

PAUL SCHIRRMACHER

# Die Haftung des faktischen GmbH-Geschäftsführers

*Schriften zum  
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*

---

**Mohr Siebeck**

# Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

66





Paul Schirmacher

# Die Haftung des faktischen GmbH-Geschäftsführers

Eine dogmatische (Neu-)Ordnung

Mohr Siebeck

*Paul Schirmmacher*, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft in Gießen und Hamburg; 2015 Erste Juristische Prüfung; Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Bucerius Law School und dem Notarrechtlichen Zentrum Familienunternehmen, Hamburg; 2018 Promotion; seit 2018 Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg mit Stationen in Washington D.C. und München.  
orcid.org/0000-0002-8692-0566

Gedruckt mit Unterstützung der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg

ISBN 978-3-16-156846-6 / eISBN 978-3-16-156847-3

DOI 10.1628/978-3-16-156847-3

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480

(Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

*Meiner Mutter und  
meiner Großmutter*



## Vorwort

Unter welchen Voraussetzungen kann ein faktischer GmbH-Geschäftsführer zivilrechtlich in Anspruch genommen werden? Der umfassende Diskurs, der in jüngerer Vergangenheit vor allem aufgrund europäischer Bestrebungen neue Fahrt aufgenommen hat, bringt eine Vielzahl unterschiedlicher Sichtweisen in jeder erdenklichen Nuancierung hervor. Die vorgefundenen Lösungsansätze lassen eine dogmatische Begründung weitgehend vermissen; es wird oftmals nicht vom Gesetz, sondern von der gewünschten Rechtsfolge aus argumentiert. Als Folge dessen wird davon gesprochen, dass die Haftung faktischer Geschäftsführer mythische Kraft als Quelle freier Rechtsfindung entfalte. In der vorliegenden Arbeit wird eine Lösung aufgezeigt, welche die zivilrechtliche Verantwortlichkeit eines faktischen Geschäftsführers von ihrer Mystik und der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit befreit, indem der umgekehrte, nicht vom Ergebnis, sondern vom geschriebenen Recht und seiner Dogmatik ausgehende Weg beschritten wird.

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – hat diese Arbeit im Sommertrimester 2018 als Dissertation angenommen; Tag der mündlichen Prüfung war der 15. August 2018.

Ganz herzlich danke ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Jens Prütting für die Betreuung bei der Anfertigung dieser Arbeit, den stets spannenden Diskurs am Lehrstuhl, die wertvollen Ratschläge, die vielen gemeinsamen Projekte, aber vor allem auch für das stets von ihm in mich gesetzte Vertrauen, das zu dem Gelingen dieser Arbeit und meiner persönlichen Entwicklung beigetragen hat. Frau Prof. Dr. Barbara Grunewald danke ich für die zügige Zweitbegutachtung dieser Arbeit.

Dank gebührt ferner meinen Lehrstuhlkollegen und guten Freunden Sebastian Höppner und Yannick Klix. Anhand der mit Sebastian geführten Diskussionen konnte ich meine Überlegungen und Thesen wiederholt sinnvoll überprüfen. Yannick danke ich für die Unterstützung bei der Endredaktion dieser Arbeit.

Darüber hinaus bedanke ich mich bei der Johanna und Fritz Buch Gedächtnisstiftung, Hamburg. Diese hat mich als Förderin des an der Bucerius Law School beheimateten Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen, für das ich bereits während der Anfertigung meiner Dissertation tätig gewesen bin, begleitet

und mich darüber hinaus auch bei der Drucklegung dieser Arbeit mit einem Zuschuss unterstützt.

Der größte und kaum in Worte zu fassende Dank gilt jedoch den zwei wichtigsten Menschen in meinem Leben: Meiner Mutter Claudia und meiner Großmutter Lilo. Ohne die beiden wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Sie haben mich nicht nur während der Anfertigung dieser Arbeit, sondern schon immer und in jeder Lebenslage bedingungslos unterstützt und gaben mir stets Halt und Zuversicht. Beide sind unglaublich tolle Frauen, auf die ich sehr stolz bin. Zum Ausdruck meiner tiefen Dankbarkeit und Verbundenheit ist ihnen diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Dezember 2018

Paul Schirmmacher

## Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XI
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXV
Einführung . . . . .	1
I. Einleitung . . . . .	1
II. Grundsatzdefinition faktischer Geschäftsführung . . . . .	4
III. Gang der Untersuchung und Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes . . . . .	18
Erster Teil: Der Status quo – Bestandsaufnahme und Analyse der Rechtsprechung zum Problemkreis „faktischer Geschäftsführung“ . . . . .	21
I. Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft . . . . .	22
II. Zur zivilrechtlichen Verantwortung gegenüber Dritten . . . . .	47
III. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit . . . . .	62
IV. Auswertung der Bestandsaufnahme . . . . .	90
Zweiter Teil: Die Innenhaftung des faktischen Geschäftsführers . . . . .	117
I. Vorüberlegungen . . . . .	117
II. Übersicht über die relevanten Innen-Haftungstatbestände des GmbHG . . . . .	119
III. Die Haftungsvoraussetzung „Geschäftsführer“ . . . . .	121
IV. Die Möglichkeit einer analogen Anwendung der Innenhaftung auf den faktischen Geschäftsführer? . . . . .	314
V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse . . . . .	406

Dritter Teil: Die Außenhaftung des faktischen Geschäftsführers	409
I. § 823 Abs. 2 BGB i. V.m. § 15a InsO als der maßgebliche Außenhaftungstatbestand . . . . .	409
II. Die Haftung des faktischen Geschäftsführers nach § 823 Abs. 2 BGB i. V.m. § 15a InsO . . . . .	427
Schlussteil: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse . .	455
Literaturverzeichnis . . . . .	467
Stichwortregister . . . . .	489

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsübersicht . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXV
Einführung . . . . .	1
I. Einleitung . . . . .	1
II. Grundsatzdefinition faktischer Geschäftsführung . . . . .	4
1. Der fehlerhaft bestellte Geschäftsführer . . . . .	5
2. Geschäftsführung nach Beendigung der Organstellung . . . . .	6
3. Der faktische Geschäftsführer (im engeren Sinne) . . . . .	8
4. Abgrenzung zu anderen Fallkonstellationen . . . . .	11
a) Der Geschäftsführer kraft Rechtsscheins . . . . .	11
b) Der Geschäftsführer einer fehlerhaften Gesellschaft . . . . .	12
c) Der ordentlich bestellte Geschäftsführer einer Vor-GmbH . . . . .	13
d) Der ordentlich bestellte Geschäftsführer mit nichtigem Anstellungsvertrag . . . . .	14
e) Der ordentlich bestellte, aber nicht im Handelsregister eingetragene Geschäftsführer . . . . .	16
f) Der Notgeschäftsführer . . . . .	16
5. Zusammenfassung und Grundsatzdefinition der Analyse . . . . .	17
III. Gang der Untersuchung und Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes . . . . .	18
Erster Teil: Der Status quo – Bestandsaufnahme und Analyse der Rechtsprechung zum Problemkreis „faktischer Geschäftsführung“ . . . . .	21
I. Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft . . . . .	22
1. RG v. 02.07.1909 – Die Haftung des fehlerhaft bestellten Geschäftsführers nach den §§ 677 ff. BGB . . . . .	22

2.	RGZ 152, 273 – Verantwortlichkeit des fehlerhaft bestellten Organs auf Grundlage eines konkludent geschlossenen Vertrages	23
3.	BGHZ 41, 282 – Der Ausgangspunkt der Lehre von der fehlerhaften Bestellung . . . . .	25
4.	BGHZ 65, 15 – „ITT-Urteil“: Die Haftung des Gesellschafters als faktischer Geschäftsführer nach § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. der Treuepflicht . . . . .	28
5.	BGHZ 119, 257 – Haftung des wirtschaftlichen Alleingesellschafters nach § 43 Abs. 2 GmbHG? . . . . .	30
6.	BGHZ 148, 167 – Die Haftung des faktischen Geschäftsführers gem. §§ 43 Abs. 3, 30 GmbHG – Der Prokurist als faktischer Geschäftsführer . . . . .	32
7.	BGHZ 150, 61 – Der faktische Geschäftsführer als Adressat des § 43 Abs. 2 GmbHG? – Juristische Personen als faktische Geschäftsführer? . . . . .	33
8.	BGH II ZR 291/06 – Annahme faktischer Geschäftsführung bei Zugriff auf das Gesellschaftskonto nach Beendigung der Organstellung? . . . . .	36
9.	OLG Düsseldorf 6 U 245/92 – Die Haftung des Gesellschafters als faktischer Geschäftsführer gem. § 43 Abs. 2 GmbHG . . . . .	37
10.	KG Berlin 14 U 6481/98 – Die Haftung des Alleingesellschafters als faktischer Geschäftsführer gem. § 43 Abs. 2 GmbHG . . . . .	38
11.	OLG Nürnberg 4 U 875/06 – Anhaltspunkte für das Vorliegen faktischer Geschäftsführung und alternative Wege . . . . .	39
12.	OLG Jena 1 U 900/03 – Ersatzpflicht des faktischen Geschäftsführers gem. § 43 Abs. 3 GmbHG . . . . .	41
13.	OLG München 7 U 2568/10 – Der faktische Geschäftsführer als Adressat des § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. / Sanierungsprivileg des faktischen Geschäftsführers . . . . .	42
14.	OLG Köln – 18 U 188/11 – Wille der Gesellschafter als Voraussetzung faktischer Geschäftsführung? . . . . .	45
15.	OLG München – 23 U 1099/17 – Haftung des faktischen Geschäftsführers gem. § 43 Abs. 2 GmbHG . . . . .	46
II.	Zur zivilrechtlichen Verantwortung gegenüber Dritten . . . . .	47
1.	RG II 206/38 – Haftung eines nach Beendigung seiner Organstellung weiterhin tätigen Vorstandsmitglieds gegenüber den Aktionären der Gesellschaft . . . . .	48
2.	BGH VIII ZR 82/72 – Der GmbH-Gesellschafter als faktischer Geschäftsführer . . . . .	49

3.	BGHZ 75, 96 – „Herstatt“ – Verdrängung der ordentlich bestellten Geschäftsführer als Voraussetzung faktischer Geschäftsführung	50
4.	BGHZ 104, 44 – Aufgabe der Rechtsprechung aus BGHZ 75, 96 / „materielle Betrachtung“ als ausschlaggebendes Kriterium . . .	51
5.	BGH II ZR 113/03 – Die Haftung des faktischen Geschäftsführers für den Tatbestand der Untreue – Sinn und Zweck der Voraussetzung des Auftretens im Außenverhältnis . .	54
6.	OLG Düsseldorf 15 U 221/96 – Haftung des faktischen Geschäftsführers für ungenügende Risikoaufklärung bei Warentermingeschäften . . . . .	58
7.	OLG Thüringen 4 U 234/01 – Haftung des faktischen Geschäftsführers gegenüber den Gläubigern seiner Gesellschaft wegen Insolvenzverschleppung . . . . .	59
8.	OLG Hamm 9 U 152/13 – Führt faktische Geschäftsführung stets zu einer Vermögensbetreuungspflicht i. S. d. § 266 Abs. 1 StGB? .	60
III.	Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit . . . . .	62
1.	RGSt 16, 269 – Die „Bankrottstrafbarkeit“ eines fehlerhaft bestellten Organs . . . . .	62
2.	RGSt 71, 112 – Zwingende Unterscheidung zwischen fehlerhaft bestelltem und „faktischem Geschäftsführer im engeren Sinne“?	63
3.	RGSt 72, 187 – Die Strafbarkeit eines faktischen (Mit-)Geschäftsführers bei Vorhandensein eines verantwortlichen, bestellten Geschäftsführers . . . . .	65
4.	BGHSt 3, 32 – Das Einverständnis der Gesellschafter als Organbestellungsakt? . . . . .	67
5.	BGHSt 21, 101 – Genügt bereits das bloße Dulden des zuständigen Bestellungsorgans zur Annahme eines faktischen Geschäftsführungsorgans? . . . . .	70
6.	BGHSt 31, 118 – Verdrängung des bestellten Geschäftsführers als Voraussetzung faktischer Geschäftsführung? . . . . .	71
7.	BGH 5 StR 729/98 – Einschränkende Anwendung der entwickelten Grundsätze auf eine im Abwicklungsstadium befindliche Gesellschaft . . . . .	73
8.	BGHSt 46, 62 – Das Merkmal „Geschäftsführer“ unter einer faktischen Betrachtungsweise . . . . .	75
9.	BGH 5 StR 407/12 – Anforderungen an die Annahme faktischer Geschäftsführung . . . . .	78
10.	BGH 4 StR 323/14, 4 StR 324/14 – Fortgeltung der bisher entwickelten Grundsätze nach dem MoMiG . . . . .	81

11. BGH 5 StR 332/15 – Der faktische Geschäftsführer als „vertretungsberechtigtes Organ“ i. S. d. § 14 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 StGB . . . . .	84
12. OLG Düsseldorf 5 Ss 193/87 – 200/87 I – Faktische Geschäftsführung alleine nicht ausreichend zur Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit . . . . .	85
13. BayObLG 5 St RR 159/96 – Die sog. „6 von 8 Regel“ . . . . .	88
IV. Auswertung der Bestandsaufnahme . . . . .	90
1. Unterschiede zwischen den verschiedenen Konstellationen faktischer Geschäftsführung . . . . .	90
a) Verhältnis von fehlerhaft bestelltem zu faktischem Geschäftsführer . . . . .	90
b) Verhältnis von fehlerhaft bestelltem zu dem nach Beendigung der Organstellung weiter tätigem Geschäftsführer . . . . .	92
2. Die Rechtfertigung der Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers . . . . .	95
3. Methodische Begründung der Verantwortlichkeit eines faktischen Geschäftsführers . . . . .	99
4. Materiell-rechtliche Voraussetzungen faktischer Geschäftsführung . . . . .	103
5. Rechtsfolgen faktischer Geschäftsführung . . . . .	110
6. Fazit der Bestandsaufnahme . . . . .	116
 Zweiter Teil: Die Innenhaftung des faktischen Geschäftsführers . . . . .	 117
I. Vorüberlegungen . . . . .	117
II. Übersicht über die relevanten Innen-Haftungstatbestände des GmbHG . . . . .	119
III. Die Haftungsvoraussetzung „Geschäftsführer“ . . . . .	121
1. Originäre Bedeutung des Begriffs „Geschäftsführer“ i. S. d. GmbHG . . . . .	122
2. Der bestellte Geschäftsführer als Normadressat . . . . .	125
a) Der Bestellungsakt . . . . .	125
aa) Sinn und Zweck der Bestellung . . . . .	126
(1) Vorüberlegungen . . . . .	126
(a) Differenzierung zwischen Organ und Organwalter . . . . .	127
(b) Differenzierung zwischen geborener und gekorener Organmitgliedschaft . . . . .	128
(2) Die mit der Organmitgliedschaft verbundene Rechtsstellung . . . . .	130

(a)	Der Geschäftsführer als Vertreter der Gesellschaft i. S. d. Vertretertheorie . . . . .	131
(b)	Der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft i. S. d. Organtheorie . . . . .	132
(c)	Mögliche Folgen von Organ- und Vertretertheorie . . . . .	135
(d)	Stellungnahme . . . . .	137
(aa)	Handlungsunfähigkeit der GmbH mangels natürlicher Rechtsfähigkeit . . . . .	137
(bb)	Gleichstellung von natürlicher und juristischer Person aufgrund der Gesetzessystematik . . . . .	137
(cc)	Motive zum BGB und Normtext des § 14 Abs. 1 StGB . . . . .	138
(dd)	Rechtswirklichkeit . . . . .	139
(ee)	Widerspruch der Vertretertheorie zu § 26 Abs. 1 S. 2 BGB . . . . .	139
(ff)	§ 31 BGB als Ausdruck der Organtheorie? . . . . .	140
(gg)	Widerspruch der Organtheorie zur im GmbHG verwendeten Terminologie? . . . . .	144
(hh)	Ausschluss der Untervertretung . . . . .	146
(ii)	Vergleich von Handlungs- und Willensbildungsorgan der GmbH . . . . .	147
(jj)	Das geltende Besitzrecht als Anhaltspunkt für die Organtheorie . . . . .	147
(kk)	Prozessfähigkeit der GmbH . . . . .	150
(3)	Zwischenergebnis . . . . .	151
bb)	Die Rechtsnatur des Bestellungsakts . . . . .	153
(1)	Die drei Abschnitte der Bestellung . . . . .	153
(2)	Die Bestellung als körperschaftlicher Akt . . . . .	156
(3)	Die Einordnung der drei Abschnitte in die allg. Rechtsgeschäftslehre . . . . .	157
(a)	Die Einordnung des Bestellungsbeschlusses in das Gesamtgefüge „die Bestellung“ . . . . .	158
(b)	Das Verhältnis von Erklärung und Annahme . . . . .	162
cc)	Die Verlautbarung des Bestellungsaktes . . . . .	166
(1)	Einleitende Erwägungen . . . . .	166
(2)	Die Möglichkeit eines konkludenten Bestellungsaktes . . . . .	168
(a)	Generelle Möglichkeit einer konkludenten Beschlussfassung . . . . .	169
(aa)	Die Beschlussfassung außerhalb einer Versammlung . . . . .	170

(bb) Die Beschlussfassung innerhalb einer Versammlung . . . . .	171
α) Der Beschlussantrag . . . . .	174
β) Die Stimmabgabe . . . . .	176
γ) Die Beschlussfeststellung . . . . .	179
(cc) Zwischenergebnis . . . . .	181
(b) Konkrete Möglichkeit einer konkludenten Bestellung . . . . .	182
(c) Zwischenergebnis . . . . .	187
(3) Konkludenter Organbestellungsakt als jedenfalls „fehlerhafte“ Bestellung? . . . . .	187
(a) Die Lehre von der fehlerhaften Bestellung . . . . .	188
(b) Konkludenter Bestellungsakt als für die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Bestellung ausreichender Anknüpfungspunkt? . . . . .	193
(c) Auswirkungen der Lehre von der fehlerhaften Bestellung für den faktischen Geschäftsführer . . . . .	196
(d) Grenzen der Lehre von der fehlerhaften Bestellung . . . . .	198
(aa) Bestellung entgegen der Bestellungshindernisse des § 6 Abs. 2 GmbHG . . . . .	199
(bb) Bestellung entgegen der in den Mitbestimmungsgesetzen vorgesehenen Beteiligung der Arbeitnehmervertreter . . . . .	203
(cc) Der nach Ablauf der Amtszeit weiterhin Tätige . . . . .	206
(e) Zwischenergebnis . . . . .	209
dd) Fazit zum Bestellungsakt . . . . .	211
b) Die Begründung der Organstellung ohne Bestellungsakt . . . . .	213
aa) Anderweitige Begründungsansätze . . . . .	214
(1) Gedanke der Übernahmeverantwortung . . . . .	214
(2) Okkupierung der Geschäftsführerstellung . . . . .	215
(3) Gleichstellung aufgrund Organverdrängung . . . . .	216
(4) Gleichlauf von Herrschaft und Haftung . . . . .	216
(5) Organhaftung aus Ingerenz . . . . .	217
(6) Vertragsähnliche Sonderverbindung kraft tatsächlicher Leitung . . . . .	218
(7) Einordnung des faktischen Geschäftsführers unter Rechtsscheingesichtspunkten . . . . .	219
(8) Die Begründung der Organstellung über den Anstellungsvertrag . . . . .	220

(9) Die aus dem Strafrecht bekannte „faktische Betrachtungsweise“ . . . . .	220
(10) Resümee . . . . .	222
bb) Stellungnahme zu der Möglichkeit einer über die bloße Tätigkeit begründeten Organstellung . . . . .	222
(1) Fleischers Vergleich zum allgemeinen Zivilrecht und ausländischen Rechtsordnungen . . . . .	223
(2) § 14 Abs. 3 StGB als Anhaltspunkt einer gesetzgeberischen Beschränkung auf das fehlerhaft bestellte Organ . . . . .	223
(3) Die Entwicklung des Haftungskonzepts des § 31 BGB	225
(4) Führungslosigkeit der Gesellschaft trotz Existenz eines faktischen Geschäftsführers . . . . .	226
(5) Vergleich zur Prokura und bestehende Abgrenzungsschwierigkeiten bei einer über ein Verhalten begründeten (faktischen) Organstellung . . . . .	227
(6) Nadworniks Vergleich zur Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis . . . . .	228
(7) Die Vertretungsmacht des faktischen Organs . . . . .	230
(8) Die Lehre von der fehlerhaften Bestellung als Indiz gegen eine faktische Organschaft . . . . .	231
(9) Die Organstellung als die Beschreibung einer Eigenschaft . . . . .	232
c) Zwischenergebnis . . . . .	233
3. Der faktische Geschäftsführer als „Geschäftsführer im haftungsrechtlichen Sinne“? . . . . .	234
a) Die verschiedenen Ansätze . . . . .	235
aa) Die Auslegung des Geschäftsführerbegriffs entsprechend der im BGB verwendeten Definition . . . . .	236
bb) Die teleologische Extension . . . . .	237
cc) Die aus dem Strafrecht bekannte faktische Betrachtungsweise . . . . .	240
b) Argumente für ein weites – tätigkeitsbezogenes – Verständnis des Geschäftsführerbegriffs . . . . .	242
c) Die SUP-Richtlinie und ihre Auswirkungen für den faktischen Geschäftsführer einer nationalen GmbH . . . . .	243
aa) Überblick über den Umgang des Problems faktischer Geschäftsführung durch den englischen Gesetzgeber . . . . .	244
(1) Einführung . . . . .	244

(2) Der fehlerhaft bestellte Geschäftsleiter im englischen Recht . . . . .	245
(3) Der faktische Geschäftsleiter im englischen Recht . . . . .	246
(a) Der shadow director . . . . .	247
(b) Der de facto director . . . . .	253
bb) Die SUP-Richtlinie . . . . .	257
(1) Historische Entwicklung und Ausblick zu europäischen Regelungen faktischer Geschäftsführung . . . . .	257
(2) Überblick über die zur faktischer Geschäftsführung in der SUP-RL vorgesehenen Vorschriften . . . . .	260
(3) Kritik an dem Vorschlag zur Reglementierung faktischer Geschäftsführung . . . . .	264
(a) Kritische Äußerungen und deren Bewertung zu Art. 2 Abs. 5 SUP-RL . . . . .	264
(b) Kritische Äußerungen und deren Bewertung zu Art. 22 Abs. 7 SUP-RL . . . . .	265
(c) Zwischenergebnis . . . . .	268
cc) Rückschlüsse für die aktuelle Rechtslage im nationalen Recht . . . . .	268
d) Inkonsistente Begründung der weiten Auslegung . . . . .	271
e) Vergleich zur strafrechtlichen Rechtsprechung unter Bezug auf § 2 StGB a. F. . . . .	273
f) Juristische Ungenauigkeit und Umgehung der Warnfunktion der Bestellung . . . . .	274
g) Annahme von Führungslosigkeit (§ 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG) bei Vorhandensein eines faktischen Geschäftsführers . . . . .	276
h) Unvereinbarkeit der erweiternden Auslegung mit der Dogmatik des GmbHG . . . . .	277
aa) Bestellung als zwingende Voraussetzung – „der Geschäftsführer“ als Statusbegriff . . . . .	277
bb) Die Dogmatik der Innenhaftungstatbestände . . . . .	279
(1) Funktion und Zweck der Innenhaftung nach dem GmbHG . . . . .	279
(a) Funktion und Zweck der Haftung nach § 43 Abs. 2 und Abs. 3 GmbHG . . . . .	280
(aa) Kompensationsfunktion . . . . .	281
(bb) Die Präventivfunktion . . . . .	282

(cc) Vergeltungs-, Buß- und Genugtuungsfunktion der Haftung nach § 43 Abs. 2 und Abs. 3 GmbHG? . . . . .	286
(dd) Zwischenergebnis zur Haftung nach § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG . . . . .	286
(b) Funktion und Zweck der Haftung nach § 9a Abs. 1 sowie §§ 57 Abs. 4 i. V.m. § 9a Abs. 1 GmbHG	287
(c) Funktion und Zweck der Haftung gem. § 64 S. 1 und S. 3 GmbHG . . . . .	288
(d) Folgerungen für die Haftung des faktischen Geschäftsführers . . . . .	293
(2) Rechtsnatur und dogmatische Grundlage der Innenhaftung . . . . .	294
(a) § 43 Abs. 2 GmbHG . . . . .	294
(b) § 43 Abs. 3 GmbHG . . . . .	296
(c) § 9a Abs. 1 GmbHG sowie § 57 Abs. 4 i. V.m. § 9a Abs. 1 GmbHG . . . . .	297
(d) § 64 S. 1 und S. 3 GmbHG . . . . .	299
(e) Bedeutung der Rechtsnatur für die Haftung des faktischen Geschäftsführers . . . . .	304
(3) Vergleich zu der in § 9a Abs. 4 S. 1 GmbHG angeordneten Haftung von Hintermännern . . . . .	305
(4) Parallele im Konzernrecht – §§ 309, 317 AktG . . . . .	306
(5) Kein Gegenargument aus der Regierungsbegründung zum MoMiG und § 6 Abs. 5 GmbHG . . . . .	308
(6) Vergleich zum Beamtenbegriff des § 839 BGB . . . . .	311
(7) Schlussfolgerungen aus der dogmatischen Justierung der Innenhaftung . . . . .	312
cc) Sonderproblem: Gesellschafter als faktischer Geschäftsführer – Widerspruch zum eigenen Weisungsrecht und zu § 13 Abs. 2 GmbHG? . . . . .	312
i) Zwischenergebnis zu der Möglichkeit eines haftungsrechtlichen Verständnisses des Geschäftsführerbegriffs . . . . .	313
4. Fazit zur unmittelbaren Anwendung der an einen Geschäftsführer adressierten Innenhaftung . . . . .	313
IV. Die Möglichkeit einer analogen Anwendung der Innenhaftung auf den faktischen Geschäftsführer? . . . . .	314
1. Die Voraussetzungen einer Analogie . . . . .	315
a) Tatsächliche Tätigkeit . . . . .	317

aa) Nicht durch eine Sonderverbindung mit der GmbH verbundene Dritte . . . . .	318
(1) Haftung nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	318
(a) Vorüberlegungen . . . . .	318
(b) Voraussetzungen . . . . .	321
(aa) Geschäftsbesorgung . . . . .	322
α) Grundsätzliches . . . . .	322
β) Geschäftsführerstellung bei Einflussnahme auf Dritte sowie bestellte Geschäftsführer . . . . .	323
γ) Jur. Personen als faktische Geschäftsführer und keine Verdrängung bestellter Geschäftsführer erforderlich . . . . .	325
(bb) Fremdgeschäftsführung . . . . .	326
(cc) Nichtberechtigung . . . . .	331
(c) Rechtsfolge . . . . .	336
(aa) Abgrenzung der berechtigten zur unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag und die daraus resultierenden Konsequenzen . . . . .	338
(bb) Einordnung des faktischen GmbH-Geschäftsführers unter das Regime der §§ 677 ff. BGB . . . . .	342
α) Kenntnis der Gesellschafter von der Geschäftsübernahme durch den faktischen Geschäftsführer . . . . .	344
β) Unkenntnis der Gesellschafter von der Geschäftsübernahme durch den faktischen Geschäftsführer . . . . .	346
(cc) Konsequenzen der Anwendung der §§ 677 ff. BGB auf den faktischen Geschäftsführer einer GmbH . . . . .	348
α) Im Anwendungsbereich der echten berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	348
β) Haftungsausschluss des faktischen Geschäftsführers aufgrund einer Gesellschafterweisung? . . . . .	355

γ) Im Anwendungsbereich der echten unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	364
δ) Weitere Argumente für die Haftung des faktischen Geschäftsführers nach den §§ 677 ff. BGB . . . . .	365
(2) Haftung aus Delikt . . . . .	367
(3) Zwischenergebnis . . . . .	367
bb) Gesellschafter . . . . .	368
cc) Planwidrigkeit der im Rahmen der §§ 64 und 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG bestehenden Regelungslücken . . . . .	373
dd) Ergebnis zur Innenhaftung des tatsächlich tätigen faktischen Geschäftsführers . . . . .	376
b) Einflussnahme . . . . .	378
aa) Nicht durch eine Sonderverbindung mit der GmbH verbundene Dritte . . . . .	379
(1) Deliktische Verantwortlichkeit des Einflussnehmenden nach den §§ 823 ff. BGB . . . . .	380
(2) § 117 AktG als Ergänzung des allg. Deliktsrechts . . . . .	382
(a) § 117 AktG als deutsche „shadow director“ Haftung? . . . . .	382
(b) Analoge Anwendung des § 117 Abs. 1 AktG auf das Recht der GmbH . . . . .	387
(3) Zwischenergebnis . . . . .	390
bb) Gesellschafter . . . . .	391
(1) Einflussnahme mit Hilfe eines förmlichen Weisungsbeschlusses . . . . .	392
(a) Rechtmäßige Weisungen . . . . .	392
(b) Rechtswidrige (und sorgfaltswidrige) Weisungen . . . . .	395
(2) Einflussnahme ohne Vorliegen eines förmlichen Weisungsbeschlusses . . . . .	397
(a) Mehrpersonengesellschaft . . . . .	398
(b) Einpersonengesellschaft . . . . .	400
(3) Zwischenergebnis . . . . .	401
cc) Planwidrige Regelungslücken bei fahrlässiger Einflussnahme eines Dritten und im Anwendungsbereich des § 64 GmbHG? . . . . .	402
(1) Festgestellte Regelungslücken . . . . .	402
(2) Planwidrigkeit der festgestellten Regelungslücken . . . . .	402

dd) Ergebnis zur Innenhaftung des einflussnehmenden faktischen Geschäftsführers . . . . .	405
2. Fazit zur analogen Anwendung der GmbHG-Innenhaftung auf einen faktischen Geschäftsführer . . . . .	406
V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse . . . . .	406
 Dritter Teil: Die Außenhaftung des faktischen Geschäftsführers	409
I. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO als der maßgebliche Außenhaftungstatbestand . . . . .	409
1. Übersicht über die verschiedenen Außenhaftungstatbestände und deren Relevanz für die vorliegende Untersuchung . . . . .	409
a) Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftern . . . . .	409
b) Außenhaftung gegenüber Steuergläubigern . . . . .	410
c) Außenhaftung gegenüber Sozialversicherungsträgern . . . . .	412
d) Außenhaftung gegenüber (sonstigen) Gesellschaftsgläubigern	413
aa) Handelndenhaftung des § 11 Abs. 2 GmbHG . . . . .	413
bb) Vertragshaftung und Haftung aus culpa in contrahendo . . . . .	415
cc) Rechtsscheinhaftung und Haftung als falsus procurator (§ 179 BGB (analog)) . . . . .	417
dd) Deliktshaftung . . . . .	418
e) Zwischenergebnis . . . . .	422
2. Die Haftung des bestellten Geschäftsführers nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO . . . . .	422
II. Die Haftung des faktischen Geschäftsführers nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO . . . . .	427
1. Der faktische Geschäftsführer als Mitglied des Vertretungsorgans?	427
2. Die Möglichkeit der analogen Anwendung des § 15a Abs. 1 InsO auf den faktischen Geschäftsführer . . . . .	435
a) Tatsächliche Tätigkeit . . . . .	436
aa) Bestehen einer Regelungslücke . . . . .	436
(1) Grundsatz . . . . .	436
(a) Haftung aus c. i. c. . . . .	436
(b) Haftung nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag? . . . . .	440
(c) § 179 BGB im Anwendungsbereich der Anscheinsvollmacht? . . . . .	441
(d) Deliktsrecht . . . . .	443
(e) Zwischenergebnis . . . . .	446
(2) Sonderfall bei „Führungslosigkeit der Gesellschaft“?	446

bb) Planwidrigkeit der festgestellten Regelungslücken . . . . .	447
cc) Vergleichbare Interessenlage . . . . .	449
dd) Zwischenergebnis zur Insolvenzverschleppungshaftung des tatsächlich handelnden faktischen Geschäftsführers	450
b) Einflussnahme auf einen bestellten Geschäftsführer . . . . .	450
3. Ergebnis zur Außenhaftung des faktischen Geschäftsführers wegen Insolvenzverschleppung . . . . .	454
 Schlussteil: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse . . .	 455
 Literaturverzeichnis . . . . .	 467
Stichwortregister . . . . .	489



## Abkürzungsverzeichnis

Hinsichtlich der verwendeten Abkürzungen wird auf *H. Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl. 2015 verwiesen. Der Ergänzung und Übersichtlichkeit halber seien nachstehend die wichtigsten Abkürzungen erklärt:

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	baurecht: BauR – Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
BCC	British Company Law Cases
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRÄK	Bundesrechtsanwaltskammer
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CA	Companies Act

CDDA	Company Directors Disqualification Act
c. i. c.	culpa in contrahendo
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb
ders./dies.	derselbe/dieselbe
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
e. G.	eingetragene Genossenschaft
EuGH	Gerichtshof d. Europäischen Gemeinschaften
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f./ff.	Folgende
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FSMA	The Financial Services and Markets Authority
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GesR	Gesellschaftsrecht
GesRZ	Der Gesellschafter
GfdS	Gesellschaft für deutsche Sprache
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau
GmbH-StB	Der GmbH-Steuerberater
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
IA	Insolvency Act
i. d. F.	in der Fassung
i. e. S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i. S. d.	im Sinne des/der
iStR	Internationales Steuerrecht
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
Ltd.	Limited by shares

MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MitbestErgG	Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz: Zeitschrift für Anwalts- und Gerichtspraxis
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OLG	Oberlandesgericht
OR	Schweizer Obligationenrecht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PuR	Personal und Recht – Zeitschrift für Personalverantwortliche
RdE	Recht der Elektrizitätswirtschaft
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
SeuffArch	Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift
ROHGE	Entscheidungen des Reioberlandesgerichts
Rspr.	Rechtsprechung
sec.	section
S.	Seite
sog.	sogenannte/sogenannter
SPE	Societas Privata Europaea
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger
SUP	Societas Unius Personae
u. a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
VO	Veordnung
Vorb.	Vorbemerkung
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen

WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen

# Einführung

## I. Einleitung

Die Gesellschaft für deutsche Sprache kürte vor nicht allzu langer Zeit das Wort „postfaktisch“ zum Wort des Jahres 2016. Mit diesem Wort beschrieb etwa der Schweizer Physiker und Philosoph *Eduard Kaeser* das heutige Zeitalter, in dem die Gefahr einer „Demokratie der Nichtwissenwollensgesellschaft“ bestünde.<sup>1</sup> Auch die Bundeskanzlerin *Angela Merkel* machte sich das Wort des Jahres zu eigen und äußerte sich dahingehend, dass wir in postfaktischen Zeiten leben würden, da sich die Menschen nicht mehr an Fakten, sondern vielmehr an ihren Gefühlen orientieren würden.<sup>2</sup> Der Begriff „postfaktisch“ meint also, dass nicht Tatsachen, sondern Gefühle die Entscheidungsgrundlage zu bilden scheinen und nicht der Anspruch auf Wahrheit, sondern der Ausspruch der „gefühlten Wahrheit“ zum Erfolg zu führen scheint.<sup>3</sup> Genauso wirkt auch der Umgang der Rechtsprechung und (weiten Teilen) der Literatur mit der Haftung eines faktischen GmbH-Geschäftsführers. Die vorliegende Untersuchung wird aufzeigen, dass die Haftung eines solchen – so wie sie von der h. M. bisher postuliert wird – nur auf einer dahingehenden Wertung beruht, dass sie denjenigen trifft, für den aus Wertungsgesichtspunkten eine zivilrechtliche Inanspruchnahme angemessen erscheint.<sup>4</sup> Die Überleitung der Haftung erfolgt also weitgehend ohne dogmatische Basis.

Das ist vor dem Hintergrund, dass die Verantwortlichkeit eines faktischen Geschäftsführers erhebliche praktische Relevanz hat und damit nicht nur weitreichende zivilrechtliche, sondern auch strafrechtliche Konsequenzen verbunden

---

<sup>1</sup> *Kaeser*, Das postfaktische Zeitalter, in: Neue Züricher Zeitung, v. 22.08.2016 (online abrufbar unter: <https://www.nzz.ch/meinung/kommentare/googeln-statt-wissen-das-postfaktische-zeitalter-ld.111900>; zuletzt abgerufen am 20.11.2018).

<sup>2</sup> „Was Merkel meint, wenn sie von postfaktischen Zeiten spricht“, v. 23.09.2016 in FOCUS ONLINE (online abrufbar unter: [https://www.focus.de/politik/deutschland/frage-im-flieger-brachte-sie-auf-die-idee-was-merkel-meint-wenn-sie-von-postfaktischen-zeiten-spricht\\_id\\_5977538.html](https://www.focus.de/politik/deutschland/frage-im-flieger-brachte-sie-auf-die-idee-was-merkel-meint-wenn-sie-von-postfaktischen-zeiten-spricht_id_5977538.html); zuletzt abgerufen am 20.11.2018).

<sup>3</sup> Vgl. Pressemitteilung der GfDS v. 09.12.2016 (online abrufbar unter: <https://gfds.de/wort-des-jahres-2016/>; zuletzt abgerufen am 20.11.2018).

<sup>4</sup> *Strohn*, DB 2011, 158, 160.

sind, mehr als unbefriedigend. So lässt sich vereinzelt lesen, dass der faktische Geschäftsführer „mythische Kraft als Quelle freier Rechtsfindung“ entfalte<sup>5</sup> und eine „dogmatische Justierung“ bislang nicht weiterverfolgt worden sei.<sup>6</sup> Der Umgang mit faktischer Geschäftsführung verleite zu „juristischer Ungenauigkeit“.<sup>7</sup> Mit diesen Aussagen im Hinterkopf scheint auch die Befürchtung *Eduard Kaesers* auf die Haftung eines faktischen Geschäftsführers übertragbar zu sein. Die h. M. vermittelt das Bild, dass sie von einer dogmatischen Justierung nichts wissen will und damit selbst Teil der von *Kaeser* beschriebenen „Nichtwissenswollensgesellschaft“ ist.

Unter dem Stichpunkt „faktischer Geschäftsführung“ wird diskutiert, ob sowohl die Pflichten als auch die daran anknüpfende Haftung eines bestellten GmbH-Geschäftsführers auch auf Personen übertragen werden kann, die zwar nicht als Geschäftsführer bestellt worden sind, deren Verhalten es aber jedenfalls als diskutabel erscheinen lässt, sie mit einem bestellten Geschäftsführer – was sowohl die zivilrechtliche Haftung als auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit betrifft – gleichzustellen.<sup>8</sup>

Die Verantwortlichkeit eines faktischen Geschäftsführers war in der jüngeren Vergangenheit vor allem im medienwirksamen Schlecker-Prozess Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung, in der das LG Stuttgart die Kinder des langjährigen Unternehmensinhabers Anton Schlecker aufgrund ihrer Tätigkeit als faktische Geschäftsführer zu mehrjährigen Haftstrafen verurteilt hat.<sup>9</sup> Faktische Geschäftsführung kann als ein Phänomen<sup>10</sup> beschrieben werden, das sich häufig in Familienunternehmen feststellen lässt.<sup>11</sup> Vor allem aber in familiengeführten Unternehmen kommt es nicht selten vor, dass die Leitung des Unternehmens an den Abkömmling des bisherigen Gesellschafter-Geschäftsführers übergeben und der Übergabende als Geschäftsführer abberufen wird. Führt der Nachfolger die Geschäfte des Familienunternehmens nicht zur Zufriedenheit des Ausscheidenden fort, ist es nicht selten, dass Letzterer die Geschäfte wieder an sich zieht, ohne aber zum Geschäftsführer bestellt zu sein.<sup>12</sup> Er führt die Gesellschaft dann

<sup>5</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 3; siehe auch *Schürnbrand*, S. 294; *Sandhaus*, S. 21.

<sup>6</sup> *Geißler*, GmbHR 2003, 1107.

<sup>7</sup> *K. Schmidt*, § 14 III 4 a, S. 419 f.; siehe auch *Fleischer*, GmbHR 2011, 337.

<sup>8</sup> *Dreher*, NZG 2014, 967.

<sup>9</sup> LG Stuttgart, Urt. v. 27.11.2017 – 11 KLS 152 Js 53670/12.

<sup>10</sup> Mit dieser Wortwahl bereits *Hartmann*, S. 46.

<sup>11</sup> So auch *Oppenländer/Trörlitzsch/Trörlitzsch*, § 11 Rn. 44; *Hachenburg/Kohlmann*, Vorb. § 82 Rn. 20; *Dinkhoff*, S. 19; *Krause/Meier*, DStR 2014, 905, 908; *Redeker*, DZWIR 2005, 497; *Löffeler*, wistra 1989, 121.

<sup>12</sup> Vgl. dazu auch *Hachenburg/Kohlmann*, Vorb. § 82 Rn. 20; *Dierlamm*, NSZ 1996, 153; *Löffeler*, wistra 1989, 121 f.

als faktischer Geschäftsführer. Gleichermaßen besteht aber auch die umgekehrte Möglichkeit, dass der Nachfolger die Geschäfte bereits führt, bevor er selbst zum Geschäftsführer bestellt worden ist.<sup>13</sup> Auch dieser ist als faktischer Geschäftsführer einzuordnen.

Häufig liegt einer das Problem faktischer Geschäftsführung aufgreifenden Gerichtsentscheidung auch die sog. Strohhalm-Konstellation zugrunde. In diesen Fällen unterbleibt die Bestellung des tatsächlich die Geschäftsführung Übernehmenden ganz bewusst, weil dieser aufgrund der in § 6 Abs. 2 GmbHG normierten Bestellungshindernisse von vornherein nicht als tauglicher Geschäftsführer in Betracht gekommen wäre. Zumeist wird eine andere Person, verbunden mit der Absprache, nur „auf dem Papier Geschäftsführer zu sein“, zum Geschäftsführer bestellt, ohne dass diese jemals für die Gesellschaft tätig wird.<sup>14</sup> Auch in diesen Fällen ist der tatsächlich Handelnde als faktischer Geschäftsführer einzuordnen.

Neu aufgeworfen wurde die Diskussion der Haftung eines faktischen Geschäftsführers, bei der es sich – wie *Wälzholz* festgestellt hat – „um einen dynamischen Prozess handelt, der in den letzten Jahren an Schwung gewonnen hat“<sup>15</sup>, in der jüngeren Vergangenheit vor allem dadurch, dass sich mittlerweile auch der europäische Gesetzgeber – wie etwa dem erst vor kurzem verworfenen Vorschlag für eine „RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter“<sup>16</sup> (der Richtlinie zur *Societas Unius Personae*, kurz „SUP“) in seinen Art. 2 Abs. 5 und Art. 22 Abs. 7 SUP-RL zu entnehmen war – mit der Haftung eines faktischen Geschäftsführers beschäftigt hat und auf absehbare Zeit eine entsprechende Normsetzung auf europäischer Ebene zu erwarten sein dürfte.

Die vorliegende Untersuchung nimmt sich der aufschwingenden Diskussion an und wird zeigen, dass sich viele mit der Haftung eines faktischen Geschäftsführers verbundenen Probleme und Streitfragen schon jetzt durch die Anwendung allgemeinen Zivilrechts sachgerecht lösen lassen, ohne auf dogmatisch nicht haltbare Konstruktionen zurückgreifen zu müssen.

---

<sup>13</sup> *Löffeler*, wistra 1989, 121; siehe auch: *Dinkhoff*, S. 18.

<sup>14</sup> So auch *Dierlamm*, NStZ 1996, 153.

<sup>15</sup> *Wälzholz*, GmbH-StB 2014, 210.

<sup>16</sup> COM (2014) 212 final. Der Vorschlag basiert auf einer Empfehlung der Reflection Group On the Future of EU Company Law, vgl. Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, S. 66 f. (abrufbar unter: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1851654](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1851654); zuletzt abgerufen am 20.11.2018), vgl. *Dreher*, NZG 2014, 967 Fn. 1.

## II. Grundsatzdefinition faktischer Geschäftsführung

Dafür gilt es zunächst aber, eine Grundsatzdefinition faktischer Geschäftsführung zu erarbeiten. Vielfach herrscht schon keine Klarheit, welche Fallkonstellationen als „faktische Geschäftsführung“ zu erfassen sind. Aus diesem Grund sollen im Folgenden die denkbaren Fälle faktischer Geschäftsführung typisiert und in eindeutige Kategorien eingeordnet werden.<sup>17</sup> Nur auf diese Weise eröffnet sich die Möglichkeit, sich einen konkreten Überblick über den Anwendungsbereich faktischer Geschäftsführung zu verschaffen, die zwischen den einzelnen Kategorien bestehenden Unterschiede herauszuarbeiten und schließlich das Problem faktischer Geschäftsführung einer Lösung zuzuführen. Eine dahingehende Notwendigkeit einer solchen Kategorisierung besteht auch, weil das GmbHG, mit Ausnahme der in § 6 Abs. 5 GmbHG angeordneten Haftung der Gesellschafter wegen der Bestellung eines amtsunfähigen Geschäftsführers, keine Aussage zum Problem „faktischer Geschäftsführung“ enthält.<sup>18</sup> Unter die von *Strohn* entwickelte allgemeine Begriffsbestimmung faktischer Geschäftsführung lassen sich im Wesentlichen drei Konstellationen subsumieren:<sup>19</sup> Der fehlerhafte bestellte Geschäftsführer, der nach der Beendigung der Organstellung als Geschäftsführer weiterhin Tätige und der gänzlich ohne Bestellungsakt Agierende. Demgegenüber unterscheidet *Strohn* zwischen „faktischer Geschäftsführung im weiteren“ und „faktischer Geschäftsführung im engeren Sinne“ und sieht über den Begriff der „faktischen Geschäftsführung im weiteren Sinne“ nicht nur die drei zuvor genannten Fallkonstellationen, sondern darüber hinaus auch die Konstellation des „Geschäftsführers kraft Rechtsscheins“ erfasst.<sup>20</sup> Die Gründe, weshalb dieser aber besser nicht als „faktischer Geschäftsführer“ verstanden werden sollte, werden im Laufe dieser Untersuchung aufgezeigt.

<sup>17</sup> Einen ähnlichen Weg gingen schon *Sandhaus*, S. 25 ff.; *Sorge*, S. 32 ff.; *Dreher*, S. 20 ff.; *Strohn*, DB 2011, 158, *Fleischer*, GmbHR 2011, 337, 338; vgl. dazu auch *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, § 35 Rn. 8 ff.; *Böge*, GmbHR 2014, 1121, 1122 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *Sandhaus*, S. 33; *Dinkhoff*, S. 15.

<sup>19</sup> Ähnlich differenzierend auch: *Scholz/K. Schmidt*, § 64 Rn. 153; *Sandhaus*, S. 25 ff.; a. A. *Schneider*, ZVglRWiss 102 (2003) 387, 391 und *Reich*, DB 1967, 1663 ff., die beide davon ausgehen, dass es neben dem fehlerhaft bestellten Geschäftsführer nur den Fall des ohne Bestellung tätigen Geschäftsführers gebe; ähnlich wohl auch: *Stein*, ZHR 148 (1984), 207, 212 ff.; *Gehrlein/Witt* definieren den faktischen Geschäftsführer als eine Person, die mit Wissen der Gesellschafter Geschäftsführungsaufgaben übernommen hat, deren Bestellung aber zugleich an einem rechtlichen Mangel leidet. Damit wird deutlich, dass der ohne zumindest tatsächliche Bestellung Agierende von *Gehrlein/Witt* nicht als faktischer Geschäftsführer eingeordnet wird, vgl. *Gehrlein/Witt*, 5. Kap. Rn. 31.

<sup>20</sup> *Strohn*, DB 2011, 158.

### 1. Der fehlerhaft bestellte Geschäftsführer

Von der allgemein gehaltenen Begriffsbestimmung eines faktischen Geschäftsführers wird in der Literatur zunächst einmal derjenige erfasst, der aufgrund einer Bestellung für die Gesellschaft als Geschäftsführer tätig geworden ist, dessen Bestellung sich aber aufgrund eines Fehlers als unwirksam erweist.<sup>21</sup> Eine solche Person wird überwiegend auch als sog. fehlerhaft bestellter Geschäftsführer bezeichnet.<sup>22</sup>

Zur Unwirksamkeit der Bestellung führende Fehler können sowohl auf einem Eignungsmangel der zu bestellenden Person als auch auf dem Bestellvorgang selbst beruhen.<sup>23</sup> Wird der Geschäftsführer beispielsweise durch einen Gesellschafterbeschluss bestellt, der in einer Gesellschafterversammlung gefasst wurde, zu der nicht sämtliche Gesellschafter eingeladen waren, so ist der Beschluss und damit auch die Bestellung analog § 241 Nr. 1 AktG nichtig.<sup>24</sup> Die Bestellung ist auch dann nichtig, wenn sie in einer der Mitbestimmung unterliegenden GmbH nicht durch den zuständigen Aufsichtsrat, sondern durch die Gesellschafterversammlung erfolgt ist.<sup>25</sup> Gleiches gilt, wenn eine Person zum Geschäftsführer bestellt wird, die nach § 6 Abs. 2 GmbHG amtsunfähig ist.<sup>26</sup> Im

---

<sup>21</sup> So auch: Scholz/Seibt, § 49 Rn. 5; Michalski/Tebben, § 6 Rn. 96; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, Vorb. § 35 Rn. 11; Münch. Hdb. d. GesR (Band 3)/Diekmann/Marsch-Barner, § 42 Rn. 41; AnwHdBGmbHHR/Terlau, § 9 Rn. 13; Schneider, ZVglRWiss 102 (2003) 387, 391; Reich, DB 1967, 1664; Roth, ZGR 1989, 421, 423; Weimar, GmbHR 1997, 473; Stein, ZHR 148 (1984), 207, 213; Strohn, DB 2011, 158; Geißler, GmbHR 2003, 1107; Haas, NZI 2006, 494; Böge, GmbHR 2014, 1121, 1122; a.A. Fleischer, GmbHR 2011, 338, wonach der Begriff des faktischen Geschäftsführers denjenigen Fallgestaltungen vorbehalten bleiben sollte, in denen ein förmlicher Bestellsakt völlig fehlt; so auch Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 2 f.; Sandhaus, S. 33; Sorge, S. 33.

<sup>22</sup> Henssler/Strohn/Oetker, § 43 GmbHG Rn. 8; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 2; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 43 Rn. 2; Bork/Schäfer/Klöhn, § 43 Rn. 7; Michalski/Haas/Ziemons, § 43 Rn. 18; Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 Rn. 181; Stein, S. 119 ff.; Fleischer, GmbHR 2011, 338; Strohn, DB 2011, 158, 159; zur Parallele des fehlerhaft bestellten Vorstandsmitglieds: MükoAktG/Spindler, § 84 Rn. 238; Hüffer/Koch/Koch, § 84 Rn. 12 f.; Baums, S. 153 ff.; Schäfer, S. 481 ff.; Fleischer, AG 2004, 517.

<sup>23</sup> Sandhaus, S. 25.

<sup>24</sup> BGHZ 36, 207, 211; BayObLG NJW-RR 1998, 1254; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 51 Rn. 28; vgl. zu fehlerhaften Aufsichtsratsbeschlüssen in der AG: RGSt 64, 81, 84 f.; Fleischer, AG 2004, 518.

<sup>25</sup> Fleischer, GmbHR 2011, 338.

<sup>26</sup> Begr. RegE BT-Drucks 8/1347 S. 31: Die Rechtfolge der Nichtigkeit ergebe sich aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 2 GmbHG „kann nur“ / „kann nicht“; BGHZ 115, 78, 80; OLG Naumburg ZIP 2000, 622; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 6 Rn. 12; Roth/Altmeppen/Altmeppen, § 6 Rn. 23; Schneider/Schneider, GmbHR 2012, 365; Drygala, ZIP 2005, 423, 428; Goette, DStR 1998, 938, 939; anders ist es jedoch bei Fehlen eines im Gesellschaftsvertrag für den Geschäftsführer vorgesehenen Merkmals – dies führt nicht zur Nichtigkeit, sondern allenfalls

letzteren Fall wird die Nichtigkeit der Bestellung durch die daneben tretende Haftung der Gesellschafter nach § 6 Abs. 5 GmbHG ergänzt. Danach haften die Gesellschafter, die vorsätzlich oder grob fahrlässig einer nach § 6 Abs. 2 GmbHG amtsunfähigen Person, d. h. einem fehlerhaft bestellten Geschäftsführer die Geschäftsführung überlassen, für den Schaden, der der Gesellschaft dadurch entsteht, dass diese Person die ihr gegenüber der Gesellschaft bestehenden Obliegenheiten<sup>27</sup> verletzt hat. Da das GmbHG an dieser Stelle mit dem Begriff des „Überlassens“ nicht an den Bestellsungsakt, sondern schon an die tatsächliche Geschäftsübernahme anknüpft,<sup>28</sup> ist mit dieser Vorschrift auch ein Teilbereich der faktischen Geschäftsführung ohne jeglichen Bestellsungsakt angesprochen. Das GmbHG enthält an dieser Stelle, wie noch zu zeigen sein wird, die einzige Aussage zu einem Teilbereich der Rechtsfolgen faktischer Geschäftsführung.

Zu beachten ist darüber hinaus, dass die fehlerhaft und damit unwirksame Bestellung einer Person auch dann nicht geheilt wird, wenn der zur Nichtigkeit führende Fehler später wieder wegfällt.<sup>29</sup> Insofern bleibt es bis zur Vornahme einer neuen Bestellung bei der Unwirksamkeit der vorherigen.<sup>30</sup> Wird eine erneute Bestellung nicht vorgenommen, weil etwa der Mangel und damit auch ein Bedürfnis für eine erneute Bestellung schon nicht erkannt worden ist, soll auch die für die Gesellschaft handelnde Person unter die allgemeine Begriffsbestimmung faktischer Geschäftsführung subsumiert werden können. Alle diese Personen sollten aber nicht als faktischer, sondern zur Präzisierung nur als fehlerhaft bestellte Geschäftsführer bezeichnet werden. Wie noch zu zeigen sein wird, bestehen zwischen einem fehlerhaft bestellten und einem faktischen Geschäftsführer erhebliche Unterschiede.<sup>31</sup>

## 2. Geschäftsführung nach Beendigung der Organstellung

Darüber hinaus wird auch der Fall von der allg. Begriffsbestimmung faktischer Geschäftsführung erfasst, dass die Geschäfte der Gesellschaft von einer Person geführt werden, die ursprünglich einmal wirksam zum Geschäftsführer bestellt

---

zur Anfechtbarkeit der Bestellung, vgl. Henssler/Strohn/Oetker, § 6 GmbHG Rn. 35; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 6 Rn. 17; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Baukelmann, § 35 Rn. 75.

<sup>27</sup> Zu dem Begriffsverständnis der „Obliegenheit“ siehe: Sandhaus, S. 128 f.

<sup>28</sup> MüKoGmbHG/Goette, § 6 Rn. 51 m. w. N.; Bork/Schäfer/Schäfer, § 6 Rn. 20; Roth/Altmeppen/Altmeppen, § 6 Rn. 27.

<sup>29</sup> Roth/Altmeppen/Altmeppen, § 6 Rn. 23.

<sup>30</sup> Vgl. BayObLG ZIP 1993, 595: Wird der ordnungsgemäß bestellte Geschäftsführer geschäftsunfähig, so endet die Organstellung ipso iure – wird er später wieder geschäftsfähig, so bedarf es eines erneuten Bestellsungsaktes, um seine Organstellung zu begründen; Roth/Altmeppen/Altmeppen, § 6 Rn. 23; MüKoGmbHG/Goette, § 6 Rn. 44.

<sup>31</sup> Siehe dazu: Zweiter Teil. III. 2. a) cc) (3).

worden war, deren Organstellung zwischenzeitlich aber beendet worden ist.<sup>32</sup> Häufig beruht das Ende der Geschäftsführerstellung auf dem Widerruf der Bestellung der dafür gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG grundsätzlich zuständigen Gesellschafterversammlung.<sup>33</sup> Handelt es sich bei der in Frage stehenden GmbH nicht um eine den strengen Vorschriften des Mitbestimmungsrechts unterliegende, können die Gesellschafter den Geschäftsführer nach § 38 Abs. 1 GmbHG sogar jederzeit abberufen. In der im Vergleich zur AG personalistischer ausgestalteten GmbH soll eine Person nur solange als Geschäftsführer agieren dürfen, wie sie auch das volle Vertrauen der Gesellschafter genießt.<sup>34</sup> Insoweit gilt hier also der Grundsatz der freien Abberufbarkeit.<sup>35</sup> Gesellschaftsvertraglich kann nach § 38 Abs. 2 GmbHG dahingehend abgewichen werden, dass stets das Vorliegen eines wichtigen Grundes Voraussetzung eines Bestellungs Widerrufs ist. Gerade aber dann, wenn die Satzung von dem Grundsatz der freien Abberufbarkeit abweicht und die Abberufung vom Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig macht, kann es zwischen Geschäftsführer und dem zur Abberufung zuständigen Organ zum Streit über das Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ und damit über die Wirksamkeit der Abberufung kommen.<sup>36</sup> Führt der abberufene Geschäftsführer die Geschäfte während des Streits weiter und erweist sich die Abberufung später als wirksam, so hat er die Geschäfte als Geschäftsführer geführt, obwohl seine Organstellung bereits beendet war und wird damit von der allg. Begriffsbestimmung faktischer Geschäftsführung erfasst. Nicht anders liegt der Fall, wenn die Organstellung nicht durch Widerruf, sondern durch den Ablauf der zeitlich festgelegten Amtszeit<sup>37</sup> oder durch den Eintritt von Amtsunfähigkeit, beispielsweise infolge einer Verurteilung wegen einer Straftat<sup>38</sup> im Sinne des § 6 Abs. 2 GmbHG,

---

<sup>32</sup> RG SeuffArch. Band 93, S. 310, 312; K. Schmidt/K. Schmidt/Herchen, § 15a, Rn. 17; Holtz, MDR 1981, 98, 100; Böge, GmbHR 2014, 1121, 1122; Lange, GmbHR 2015, 1009, 1015; vgl. Sandhaus, S. 34; Strohn, DB 2011, 159.

<sup>33</sup> Münch. Hdb. d. GesR (Band 3)/Diekmann/Marsch-Barner, § 42 Rn. 58f.: Die Gesellschafterversammlung ist aber keineswegs zwingend zuständig. Möglich ist auch, dass stattdessen ein anderes Organ für Bestellung und Abberufung vorgesehen ist. In einer der Mitbestimmung unterliegenden GmbH ist für die Abberufung gemäß §§ 31 Abs. 5 MitbestG, 12 MontanMitbestG, 15 MitbestErgG allerdings zwingend ausschließlich der Aufsichtsrat zuständig.

<sup>34</sup> Münch. Hdb. d. GesR (Band 3)/Diekmann/Marsch-Barner, § 42 Rn. 42; Anders verhält es sich jedoch in einer mitbestimmten GmbH. Hier kann der Geschäftsführer gemäß §§ 84 Abs. 3 AktG, 31 MitbestG, 13 MontanMitbestG, 13 MitbestErgG nur aus wichtigem Grund vorzeitig abberufen werden, vgl. Münch. Hdb. d. GesR (Band 3)/Diekmann/Marsch-Barner, § 42 Rn. 45.

<sup>35</sup> Michalski/Terlau, § 38 Rn. 3 ff.

<sup>36</sup> So etwa auch BGH ZIP 2005, 2255 und Strohn, DB 2011, 159.

<sup>37</sup> Münch. Hdb. d. GesR (Band 3)/Diekmann/Marsch-Barner, § 42 Rn. 71.

<sup>38</sup> Vgl. dazu OLG Bamberg NZG 2016, 672.

automatisch<sup>39</sup> endet. Führt der zuvor zwar wirksam bestellte Geschäftsführer die Geschäfte auch hier weiter, so soll er als nicht (mehr) bestellter und damit als faktischer Geschäftsführer (in einem erweiterten Sinne) agieren.<sup>40</sup>

Der Untersuchung *Sorges* zur Folge soll der nach Beendigung der Organstellung weiterhin Tätige nach Rechtsprechung und Literatur wohl gleich eines von Anfang an fehlerhaft bestellten Geschäftsführers behandelt werden, da zwischen beiden Konstellationen eine rechtliche Verwandtschaft herrsche.<sup>41</sup> Begründet wird diese „Verwandtschaft“ damit, dass es keinen Unterschied mache, ob die Bestellung von Anfang an unwirksam war oder erst später unwirksam geworden ist.<sup>42</sup> Damit kann im Übrigen auch erklärt werden, weshalb *Fleischer* bei der Darstellung der Kategorien von Geschäftsleitern<sup>43</sup> auf den nach Beendigung der Organstellung weiter Tätigen als eigene Kategorie gänzlich verzichtet.<sup>44</sup>

### 3. Der faktische Geschäftsführer (im engeren Sinne)

Die Kernkonstellation faktischer Geschäftsführung und somit auch Hauptgegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet aber der Fall, dass eine Person wie ein Geschäftsführer für die Gesellschaft handelt, ohne auch nur einmal – und sei dies unwirksam – zum Geschäftsführer bestellt worden zu sein.<sup>45</sup> *Strohn* erfasst diese Fallgestaltung über den Begriff der „faktischen Geschäftsführung im engeren Sinne“ und sieht sie zugleich aufgrund der Fülle der dabei herrschenden Mei-

<sup>39</sup> BGHZ 115, 78, 80 für den Fall, dass die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Geschäftsführers nach der Bestellung wegfällt; BGH ZIP 2005, 2255, 2256 für den Fall, dass eine vereinbarte auflösende Bedingung (§ 158 BGB) eintritt; OLG München NZG 2011, 394; vgl. auch Roth/Alpmeppen/*Altmeppen*, § 6 Rn. 23: der Geschäftsführer verliere ipso iure sein Amt; *Goette*, DStR 1998, 938, 939; *Strohn*, DB 2011, 158, 159; *Schneider/Schneider*, GmbHR 2012, 365.

<sup>40</sup> Vgl. etwa *Strohn*, DB 2011, 158 f.

<sup>41</sup> *Sorge*, S. 33 mit Hinweisen auf: BGHZ 47, 341, 343; BGH ZIP 2005, 2255 ff., *Strohn*, DB 2011, 158 f.; *Böge*, GmbHR 2014, 1121, 1122.

<sup>42</sup> *Strohn*, DB 2011, 158 f.

<sup>43</sup> Für den GmbH-Geschäftsführer: *Fleischer*, GmbHR 2011, 337 f., zur Parallelproblematik des faktischen Vorstandsmitglieds: *Fleischer*, AG 2004, 517.

<sup>44</sup> Vgl. *Fleischer*, GmbHR 2011, 337, 338.

<sup>45</sup> So auch: *Sandhaus*, S. 36; *K. Schmidt*, FS Rebmann, S. 419, 424; *Ehricke*, S. 230; *Sorge*, S. 33; *Joerden*, wistra 1990, 1; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, § 35 Rn. 9; *Haas*, NZI 2006, 494, 495; siehe auch: *Fleischer*, GmbHR 2011, 338, wonach der Begriff des faktischen Geschäftsführers alleine dieser Fallgruppe vorbehalten bleiben müsse; a.A. *Dinkhoff*, S. 19: Danach sei Hauptanwendungsfall der faktischen Geschäftsführung nicht der faktische Geschäftsführer ohne Bestellung, sondern die Konstellation des fehlerhaft bestellten Geschäftsführers; ähnlich auch *Schneider*, ZVglRWiss (Band 102), 2003, 392.

nungsverschiedenheiten als die Interessanteste an.<sup>46</sup> *K. Schmidt* geht noch einen Schritt weiter und sieht diese Fälle als diejenigen an, in der überhaupt nur von „faktischen Organen“ die Rede sein sollte.<sup>47</sup> Dem ist zu folgen. Auch die vorliegende Untersuchung versteht unter einem faktischen Geschäftsführer nur diese Konstellation.

Wie die einleitenden Praxisbeispiele zeigen, kann die sog. „faktische Geschäftsführung im engeren Sinne“ eine Vielzahl von Ursachen haben.<sup>48</sup> Oftmals liegt ihr der sog. Strohmänn-Fall zugrunde.<sup>49</sup>

Die Strohmänn-Konstellation beschreibt schlagwortartig diejenigen Fälle, in denen eine Bestellung bewusst unterblieben ist, eine andere Person offiziell – als Strohmänn – zum Geschäftsführer bestellt worden ist, tatsächlich aber ein Dritter die Geschäfte führt. Hintergrund eines solchen Falles ist oftmals, dass in der Person des Dritten, der die Gesellschaft tatsächlich führt und führen soll, ein Amtsunfähigkeitsgrund i. S. d. § 6 Abs. 2 GmbHG oder eine Gewerbeunter-sagung<sup>50</sup> i. S. d. § 35 GewO vorliegt und sie daher von vornherein nicht als zu bestellender Geschäftsführer in Betracht gekommen ist.<sup>51</sup> Zumeist wird dann eine andere Person, verbunden mit der Absprache, nur „auf dem Papier Geschäftsführer zu sein“, zum Geschäftsführer bestellt.<sup>52</sup> Diese ist der „Strohmänn“. Der nicht bestellte, aber für die Gesellschaft tätig werdende Hintermann kann dagegen unter das allg. Begriffsverständnis des faktischen Geschäftsführers subsumiert werden.

Darüber hinaus werden als faktische Geschäftsführer zum Teil aber auch solche Personen verstanden, die gerade nicht als Geschäftsführer agieren wollten, aber derart weitgehenden Einfluss auf die Geschäfte der Gesellschaft nehmen, dass es vereinzelt als angemessen angesehen wird, auch diese als faktische Geschäftsführer zu begreifen. Ein solcher Fall ist etwa denkbar, wenn ein Gesellschafter von seinem in § 37 Abs. 1 GmbHG normierten Weisungsrecht derart umfassend Gebrauch macht, dass der Eindruck erweckt wird, er führe die Ge-

---

<sup>46</sup> *Strohn*, DB 2011, 158; ähnlich auch *Sandhaus*, S. 36 und *Fleischer*, GmbHR 2011, 337, 338.

<sup>47</sup> *K. Schmidt*, FS Rebmann, S. 424; ähnlich auch *Joerden*, wistra 1990, 1; *Fleischer*, GmbHR 2011, 337, 338; *Sandhaus*, S. 31 ff.

<sup>48</sup> So schon *Reich*, DB 1967, 1664.

<sup>49</sup> *Schneider/Schneider*, GmbHR 2012, 365; *Dierlamm*, NSTZ 1996, 153; *Reich*, DB 1967, 1664; *Geißler*, GmbHR 2003, 1107; *Linderhaus*, PuR 2011, 69; *Löffeler*, wistra 1989, 121; als Beispiele zum Sachverhalt eines Strohmännfalles: vgl. RGSt 71, 112; BGHSt 3, 32 ff.; BGHZ 31, 258; *K. Schmidt*, GesR, § 14 III 4 a, S. 419 f.

<sup>50</sup> Vgl. *Geißler*, GmbHR 2003, 1107.

<sup>51</sup> So z. B. in BGHSt 46, 62.

<sup>52</sup> *Dierlamm*, NSTZ 1996, 153; *Löffeler*, wistra 1989, 121.

schäfte der Gesellschaft.<sup>53</sup> Gleichermaßen soll auch ein Kreditgeber<sup>54</sup>, ein Unternehmensberater<sup>55</sup>, ein Sanierer in der Krise<sup>56</sup> oder ein Großabnehmer oder -lieferant<sup>57</sup>, der aufgrund seiner Stellung umfassenden Einfluss ausüben kann, als faktischer Geschäftsführer (zumindest) in Betracht kommen können.<sup>58</sup> Darüber hinaus wird im Zusammenhang damit diskutiert, ob im Konzern die Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft als eine faktische Geschäftsführerin angesehen werden kann oder sogar muss.<sup>59</sup> Weiterhin kann es vorkommen, dass die Geschäfte nach Ausscheiden oder während der Verhinderung des einzigen Geschäftsführers „übergangsweise“ von einer Person bis zur Bestellung eines neuen Geschäftsführers geführt werden sollen, ohne diese aber für die Zwischenzeit formell ordnungsgemäß zum Geschäftsführer zu bestellen.<sup>60</sup> Der Grund dafür kann darin bestehen, dass nach außen nicht der Eindruck erweckt werden soll, auf der Position des Geschäftsführers bestehe eine hohe Fluktuation, da damit in der Regel auch Unsicherheit der (zukünftigen oder auch gegenwärtigen) Gläubiger verknüpft ist. Als weitere Möglichkeit faktischer Geschäftsführung (im engeren Sinne) wird darüber hinaus in Betracht gezogen, leitende Angestellte oder Prokuristen, an die der ordentlich bestellte Geschäftsführer sämtliche Geschäftsführungsaufgaben delegiert hat, als faktische Geschäftsführer einzuordnen.<sup>61</sup> Schließlich kann es sich aber auch um das Familienoberhaupt handeln, das die Geschäftsführung des gemeinsamen Familienunternehmens schon vor Jahren abgegeben hat, aber immer noch erheblichen Einfluss oder gar selbst Teile der Geschäftsführertätigkeit ausübt. Insbesondere anhand des letzten Beispiels zeigt sich, dass grundsätzlich zwei verschiedene Verhaltensweisen diskutiert werden, die zu einer Einordnung als faktischer Geschäftsführer führen können: Auf der

---

<sup>53</sup> Ob ein Gesellschafter, der umfassend von seinem Weisungsrecht Gebrauch macht, als faktischer Geschäftsführer verantwortlich sein kann, wird an späterer Stelle (siehe: Zweiter Teil IV. 1. b) bb)) untersucht; vgl. aber zu dem Sachverhalt: *Fleischer*, GmbHR 2011, 337, 345; *Haas*, NZI 2006, 494; *Mennicke*, NZG 2000, 622; *Dierlamm*, NStZ 1996, 153.

<sup>54</sup> Vgl. dazu: *Sandhaus*, Der Kreditgeber als faktischer Geschäftsführer einer GmbH; *Fleischer*, GmbHR 2011, 337, 344.

<sup>55</sup> *MükoGmbHG/Fleischer*, § 43 Rn. 239; *Fleischer*, GmbHR 2011, 337, 344; *Wessing*, NZI 2003, 1, 5; *Kuss*, WPg 2009, 326, 339; *Wessing*, NJW 2003, 2265; vgl. auch *Sandhaus*, S. 37.

<sup>56</sup> *Dierlamm*, NStZ 1996, 153.

<sup>57</sup> Vgl. *Sorge*, S. 156.

<sup>58</sup> Grundlegend dazu: *Sandhaus*, Der Kreditgeber als faktischer Geschäftsführer einer GmbH.

<sup>59</sup> Zum Stand der Diskussion: *Sorge*, S. 149 f.; *Ehricke*, S. 229 ff.

<sup>60</sup> Vgl. zu den Gründen der Verhinderung: *Hohlfeld*, GmbHR 1986, 181, 182 f.

<sup>61</sup> OLG Düsseldorf GmbHR 1993, 159; *Dinkhoff*, S. 19; *Dierlamm*, NStZ 1996, 153; *Fleischer*, GmbHR 2011, 337, 344; *Linderhaus*, PuR 2011, 69; siehe insb. zum Prokuristen: BGHZ 148, 167; *Reich*, DB 1967, 1664; *Blöse*, GmbHR 2012, 1358, 1361.

## Stichwortregister

- Alleingesellschafter 30 f., 38 f., 357, 463
- Analogie
- Analogieparagraph 64, 71, 273
  - im Rahmen der Einflussnahme 378 ff.
  - im Rahmen tatsächlicher Tätigkeit 317 ff.
  - Insolvenzverschleppungshaftung 435 ff.
  - Verbot 69, 87, 314
- Anscheinsvollmacht 202, 205, 230, 407, 441 ff.
- Anstellungsvertrag
- als Grundlage der Organstellung 220
  - fehlerhafter 14 ff.
- Beschlussfassung
- außerhalb der Gesellschafterversammlung 170
  - Beschlussantrag 174 ff.
  - Beschlussfeststellung 179 ff.
  - innerhalb der Gesellschafterversammlung 171 ff.
  - konkludente 169 ff.
  - Stimmabgabe 176 ff.
- Bestellung
- Bestellungenvertrag 162 ff.
  - konkludenter Beststellungsbeschluss 182 ff.
  - Nichtigkeit 5 f.
  - Verlautbarung 166 ff.
  - Warnfunktion 186, 274 ff., 294
  - Widerruf 7
- Bestellungsakt
- fehlerhafter 187 ff.
  - konkludenter 168 ff., 182 ff.
  - Rechtsnatur 153 ff.
  - Sinn und Zweck 126 ff.
- Culpa in contrahendo 223, 415 f., 436 ff.
- De facto director 253 ff.
- Druckfunktion 290 f., 301
- Einflussnahme
- analoge Anwendung des § 117 AktG auf das Recht der GmbH 387 ff.
  - deliktische Verantwortlichkeit gem. §§ 823 ff. BGB 378 ff.
- Existenzvernichtender Eingriff 354 f.
- Faktische Betrachtungsweise 75 ff., 220 ff.
- Familienpatriarch 385
- Familienunternehmen 2, 10
- Fehlerhafte Gesellschaft 12 f.
- Führungslosigkeit 226 f., 276 f., 446 f.
- Gedanke der Übernahmeverantwortung 214 f.
- Geschäftsführer
- Außenhaftung 409 ff.
  - Begriff 122 ff., 234 ff., 277 ff.
  - fehlerhaft bestellter 5 f., 22, 69, 197
  - haftungsrechtlicher Sinn 234 ff.
  - Innenhaftung 117 ff.
  - Legaldefinition 260 f.
  - kraft Rechtsscheins 11 f.
  - nach Beendigung der Organstellung 6 f., 206 ff.
  - Rechtsstellung 130 ff.
  - Statusbegriff 277 ff., 311 f.
- Geschäftsführung ohne Auftrag
- bei Kenntnis der Gesellschafter 344 ff.
  - bei Unkenntnis der Gesellschafter 346 ff.
  - berechnete und unberechnete 338 ff.
  - Fremdgeschäftsführung 326 ff.
  - Geschäftsbesorgung 322 ff.

- Geschäftsführungsgehilfe 324 ff., 411
- Haftungsausschluss bei Weisung 355 ff.
- juristische Personen als Geschäftsführer 325 ff.
- Gesellschaftsorgan 130 ff.
- Gleichlauf von Herrschaft und Haftung 216 f.
  
- Handelndenhaftung 304, 312, 413 ff.
- Handlungsorgan 146 f.
- Handlungswille 158 ff., 193 ff., 334
  
- Insolvenzantragsrecht des faktischen Geschäftsführers 449 f.
- Insolvenzverschleppungshaftung 422 ff.
  
- Kompensationsfunktion 281 f.
- Konzernhaftung 306 ff.
- Kreditgeber 89, 329, 385
  
- Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis 228 ff.
- Lehre von der fehlerhaften Bestellung
  - Grenzen 198 ff.
  - Grundlage 188 ff.
  - Mindestvoraussetzung 193 ff.
  
- Mitbestimmung 126, 184, 203 ff.
  
- Nichtakt 194 f.
- Notgeschäftsführer 16 f.
  
- Okkupierung der Organstellung 215, 257
- Organ
  - faktisches 213 ff., 222 ff., 294
  - hinkendes 205, 265
- Organbesitz 147 ff.
- Organhaftung
  - aufgrund Organverdrängung 216
  - aus Ingerenz 97, 217 f.
  
- Funktion und Zweck der Innenhaftung 279 ff.
- Rechtsnatur 294 ff.
- Statushaftung 296, 304
- Organstellung
  - Eigenschaft 232 f.
  - geborene Organmitglieder 128 ff.
  - gekorene Organmitglieder 128 ff.
  - Organtheorie 132 ff.
  - Organwalter 127 f.
  - strafrechtliche 220 ff., 240 f.
  - Vertretertheorie 131 f.
  
- Präventivfunktion 282 ff.
- Prokurist 32, 303 f., 335 f., 389
  
- Rechtsscheinhaftung 219 f., 417 f.
- Repräsentantenhaftung 225, 416
  
- Sanierungsprivileg 42 ff., 340, 366 f.
- Shadow director 245 f., 247 ff., 382 ff.
- Societas Unius Personae 243 ff., 257 ff.
- Strohmann 9, 232 f., 296
  
- Teleologische Extension 237 ff.
- Treuepflicht 28 ff., 332, 357, 372, 394 ff.
  
- Vertragsähnliche Sonderverbindung kraft tatsächlicher Übung 96
- Vertrauenshaftung 219 f.
- Vertretungsmacht 230 f.
  
- Weisungsrecht
  - Einpersonengesellschaft 400 f.
  - Haftung von Gesellschaftern 391 ff.
  - Mehrpersonengesellschaft 398 ff.
  - rechtmäßige Ausübung 392 ff.
  - rechtswidrige Ausübung 395 ff.
- Willensbildungsorgan 147
- Wrongful trading 251, 292, 423 f.