Konflikte zu vermeiden. Derartige Ausschlüsse des Stimmrechts in besonderen Fällen lassen sich jedoch weder in der Satzung noch in einem anderen der sich selbst gegebenen Rechtssätze des Verbandes finden

Selbst wenn im Rahmen des Gesellschaftsvertrags bzw. der Satzung ein deutliches Stimmverbot normiert würde, um derartige potenzielle Rechtsbrüche zu vermeiden, bliebe fraglich, ob ein derartiges Vorgehen praktikabel wäre. Insbesondere die Tatsache, dass Z die Funktion des Finanzvorstands innehat und insofern häufig bei der Mittelvergabe ihm bzw. der GmbH gegenüber Entscheidungen in der Gesellschafterversammlung wird treffen müssen, lässt es zumindest zweifelhaft

erscheinen, ihn von wesentlichen Abstimmungen ausschließen zu müssen. Der Vorstand müsste, um nicht gegen § 47 Abs. 4 GmbHG zu verstoßen, Z im Hinblick auf viele Beschlussfassungen dessen Stimmrecht entziehen, was insbesondere in Bezug auf Finanzfragen problematisch erscheint, da nur Z hier die nötige Expertise in den Vorstand einbringen kann.

Damit ist die Einsetzung von Z als Geschäftsführer der GmbH zusätzlich zu seinem Amt als Vorstandsmitglied des Verbands in dieser Hinsicht zwar nicht vollständig unzulässig, jedoch im Hinblick auf die GmbH betreffende Gesellschafterbeschlüsse als rechtlich problematisch und in der Praxis ohne die Gefahr permanenter Rechtsbrüche als kaum umsetzbar zu erachten.

c) Zwischenergebnis

Weil ein Finanzvorstand als Mitglied der Gesellschafterversammlung und in seiner Funktion als Finanzvorstand des Verbandes die Geschäftsführung der Tochter-GmbH kontrollieren, über deren strategische Ausrichtung entscheiden und gleichzeitig andere Töchter in gleicher Weise behandeln soll, besteht die Gefahr von Beschlüssen die nach dem GmbH-Gesetz rechtswidrig und am Ende nichtig sind. In vielen, allerdings nicht in allen Fällen gibt es also ein rechtliches Verbot der Personenidentität von Vorstand der Mutter und Geschäftsführung der Tochter, weil die Person zum „Richter in eigener Sache“ werden kann.

Außerdem ist die generelle Stimmrechtszuteilung von Geschäftsführern der GmbH in der Gesellschafterversammlung ausgeschlossen, so dass eine Personenidentität von Vorstand und Geschäftsführung nicht zweckdienlich ist, weil immer wieder zu entscheiden ist, ob der Stimmrechtsausschluss für die Geschäftsführung aufgehoben werden kann, was aber die Wahrnehmung der Aufgabe des Gesellschafters unmöglich macht.

5. Das Verbot des Insichgeschäftes

a) Zulässige Reichweite der Vertretungsmacht des Vorstands sowie der Geschäftsführung

Darüber hinaus ist fraglich, wie weit die Vertretungsmacht eines Vorstandsmitglieds bei Rechtsgeschäften, die er schließlich mit sich selbst als Geschäftsführer der GmbH schließen könnte, reichen darf.

Hier könnte ein Verstoß gegen das Selbstkontrahierungsverbot aus §181 BGB in Form eines Insichgeschäftes bestehen.

Bei einem Insichgeschäft tritt der gleiche Vertragspartner auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts auf, wobei er mindestens einmal als Vertreter einer Partei agiert. Ein Fall des Selbstkontrahierens liegt vor, wenn der Vertreter ein Rechtsgeschäft für den Vertretenen mit sich selbst vornimmt. Es muss eine Personenidentität bestehen, nicht nur eine wirtschaftliche Identität.²⁰

Nach §35 Abs. 3 GmbHG unterliegt der Geschäftsführer einer GmbH grundsätzlich der Begrenzung der Vertretungsmacht durch §181 BGB.

Der Geschäftsführer kann die Gesellschaft weder bei Geschäften mit sich selbst (Selbstkontrahierung, In-Sich-Geschäft) noch bei Geschäften, die er als gesetzlicher, rechtsgeschäftlich bestellter oder organschaftlicher Vertreter²¹ eines Dritten abschließt (Mehrfachvertretung), wirksam vertreten.²² Nichts anderes gilt für Geschäfte zwischen zwei Gesellschaften (auch Mutter- und Tochtergesellschaft),²³ die ein und denselben Geschäftsführer haben.²⁴

²⁰ MüKo, § 181, Rn. 23; Staudinger/Schilken § 181 BGB, Rn. 39.

²¹ so *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band I, 6. Aufl. (2012), § 181 Rn. 36; vgl. zur Möglichkeit einer satzungsmäßigen Befreiung vom Verbot der Selbstkontrahierung: *Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band I, 7. Aufl. (2015), § 181 Rn. 76.

²² *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. (2013), § 35 Rn. 125; *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 8. Aufl. (2015), § 35 Rn. 77.

²³ *Ellenberger*, in: *Palandt*, BGB, 75. Aufl. (2016), § 181 Rn. 10; *Schneider/H. Schneider*, in: *Scholz*, GmbHG, 11. Aufl. (2012-2015), Band II, §§ 35 – 52, § 35 Rn. 175; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. (2013), § 35 Rn. 137; a. A. *Stephan/Tieves*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl. (2016), § 35 Rn. 189.

²⁴ *Lenz*, in: *Michalski*, GmbHG, 2. Aufl. (2010), § 35 Rn. 84); vgl. zur Verlängerung des Geschäftsführeranstellungsvertrags zwischen GmbH & Co. KG und der

Ein gegen §181 BGB verstoßendes Rechtsgeschäft ist nicht nichtig, sondern schwebend unwirksam.²⁵ Da der Geschäftsführer der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft ist, aber gleichzeitig auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts steht, muss die Gesellschafterversammlung²⁶ die Entscheidung über die Genehmigung nach §§177 Abs. 1, 184 BGB oder über die Ablehnung des Rechtsgeschäfts treffen.

Dies erscheint hier problematisch, da Z im Rahmen seiner Funktion als Mitglied in der Gesellschafterversammlung erneut über ihn direkt betreffende Belange entscheiden könnte. Hier könnte ein weiterer Verstoß gegen §47 Abs.4, S.2 GmbHG vorliegen.

§47 Abs.4, S.2 GmbHG ist nach Auffassung der Rechtsprechung Ausfluss eines allgemeinen Grundsatzes, dass von einem selbst am Geschäft Beteiligten nicht zu erwarten ist, er werde bei der Stimmabgabe die eigenen Belange denen der Gesellschaft hintan stellen, sodass verbandsfremde Sonderinteressen durch einen Stimmrechtsausschluss bei Insichgeschäften von der Einwirkung auf die Verbandsentscheidungen fernzuhalten sind.²⁷

Besondere Vertretungsregelungen des Vereins sind insbesondere immer dann erforderlich, wenn ein Verein Alleingesellschafter einer Tochtergesellschaft ist. Ist dieser Fall eingetreten, so ist der Geschäftsführungs- und Vertretungsregelung besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Die gesetzlichen Vertreter des Alleingesellschafters (Vereinsvorstand) können sich nicht zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft bestellen.²⁸ Insoweit muss eine ausdrückliche Befreiung vom Verbot des Insichgeschäfts nach §181 BGB erfolgen, da eine Mehrfachvertretung auch für den Fall ausgeschlossen ist, dass der Vorstand auf einer Seite als Gesamtvertreter auftritt.²⁹

Geschäftsführer der Komplementär-GmbH jüngst *BGH*, Urteil vom 19.04.2016 - II ZR 123/15 -, ZIP 2016, 1332.

²⁵ *Ellenberger*, in: *Palandt*, BGB, 75. Aufl. (2016), § 181 Rn. 15.

²⁶ *BGH*, Urteil vom 06.10.1960 – II ZR 215/58-, *BGHZ* 33, 189, 192 = *NJW* 1960, 2285, 2286.

²⁷ Vgl. OLG München (7. Zivilsenat), 18.07.2018 - 7 U 4225/17, Rn. 24; OLG Hamburg, aaO, Rn. 35.

²⁸ BayObLG, Beschl. v. 17.11.2000, DB 2001, DB Jahr 2001 Seite 87 (DB Jahr 2001 Seite 88).

²⁹ Schmidt in *Ensthaler/Füller/Schmidt*, GmbHG, § 35 Rn. 47; vgl. *Paefgen* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 35 Rn. 59; *Jacoby* in *Bork/Schäfer*, GmbHG, § 35 Rn. 38.

Im Innenverhältnis kann – so die Rechtslage – die Vereinssatzung Zustimmungserfordernisse für den Fall festlegen, dass der Vereinsvorstand als Gesellschafter der Tochtergesellschaft handelt. Alternativ kann der Vorstand eine gesonderte Vertretungsregelung in das Vereinsregister eintragen lassen, da der Umfang der Vertretungsmacht durch die Satzung auch mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden kann. Sie wirkt aber nur dann gegen Dritte, wenn sie dem Dritten bekannt oder im Vereinsregister eingetragen ist.³⁰

Eine derartige Eintragung in das Vereinsregister ist hier nicht erfolgt. Ein Ausschluss von §181 BGB in der Satzung des Verbands nicht vorgesehen.

b) Zwischenergebnis

Die Einsetzung von Herrn Z als Geschäftsführer der GmbH verstößt insoweit gegen das Selbstkontrahierungsverbot aus §181 BGB, weil ein Ausschluss dieses Verbots durch die Satzung der GmbH nicht vorgesehen ist, und folglich nicht offengelegt werden konnte.

6. Ergebnis

Im Ergebnis kann die beabsichtigte Doppelbesetzung in rechtgeschäftlicher Hinsicht einige Probleme bereiten. Hier würde eine Personenidentität entstehen, die eine eindeutige Trennung der jeweiligen Entscheidungsfindungsebenen nicht mehr zulässt. Dies würde die Führung der Tagesgeschäfte der GmbH, sowie die Beschlussfassungen in deren Gesellschafterversammlung erheblich beeinträchtigen.

Auf der einen Seite besteht für Z im Rahmen der Gesellschafterversammlung der GmbH, bei welcher er als Vorstandsmitglied eine tragende administrative Rolle spielt, grundsätzlich ein Stimmrecht. Damit würde er ständig zum „Richter in eigener Sache“ werden. Die Konfliktlage würde eine beständige „Lösung im Einzelfall“ erfordern und birgt die Gefahr von regelmäßig nichtigen Beschlüssen.

Auf der anderen Seite würde Z sich u.a. bei der Bereitstellung von Mitteln an die GmbH, welche er leitet, selbst doppelt vertreten. Dabei könnte es sich ferner um folgenreichere, unter Umständen zustimmungsbedürftige Geschäfte handeln. Diese Zustimmung würde er als Mitglied der Gesellschafterversammlung in dieser

³⁰ Heidel/Lochner, AnwKommentar, BGB, § 26 Rn. 5.

Konstellation selbst vornehmen können, was einen eindeutigen Verstoß gegen §181 BGB darstellt.

Insgesamt würde die hier gegebene Doppelbesetzung durch Z somit einen Rechtsverstoß gegen einfachgesetzliche Normen darstellen. Der Finanzvorstand kann sich nicht gegenüber der personenidentischen Geschäftsführung der GmbH selbst vertreten, da es so zu einem unzulässigen Verstoß gegen das Selbstkontrahierungsverbot aus §181 BGB kommen würde.

III. Die verbandsinternen Regularien

1. Die Satzung des Landesverbands

Zu prüfen ist, wie die Rechtslage nach der Satzung des Verbands zu bewerten ist.

Eine abweichende Satzungsgestaltung der Stimmverbote ist als Ergänzung und Erweiterung der gesetzlichen Regelung allgemein möglich.³¹ Einschränkungen oder gar Beseitigung hingegen sind nur in engen Grenzen zulässig: Die Stimmverbote bei Entlastung und Befreiung von einer Verbindlichkeit sind zwingend³² sowie bei allen Maßnahmen, die aus wichtigem Grund gegen einen Gesellschafter ergriffen werden.³³ Abdingbar hingegen ist das auf dem Gedanken des Insihgeschäfts beruhende Stimmverbot bei Vornahme von Rechtsgeschäften mit einem Gesellschafter.³⁴

Eine ausdrückliche Zuweisung ist diesbezüglich in der Satzung nicht zu finden. Es könnte jedoch der Fall bestehen, dass notwendige Kontrollmechanismen für eine derartige Konstellation in der Satzung normiert sind, oder bestimmte Regelungen hinsichtlich der Vertretung des Vorstandes eine solche Konstellation zulassen.

Ins Auge fällt hier insbesondere der §9 Abs. 4 der Satzung. Danach nimmt der Landesvorstand die Geschäfte des Vereins gemäß der verbandlichen Zielsetzung (also den Vorgaben aus dem Governance-Kodex) mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahr. Er führt die Geschäfte nach Maßgabe der Gesetze, dieser Satzung,

³¹ BGHZ 92, 386, 395; OLG Stuttgart GmbHR 1992, 48.

³² BGHZ 108, 21, 26 f. (Entlastung); OLG Stuttgart GmbHR 1995, 231; Baumbach/Hueck/Zöllner § 47 Rdnr. 106; aA Bacher GmbHR 2001, 133, 134 ff.

³³ OLG Hamm GmbHR 1993, 815; Scholz/K. Schmidt § 47 Rn. 173; Baumbach/Hueck/Zöllner § 47 Rn. 106.

³⁴ Baumbach/Hueck/Zöllner § 47 Rn. 106 mwN; z.B. OLG Stuttgart BB 2001, 794, 796.

des Grundsatzprogramms, des Statuts sowie der Beschlüsse der Bundes- und Landeskonferenz, des Landesausschusses und des Präsidiums.

Eine gesonderte Rolle nimmt laut der Satzung das Präsidium ein. In §8 Abs. 7 lit. e) heißt es dazu: Die Aufgaben des Präsidiums sind insbesondere die Aufsicht über den Landesvorstand. Diese umfasst: die Zustimmung zum Wirtschaftsplan (...), sowie die Zustimmung zur Gründung und zur Beteiligung an Gesellschaften sowie über deren Statute; Entscheidung über die **Besetzung von deren Aufsichtsgremien**. Das Präsidium ist somit neben dem Vorstand angesiedelt.

Die Vorschrift ließe sich so lesen, dass eine Möglichkeit einer (wenn auch nur punktuellen) Einsetzung einer unabhängigen Kontrollinstanz besteht, die zwischen Finanzvorstand und Geschäftsführung der GmbH geschaltet werden könnte. Ob dies jedoch in der Praxis ausreicht, ist fraglich. Die Durchgriffsmöglichkeiten der Geschäftsführung der GmbH auf die unabhängige Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung wären im Zweifel vermutlich dennoch nicht immer transparent nachvollziehbar, zumal das Präsidium unter Umständen nicht die nötige Kompetenz besitzt in jedem Fall juristisch fehlerfrei zu entscheiden, in welchen Fällen Z stimmberechtigt ist und in welchen nicht.

Tatsächlich muss die Norm deshalb wohl in dem Sinne verstanden werden, dass das Präsidium über die Besetzung vorhandener Aufsichtsgremien entscheidet und nicht dazu, weitere Aufsichtsgremien zu schaffen.

Weiterhin lässt sich in der Satzung kein Passus bezüglich eines Ausschlusses des Selbstkontrahierungsverbots gemäß §181 BGB, bzw. ein Stimmverbot für Vorstandsmitglieder, welche Geschäftsführerrollen einnehmen, finden. Somit kann bereits an dieser Stelle die rechtliche Zulässigkeit der vorliegenden Konstellation zwischen Vorstand und Geschäftsführung verneint werden. Eine derartige Möglichkeit wäre allenfalls gegeben, wenn die Satzung durch den Mitgliederbeschluss dahingehend geändert würde.

Insgesamt lässt sich damit sagen, dass die Satzung eine derartige Personenidentität zwischen Vorstand und Geschäftsführung nicht vorsieht. Insbesondere wurde kein Ausschluss des §181 BGB eingefügt. Insofern liegt hier ebenfalls ein Verstoß gegen die satzungsrechtlichen Vorgaben des Verbands vor.

2. Der Governance Kodex

Der Governance-Kodex des Verbands könnte die Vorgaben noch weiter konkretisieren. Bei diesem Rechtssatz handelt es sich um verbindliche Richtlinien des Verbands in Deutschland für eine verantwortungsvolle Verbands- und Unternehmensführung. Diese wurden durch den Bundesausschuss am 25.11.2017 beschlossen und gelten damit für alle Verbände.

Die darin beschlossenen Leitsätze und Richtlinien sind folglich durch alle Verbände umzusetzen und in ihre verbandliche Unternehmensführung zu implementieren.

Ziffer 1 Absatz d) des Governance Kodex besagt: „Die (...) wichtigsten Kriterien zur Verbesserung der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen sind klare Organisationsstrukturen in den Unternehmen und Betrieben, **eindeutige Abgrenzungen von Zuständig- und Verantwortlichkeiten, Aufgaben und Funktionen der Gremien** und Organe, geregelte und verbindliche Kommunikationsstrukturen und -wege zwischen den Gremien und Organen sowie Berichtspflichten gegenüber den Aufsichtsgremien und verantwortungsvolle Wahrnehmung der Aufsichtsfunktion durch die Aufsichtsgremien.“

Weiterhin bestimmt Ziffer 1 Absatz e) des Governance-Kodex: „Im Rahmen des Verbandsentwicklungsprozesses ist die Entflechtung der Mitgliederorganisation der AWO Mitgliederorganisation und der AWO Unternehmen eine wesentliche Voraussetzung zur Weiterentwicklung der AWO als modernem und zukunftsfähigem Wohlfahrtsverband.“

Die Abgrenzung von Funktionen und Verantwortlichkeiten dürfte nicht nur als funktionelle Aufgabenabgrenzung im Sinne einer Arbeitsteilung zu verstehen sein. Vielmehr lässt sich Abgrenzung in einem Governance-Kodex nur so verstehen, dass eine Aufgabenverteilung im Sinne eines Checks-and-Balance-Konzeptes vorzunehmen ist, das eine Machtkonzentration oder –umgangssprachlich – Klüngerlei und Vetternwirtschaft ausschließt. Stärker noch verlangt eine Entflechtung von Unternehmen und Mitgliederorganisation getrennte und klar geschiedene Verantwortlichkeiten und ein System der Kontrolle und Gegenkontrolle.

Demzufolge ist es nach dem Governance-Kodex zwingend erforderlich, dass der Verband unabhängig von seinen jeweiligen Tochtergesellschaften – im vorliegenden Fall der GmbH – agieren kann. Dazu gehört auch die personelle Trennung wesentlicher Verantwortungsbereiche, insbesondere der Finanzverwaltung des Verbands einschließlich der jeweiligen Tochterunternehmen.

Dem würde im vorliegenden Fall laufend zuwidergehandelt werden, sollte eine Personenidentität zwischen dem Vorstand als Überwachungsorgan und den diesem gegenüber berichtspflichtigen Geschäftsführern bestehen. Der Finanzvorstand würde damit letztlich sich selbst kontrollieren, was den Zielsetzungen des Governance Kodex' zuwiderlaufen würde. Es würde ein zu hohes und durch den Kodex nicht vorgesehenes Potential für Interessenkonflikte entstehen. Im Falle sich widerstreitender Interessen von Z hinsichtlich der Führung der GmbH und den anderen Vorstandsmitgliedern würde jede Form verbandlicher Schlichtungsmaßnahmen ins Leere laufen, da Herr Z die GmbH nach seinem Belieben letztlich führen kann, ohne dass eine transparente Einwirkungsmöglichkeit zwingend erforderlich wäre. Kurz gesagt: Es entsteht die Gefahr oder zumindest der böse Schein von Klüngel und Vetternwirtschaft, der mit dem Kodex nicht vereinbar ist.

Bereits an dieser Stelle lässt sich somit ein Verstoß gegen den Kodex feststellen.

Ziffer 6 des Governance Kodex besagt weiterhin, „dass sich die Geschäftsführung eines (...) Unternehmens an verbandsinternen Maßnahmen (...) beteiligt.“ Dies indiziert ebenfalls, wenn auch nicht ganz deutlich, die geforderte Trennung von Geschäftsführung der Unternehmen des Verbands einerseits und der Verbandsvorstandsmitglieder andererseits.

Zudem soll laut Ziffer 1 Absatz h) die verbindliche Anwendung des Governance-Kodex zu einer „Stärkung des Vertrauens innerhalb des Verbands, sowie seitens der Öffentlichkeit, insbesondere der Klient*innen und Kund*innen, der Spender*innen, der Kreditgeber, Investoren und Geschäftspartner, der Kostenträger und Gewährleistungsträger sowie der Politik und der Medien in die Unternehmensführung der AWO“ führen.

Diese vorgesehene Transparenz kann in dem gegebenen Fall nicht mehr gewährleistet werden, wenn der Finanzvorstand aus dem zentralen Verwaltungsorgan des Landesvorstands die einzelnen Geschäfte eines Unternehmens, welches er selbst führt, überwachen sollte.

Weiter besagt Nummer 2 lit. a) des Kodex: „Eine der wichtigsten Voraussetzungen für eine gute und verantwortungsvolle Unternehmensführung ist die Trennung der Funktionen von Führung und Aufsicht der Betriebe und Unternehmen durch das „Duale Führungssystem.“

Dazu weiter lit. b): „Im Rahmen des „Dualen Führungssystems“ leitet und steuert die Geschäftsführung die Betriebe und Unternehmen in eigener Verantwortung bzw. berufen, beraten und überwachen die Gesellschafter und/oder die Aufsichtsgremien die Geschäftsführungen. Die Geschäftsführungen binden Gesellschafter und/oder Aufsichtsgremien darüber hinaus in alle Entscheidungen von strategischer, grundlegender Bedeutung für die Betriebe und Unternehmen ein.“

Dieser Absatz proklamiert ebenfalls eine klare Distinktion zwischen Geschäftsführungen der jeweiligen Tochterunternehmen einerseits und dem Vorstand des Landesverbandes andererseits. Bei einer personellen Vermischung dieser beiden Ebenen wäre die Umsetzung eines durch den Kodex angestrebten dualen Führungssystems nicht mehr möglich.

Die Wichtigkeit dieser Trennung für die Geschäftsführung- und Beaufsichtigung unterstreicht auch lit. c): Auf der Basis der auf der Sonderkonferenz 2007 in Magdeburg beschlossenen Grundsätze und Eckpunkte der Verbandsentwicklung findet sich das „Duale Führungssystem“ als zentrales und grundlegendes Element des Governance-Kodex in allen Modellen zukünftiger Organisationsstrukturen größerer Betriebe und -Unternehmen wieder.

Nach lit. d) soll dabei das „Duale Führungssystem“ für alle betroffenen Gliederungen des Verbands, -Gesellschaften und -Unternehmen realisiert werden - unabhängig davon, ob eine innerverbandliche Entflechtung zu einer Trennung der Verantwortung von Unternehmensführung und Kontrolle durch ein Aufsichtsgremium führt; ob die Entflechtung durch Ausgliederung der Betriebe und Wahrnehmung der Kontrolle durch Aufsichtsgremien des Eigentümers des Verbands erfolgt.

Besonders deutlich wird diese vorgesehene Trennung der Geschäftsbereiche in Nummer 3.3.1 lit. f) und g) des Kodex: „Bei ausgegliederten Gesellschaften (wie der GmbH) muss durch die Bestellung von verbandlichen Funktionsträger*innen in die Aufsichtsgremien eine Anbindung der Gesellschaft an den Verband gewährleistet werden“ und „Für Mitglieder der Geschäftsführungen von Verbandsgliederungen und Gesellschaften gilt ein Abstandsgebot. Sie können frühestens zwei Jahre nach ihrem Ausscheiden aus der Geschäftsführungsfunktion in ein Aufsichtsgremium der gleichen Verbandsgliederung bzw. Gesellschaft berufen werden.“

Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist offenbar ein Spannungsverhältnis zwischen dem Vorstand als Gesellschafter der GmbH und der jeweiligen Geschäftsführung zu vermeiden, da hier eine zeitliche Trennung zwischen der Neubesetzung eines

administrativen Postens durch eine Person, die zuvor eine operative Stellung übernommen hat, normiert wird.

Da es sich bei besagtem Aufsichtsgremium um die Gesellschafterversammlung handelt, können Vorstandsmitglieder nicht gleichzeitig Geschäftsführer der nachgeordneten Gliederungen sein. Z wäre somit als Teil des Vorstands, welcher als Alleingesellschafter der GmbH fungiert, das entsprechende Kontrollgremium, welches jedoch unabhängig agieren soll.

Anhand der aufgezeigten Unstimmigkeiten in Bezug auf die im Governance-Kodex normierten Vorschriften kann folglich festgehalten werden, dass eine Konstellation wie die vorliegende nicht mit diesem übereinstimmt und demzufolge nicht durchgeführt werden sollte. Wie bereits festgestellt, stellt diese Doppelbesetzung von entscheidenden Positionen eine Verflechtung statt einer durch den Kodex festgehaltenen Entflechtung dar und ist somit auch unter Bezugnahme des Governance-Kodex des Verbands als unzulässig zu erachten.

3. Die Unternehmensverbundrichtlinie

Etwas anderes könnte sich aus der Unternehmensverbundrichtlinie des Verbands ergeben.

Nach §2 Abs. 2, S.1. übernimmt der Verband die Verbundleitung. Dieser „Verbund“ setzt sich zusammen aus allen dem Verband zugehörigen Tochtergesellschaften, wie auch der GmbH.

Gemäß §2 Abs.3 der Verbundrichtlinie wird diese durch den Vorstand der Verbundleitung (also dem AWO-Verband) in Abstimmung mit dem Präsidium als Dienstanweisung für alle Geschäftsführungen im Verbund beschlossen und vertraglich vereinbart. Hier normiert die Richtlinie ebenfalls die vorzunehmende Distinktion zwischen betrieblich-operativem Bereich der Geschäftsführung und dem Bereich der Beaufsichtigung durch den Vorstand des Vereins.

Diese Verbundrichtlinie gilt als Dienstanweisungen für alle Geschäftsführungen (§ 2 Abs.3 der Verbundrichtlinie) die organisatorisch nicht nur durch die Beschlüsse in den Gesellschafterversammlungen, sondern auch durch die Anstellung deren Geschäftsführern in den übergeordneten Verbundmitgliedern oder in der Verbundleitung sichergestellt werden. Im Falle einer Personenidentität würde ein Geschäftsführer einer GmbH in der Rolle als Vorstand für sich die Richtlinien

beschließen, was nicht Sinn und Zweck einer solchen generellen Dienstanweisungen sein kann, weil zumindest die Gefahr besteht, dass Partikularinteressen die allgemeine Richtlinie bestimmen.

Darüber hinaus besagt §6 Abs. 1 der Unternehmensverbundrichtlinie, dass der Vorstand gegenüber den Geschäftsführungen der Verbundmitglieder unmittelbar weisungsbefugt ist. Diese Regelung wäre sinnfrei, wenn es sich dabei um dieselbe Person handeln würde. Zudem legt Abs. 3 eine Entscheidungshoheit des Vorstandes zugrunde.

Diese wäre ebenfalls hinfällig, würde doch das jeweilige Vorstandsmitglied aller Wahrscheinlichkeit nach zu seinen eigenen Gunsten entscheiden. Damit wäre eine intransparente Durchgriffsmöglichkeit des Vorstandes auf die (rechtliche) unabhängige Unternehmertätigkeit der GmbH gegeben. Dies stellt folglich ebenfalls einen Verstoß gegen die Unternehmensverbundrichtlinie dar.

IV. Gesamtergebnis

Daraus ergibt sich, dass die hier gegebene Personenidentität zwischen Finanzvorstand des Verbands auf der einen und der Geschäftsführung der GmbH auf der anderen Seite nur unter der Voraussetzung des Ausschlusses des Selbstkontrahierungsverbots nach §181 BGB durch die Verbandssatzung in den Bereich des rechtlich Möglichen fallen würde.

Darüber hinaus müsste für Z zu jeder Gesellschafterversammlung geprüft werden, ob er stimmberechtigt ist. Es müsste jeder Fall, der einen Verstoß gegen §47 Abs.4 GmbHG i.V.m. §134 BGB nach sich ziehen würde, vorab jeder Gesellschafterversammlung oder bereits abstrakt in der Satzung festgehalten und ein entsprechendes Stimmverbot für die Geschäftsführung normiert werden.

Eine unabhängige und unvoreingenommene Entscheidungsfindungspraxis kann andernfalls nicht mehr gewährleistet werden. Dies würde insbesondere bei der Zurverfügungstellung von Mitteln an die GmbH zu einem Potential eventueller nicht auflösbarer Interessenkonflikte und Konkurrenzsituationen führen. Innerverbandliche Schlichtungsmaßnahmen würden in diesem Zusammenhang ins Leere führen, da Herr Z sich schlussendlich selbst kontrollieren und damit unabhängig vom Vorstandskonsens bzw. -dissens eigene Entscheidungen treffen könnte, da er letztlich die faktische Handlungsmacht besäße, eine derartige Kontrolle auszuüben.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass eine solche Konstellation wie die vorliegende nach der Gesetzeslage zwar grundsätzlich denkbar, wenn auch unpraktikabel wäre. Die Rechtskonformität hätte aber zur Voraussetzung, dass sie durch die autonomen Rechtssätze des Verbands, insbesondere durch die Verbandssatzung, geregelt werden. Dies ist jedoch nicht der Fall., Vielmehr wird durch die Satzung, das Verbandsstatut und insbesondere durch den für alle Landesverbände geltenden Governance-Kodex eine eindeutige Entflechtung der unterschiedlichen Aufgabenbereiche des Verbands normiert. Folglich ist eine derartige Vermischung der operativen mit den administrativen Sektoren nicht zulässig.

Die durch die Personenidentität entstehenden Einwirkungsmöglichkeiten der Geschäftsführung einer einzelnen Tochter-Gesellschaft auf die Entscheidungsfindung des Vorstands des Landesverbandes im Rahmen der Gesellschafterversammlung bergen ein zu hohes Potential für Interessenkonflikte, ungewollte Konkurrenzsituationen zu anderen Tochter-GmbH und Intransparenz, welche durch die genannten Rechtssätze, die sich der Verband als Verein selbst gegeben hat, gerade vermieden werden sollen.

Eine Doppelbesetzung von Finanzvorstand und Geschäftsführung einer Tochter-GmbH durch dieselbe Person ist unserer Ansicht nach unter Anwendung der Satzung und der weiteren Rechtssätze des Verbands in ihrer aktuellen Form somit unrechtmäßig.