

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
BRAK	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.