

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

---

Band 113

# Faktische Einflussnahme auf die GmbH-Geschäftsführung

Der Schutz von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen  
durch die Geschäftsführung ohne Auftrag

Von

Ferdinand Dreher



Duncker & Humblot · Berlin

FERDINAND DREHER

Faktische Einflussnahme  
auf die GmbH-Geschäftsführung

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

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

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

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 113

# Faktische Einflussnahme auf die GmbH-Geschäftsführung

Der Schutz von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen  
durch die Geschäftsführung ohne Auftrag

Von

Ferdinand Dreher



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit  
im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 1614-7626  
ISBN 978-3-428-15276-6 (Print)  
ISBN 978-3-428-55276-4 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85276-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis März 2017 berücksichtigt werden.

Besonderer Dank gebührt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Univ. of Chicago), für die vielfältige Förderung während meines Studiums und meiner Zeit als Doktorand. So haben die Tätigkeit als studentische Hilfskraft an seinem Lehrstuhl am Institut für ausländisches und internationales Privatrecht sowie der Besuch seiner Schwerpunktvorlesungen bei mir nicht nur das Interesse am Gesellschaftsrecht geweckt, sondern auch am wissenschaftlichen Arbeiten. Die an das Studium anschließende Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut hat es mir sodann erlaubt, diese Interessen mit großer wissenschaftlicher Freiheit weiterzuerfolgen und zudem auch den gesamten universitären und wissenschaftlichen Betrieb näher kennen zu lernen.

Weiterhin möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard), für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die hilfreichen Anmerkungen zur Arbeit herzlich danken.

Für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht“ danke ich ferner den Herausgebern und dem Verlag Duncker & Humblot.

Die Entstehung der Arbeit wurde großzügig gefördert durch ein Promotionsstipendium der Studienstiftung des deutschen Volkes. Für die Drucklegung habe ich ferner durch die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung und die Studienstiftung *ius vivum* erhebliche Druckkostenzuschüsse erhalten. Auch hierfür bin ich sehr dankbar.

Im Verlauf der Entstehung dieser Arbeit hat mich eine Vielzahl von Menschen vielfältig unterstützt, etwa durch konstruktive Kritik, Ermutigungen oder Korrekturlesen. Beispielhaft genannt seien hier Frau Tessa Scheller sowie die Herren Prof. Dr. Jens-Hinrich Binder, LL.M. (London), Dr. Philipp Hofmann, Dr. Alexander Klausmann, Dr. Johannes Marl, LL.M. (Univ. of Glasgow), PD Dr. Falk Mylich, Dr. Thilo Schülke, Martin Vocks und Prof. Dr. Marc-Philippe Weller. Allen sei auf diesem Wege ebenfalls herzlich gedankt.

Gewidmet ist diese Arbeit schließlich meinen Eltern, Dr. Kirsten Dreher und Dr. Bernhard Dreher, denen ich von Herzen für ihre vorbehaltlose Unterstützung wäh-

rend meines gesamten bisherigen Lebensweges danke. Ohne diese Unterstützung wäre die Entstehung dieser Arbeit sicher kaum möglich gewesen.

Mailand, im Oktober 2017

*Ferdinand Dreher*

# Inhaltsverzeichnis

## *Kapitel 1*

<b>Einführung in den Problemkreis</b>	19
A. Einleitung	19
B. Erste Begriffsbestimmung und Abgrenzung	20
I. Faktische Geschäftsführung	20
II. Der fehlerhaft bestellte Geschäftsleiter	20
III. Der Geschäftsleiter kraft Rechtsscheins	21
C. Weitere Begrenzung der Untersuchung	22
I. Begrenzung der Untersuchung auf das Zivilrecht	22
II. Begrenzung der Untersuchung auf die GmbH	23
III. Begrenzung der Untersuchung auf die Probleme des Gesellschafterschutzes und Gläubigerschutzes in der Insolvenz	24
D. Gründe für einen Neuansatz	25
E. Rechtsvergleichendes Vorgehen	26
F. Gang der Untersuchung	26

## *Kapitel 2*

<b>Herkömmliche Lösungsansätze für das Problem der faktischen Geschäftsführung im deutschen Recht</b>	28
A. Die Entwicklung der zivilgerichtlichen Rechtsprechung zum faktischen Geschäftsführer	28
I. BGH WM 1973, 1354	28
II. BGHZ 75, 96	29
III. BGHZ 104, 44	30
IV. BGHZ 150, 61	32
V. BGH NZG 2005, 816	32
VI. Weitere Entscheidungen des BGH	33
VII. Obergerichtliche Urteile	34
VIII. Zwischenfazit	34

B. Der faktische Geschäftsführer in der Literatur .....	36
I. Methodische Einordnung .....	36
1. Das Normanwendungsmodell .....	36
a) Begriff des Normanwendungsmodells .....	37
b) Verantwortungsrechtlicher Organbegriff als abweichender Ansatz .....	38
2. Verschiedene Perspektiven bei der Umsetzung des Normanwendungsmodells .....	39
3. Möglichkeit zur Abstraktion trotz Einzelnormanwendung .....	40
II. Auseinandersetzung mit den Kriterien der Rechtsprechung zur Konkretisierung der Einzelnormanwendung .....	42
1. Die Notwendigkeit des Tätigwerdens nach außen .....	42
a) Befürwortende Stimmen .....	42
b) Kritik vom Blickpunkt auf den bestellten Geschäftsführer .....	43
c) Kritik vom Blickpunkt auf den faktischen Geschäftsführer .....	44
2. Die Notwendigkeit einer Billigung durch die Gesellschafter bzw. das Bestellungsorgan .....	45
a) Befürwortende Stimmen .....	45
b) Kritik vom Blickpunkt auf den bestellten Geschäftsführer .....	46
c) Kritik vom Blickpunkt auf den faktischen Geschäftsführer .....	46
3. Amtstauglichkeit als notwendige Voraussetzung für die faktische Geschäftsführung .....	47
a) Kritik vom Blickpunkt auf den bestellten Geschäftsführer .....	48
b) Kritik vom Blickpunkt auf den faktischen Geschäftsführer .....	49
4. Zwischenfazit .....	49
5. Der faktische Geschäftsführer als Typus .....	50
III. Alternative Konkretisierungsmöglichkeiten für die Einzelnormanwendung .....	51
1. Konkretisierung des Typus zur Bestimmung der Voraussetzungen einer organspezifischen Gefährdungslage .....	51
2. Konkretisierungsmöglichkeiten zur Bestimmung der Voraussetzungen einer Organverdrängung .....	53
IV. Die Diskussion um die Anwendung einzelner Normen auf den faktischen Geschäftsführer .....	55
1. § 15a Abs. 1 InsO (i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB) .....	55
a) Insolvenzantragsrecht des faktischen Geschäftsführers .....	56
b) Modifizierte Anwendung von § 15a Abs. 1 InsO .....	56
c) Lösung nach der Lehre vom Fortführungsverbot .....	57
d) Grundsätzliche Kritik an der Anwendung von § 15a Abs. 1 InsO .....	58
2. § 43 Abs. 2 GmbHG .....	59
a) Anwendung auf externe Kreditgeber .....	59
b) Anwendung auf Gesellschafter .....	60
3. § 64 GmbHG .....	63
C. Fazit .....	64

*Kapitel 3*

<b>Untersuchung und Kritik des Normanwendungsmodells</b>	<b>65</b>
A. Anknüpfungspunkt für die Untersuchung und Kritik	65
I. Analogie und teleologische Extension	65
II. Die Typenlehre von Larenz und Leenen	68
B. Kritik an der Lückenfindung und -ausfüllung aus der Literatur	72
I. Die Kritik von Stein und Dinkhoff	73
1. Zentrale Argumente der Kritik	73
2. Analyse der Argumente	76
a) Die Irrelevanz allgemeiner Vorschriften für die Lückenfindung und -ausfüllung	76
b) „Indizwirkung“ anderer Ansprüche für ein beredtes Schweigen des Gesetzgebers?	78
c) Exkurs: Überzeugungskraft der Argumentation jenseits des Normanwendungsmodells	78
aa) Haftung des faktischen Geschäftsführers aus allgemeinen Vorschriften	79
bb) Haftung anderer Personen	81
II. Zwischenfazit	82
III. Organverdrängung und Perspektivwahl	83
C. Lückenfindung und -ausfüllung – zugleich Kritik an der Übertragung einzelner Geschäftsführerpflichten auf faktisch tätige Personen	83
I. Die dogmatische Begründung einer Sonderverbindung	83
1. Ansätze zur Begründung einer Sonderverbindung und ihre Kritik	84
a) Billigung und typisierte Vertrauenshaftung	84
b) Sonderverbindung kraft tatsächlicher Leitung	85
aa) Der Verweis auf das Deliktsrecht	86
bb) Der Ansatz von Krebs	86
cc) Korrespondenz von Leitung und Verantwortlichkeit als „Gerechtigkeitsprinzip“	89
2. Zwischenfazit	89
II. Die Rückbindung einzelner Merkmale faktischer Geschäftsführung an den jeweiligen Normzweck	90
1. Außenauftritt und Billigung als notwendige Voraussetzung faktischer Geschäftsführung	90
2. Die Formel von der Wahrnehmung organspezifischer Funktionen in organtypischer Weise	94
III. Die Wirkungsweise der Haftungsnormen	98
1. Die Inkongruenz von Rechten und Pflichten	99
a) Die unterschiedliche Ausgangslage bei faktischem und bestelltem Geschäftsführer	99

b) Faktische Einflussmöglichkeit als inadäquater Ersatz für rechtlich abgesicherte Einflussmöglichkeiten	103
c) Erweiterung der Rechtsstellung des faktischen Geschäftsführers	104
2. Der falsche Anreiz der Pflichtenübertragung	106
a) Wirkungsweise der Haftungsnormen beim bestellten Geschäftsführer	106
b) Wirkungsweise der Haftungsnormen beim faktischen Geschäftsführer – Perpetuierung des rechtswidrigen Zustands	106
c) Der Sonderfall des Bestellungsverbots	108
3. Zwischenfazit	109
IV. Weitere normspezifische Argumente gegen eine Anwendung von Geschäftsleiterpflichten auf faktisch tätige Personen	110
1. Der faktische Geschäftsführer und die Drei-Wochen-Höchstfrist in § 15a Abs. 1 InsO	110
2. Probleme im Zusammenhang mit § 43 GmbHG	111
D. Fazit	113

#### *Kapitel 4*

<b>Der de facto director und der shadow director im englischen Gesellschaftsrecht</b>	<b>118</b>
A. Methodische Grundlegung	118
B. Überblick über das englische Gesellschaftsrecht	120
C. Gesetzliche Regelungen und Rechtsprechung zum de facto director	122
I. Die gesetzliche „Definiton“ des de facto director	122
II. Die Entwicklung der Rechtsprechung zum de facto director bis Re Paycheck Services 3 Ltd	123
III. Re Paycheck Services 3 Ltd	125
IV. Jüngste Entscheidungen zum de facto director	128
D. Gesetzliche Regelungen und Rechtsprechung zum shadow director	129
I. Die gesetzlichen Definitionen des shadow director	130
II. Entwicklung der Rechtsprechung	131
1. Kriterien für die Stellung als shadow director	131
2. Fiduciary duties des shadow director	133
3. Verhältnis zum de facto director	134
E. Rechtsvergleich vor dem Hintergrund der Kritik am deutschen Normanwendungsmodell	135
I. Vergleich der Voraussetzungen für die Einzelnormanwendung	136
1. Argumente für eine Ausweitung des deutschen Begriffsverständnisses	136

2. Leitlinien der Einzelfallanwendung ..... 143

II. Vergleich der angewendeten Normen ..... 145

1. IA 1986 s. 214 (wrongful trading) ..... 147

2. Allgemeine directors' duties (i.V.m. IA 1986 s. 212) ..... 152

III. Vergleich der mit der Einzelnormanwendung verbundenen Anreizwirkung .... 157

1. Die verhaltenssteuernde Wirkung von CDDA 1986 s. 15 ..... 159

2. Weitergehende Anreizwirkung durch das Disqualifikationsrecht ..... 161

F. Fazit ..... 162

*Kapitel 5*

**Neukonzeption der Verantwortlichkeit für faktische Einflussnahme  
auf die GmbH-Geschäftsführung** ..... 165

A. Vorüberlegungen ..... 165

    I. Zur Notwendigkeit einer besonderen Verantwortlichkeit für faktische Einflussnahme ..... 165

    II. Leitlinien für eine Neukonzeption ..... 166

B. Die Herleitung einer Verantwortlichkeit für faktische Einflussnahme auf die GmbH-Geschäftsführung ..... 167

    I. Der bestellte Geschäftsführer als Wahrer fremder Vermögensinteressen ..... 167

        1. Tätigkeit in fremdem Interesse ..... 167

        2. Haftung bei Verletzung der einzelnen Vermögensinteressen ..... 171

        3. Reichweite der Pflichten zur Berücksichtigung der Vermögensinteressen der Gläubiger ..... 178

        4. Zwischenfazit ..... 179

    II. Faktische Einflussnahme auf die GmbH-Geschäftsführung als Tätigkeit in fremdem Interesse ohne Auftrag ..... 180

    III. Herleitung einer Verantwortlichkeit nach den Regeln der GoA ..... 183

        1. Aufbau und Struktur der §§ 677 ff. BGB ..... 184

            a) Gemischt objektiv-subjektive und subjektive Ansätze ..... 184

                aa) Gemischt objektiv-subjektive Ansätze ..... 185

                bb) Subjektive Ansätze ..... 186

            b) Berechtigte und unberechtigte GoA ..... 187

            c) Angemaßte Eigengeschäftsführung nach § 687 Abs. 2 BGB ..... 189

            d) Zwischenfazit ..... 190

        2. Die Anwendung der §§ 677 ff. BGB auf den faktischen Geschäftsführer .... 191

            a) Faktische Geschäftsführung als fremdnützige Tätigkeit ..... 191

            b) Grundsätzliche Einwände ..... 193

                aa) GoA und nichtiger Vertrag ..... 193

bb) GoA und die Überschreitung von Organbefugnissen oder vertraglichen Vereinbarungen .....	195
cc) GoA und pflichtgebundener Geschäftsführer .....	198
dd) Fremdnützige und eigennützige Tätigkeit .....	199
c) Der „doppelte“ Geschäftsherr des faktischen Geschäftsführers .....	202
d) § 678 BGB als Instrument der Steuerung unerwünschter Einflussnahme .....	203
aa) Bei der Interessenwahrnehmung gegenüber der Gesellschaft .....	204
bb) Bei der Interessenwahrnehmung gegenüber den Gläubigern .....	206
e) Die einzelnen Schadensposten .....	208
aa) Schäden infolge der Verletzung von Gesellschaftsinteressen .....	208
bb) Schäden infolge der Verletzung von Gläubigerinteressen .....	209
f) Beginn und Ende der Verantwortlichkeit nach § 678 BGB .....	214
g) Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers nach §§ 677, 280 Abs. 1 BGB .....	215
h) Weitere Pflichten .....	217
i) Rechte des faktischen Geschäftsführers .....	218
3. Besonderheiten bei Hintermännern .....	221
a) Allgemeines .....	221
b) Weisungen der Gesellschafterversammlung .....	225
c) Weisungen der Konzernmutter im GmbH-Vertragskonzern .....	227
C. Abschließender Überblick über die Ergebnisse anhand von Fallgruppen .....	230
I. Verantwortlichkeit als faktischer Geschäftsführer .....	230
1. Gesellschafter .....	230
2. Im Konzern .....	231
3. Angestellte .....	232
4. Kreditgeber und Berater .....	233
II. Verantwortlichkeit als Hintermann .....	234
1. Gesellschafter .....	234
2. Im Konzern .....	234
3. Kreditgeber und Berater .....	235

### *Kapitel 6*

<b>Zusammenfassung in Thesen</b>	236
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	241
<b>Verzeichnis der zitierten englischen Entscheidungen</b> .....	254
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	256

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AC	Appeal Cases (Law Report)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BB	Betriebsberater
BCC	British Company Cases (Law Report)
BCLC	Butterworths Company Law Cases (Law Report)
Begr.	Begründer/Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR	Bundesrat
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
bzw.	beziehungsweise
CA	Companies Act
(CA)	Court of Appeal
CDDA	Company Directors Disqualification Act
Ch	Chancery Division (Law Report)
(Ch)	Chancery Division
c.i.c.	culpa in contrahendo
CLJ	Cambridge Law Journal
COM	Commission
Comp. Law.	Company Lawyer (Zeitschrift)
C.R. & I.	Corporate Rescue and Insolvency (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe/dieselben
DStR	Deutsches Steuerrecht

DStR-Beih	DStR-Beihefter
DStRE	DStR-Entscheidungsdienst
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EBOR	European Business Organization Law Review
Einl.	Einleitung
et al.	et alii/aliae
etc.	et cetera
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal Civil Division
EWHC	England and Wales High Court
f./ff.	folgende/fortfolgende
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FSMA	Financial Services and Markets Act
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHRR	GmbH-Rundschau
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
Herv. d. Verf.	Hervorhebung durch Verfasser
HGB	Handelsgesetzbuch
(HL)	House of Lords
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IA	Insolvency Act
ibid.	ibidem (ebenda)
i. d. F.	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
Insolv. Int.	Insolvency Intelligence (Zeitschrift)
Int.	Internationales
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
J	Justice
JBL	The Journal of Business Law
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht (früher Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen)
LG	Landgericht
LJ	Lord Justice/Lady Justice
LQR	The Law Quarterly Review
LSE	London School of Economics
Ltd	private company limited by shares

m. E.	meines Erachtens
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
Mot.	Motive
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
plc	public company limited by shares
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift
s.	section
S.	Seite
sog.	sogenannte/sogenannter
StGB	Strafgesetzbuch
SUP	Societas Unius Personae
u. a.	unter anderem
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom
v	and/against
V.-C.	Vice-Chancellor
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
WL	Westlaw UK
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WpÜGAngebV	WpÜG-Angebotsverordnung
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung



## Kapitel 1

# Einführung in den Problemkreis

## A. Einleitung

Die Rechtsfigur der faktischen Geschäftsführung und die mit ihr verknüpften Rechtsfolgen sollen, sehr allgemein gesprochen, der Tatsache Rechnung tragen, dass in einer Kapitalgesellschaft nicht immer nur ordnungsgemäß bestellte Organe, die umfangreichen, haftungsbewährten Pflichten unterliegen, Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen und damit die Interessen verschiedener mit der Gesellschaft verbundener Akteure berühren, sondern auch Personen, bei denen es an einer solchen ordnungsgemäßen Bestellung gerade fehlt. Wären diese Personen für ihre Einflussnahme in keinerlei Weise verantwortlich, bestünden wenig Anreize schädigende Handlungen gegenüber den beteiligten Interessengruppen zu unterlassen und für einmal eingetretene Schäden müssten die faktischen Geschäftsleiter ebenfalls nicht eintreten. Obgleich klar ist, dass ein solcher Zustand mehr als unbefriedigend wäre, ist die Frage, wie eine Verantwortlichkeit für faktische Einflussnahme auf die Geschäftsführung im Einzelfall begründet werden kann und konkret auszugestalten ist, dennoch nicht leicht zu beantworten. Sie beschäftigt Wissenschaft und Praxis nicht nur in Deutschland, sondern in der Mehrzahl der europäischen Rechtsordnungen.<sup>1</sup> So wird etwa im englischen Recht die Thematik im Zusammenhang mit den Begriffen des *de facto* und des *shadow director* diskutiert, im französischen Recht wiederum spricht man vom *dirigeant de fait*.<sup>2</sup> Auf der Ebene des Europarechts setzte sich darüber hinaus jüngst die Europäische Kommission mit der faktischen Geschäftsführung auseinander, wie der Entwurf zu einer Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter (sog. *Societas Unius Personae*) zeigt.<sup>3</sup> Die vorliegende Arbeit untersucht im Folgenden ebenfalls die Frage, wie eine Verantwortlichkeit für faktische Einflussnahme auf die Geschäftsführung begründet werden kann und auszugestalten ist. Sie setzt sich zum Ziel zumindest für

---

<sup>1</sup> Vgl. den Überblick bei *Gerner-Beuerle/Paech/Schuster*, Study on directors' duties and liability, LSE (2013), S. 45 ff., abrufbar unter <http://eprints.lse.ac.uk/50438/>.

<sup>2</sup> *Ibid.*, S. 48, 53.

<sup>3</sup> COM (2014) 212 final, siehe hierzu *Dreher*, NZG 2014, 967. Der aktuelle Kommissentwurf des Rates in Form einer allgemeinen Ausrichtung (Nr. 8811/15 DRS 39 CODEC 706) enthält hingegen keine Regelungen zur faktischen Geschäftsführung mehr. Das weitere Schicksal des Entwurfs ist im Übrigen unklar, siehe *Bayer/J. Schmidt*, BB 2016, 1923, 1924.

den Teilbereich der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit in der GmbH eine überzeugende Antwort zu finden.<sup>4</sup>

## **B. Erste Begriffsbestimmung und Abgrenzung**

### **I. Faktische Geschäftsführung**

Wenn von der Rechtsfigur der faktischen Geschäftsführung gesprochen wird, dann wird damit eine Terminologie verwendet, die nach einer häufig zitierten Formulierung Karsten Schmidts zur „juristischen Ungenauigkeit“<sup>5</sup> verleitet. Diese im Jahre 2002 getätigt Feststellung ist auch heute noch durchaus zutreffend, wie ein Blick in die jüngste Rechtsprechung<sup>6</sup> und in die aktuelle Literatur<sup>7</sup> zeigt, in der zum Teil mit dem Begriff der faktischen Geschäftsführung auch Fallkonstellationen beschrieben werden, die einer grundlegend anderen Dogmatik folgen und denen gänzlich andere Wertungen zu Grunde liegen. Es ist daher bereits an dieser Stelle der Arbeit notwendig näher zu bestimmen, was mit dem Begriff der faktischen Geschäftsführung eigentlich gemeint ist. In Übereinstimmung mit dem jüngeren Schrifttum bezeichnet der Terminus „faktische Geschäftsführung“ ausschließlich Fälle, in denen eine Person rein tatsächlich Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt ohne hierzu in irgendeiner Form bestellt zu sein.<sup>8</sup> Der so verstandene Begriff ist von zwei nur auf den ersten Blick ähnlichen Konstellationen abzugrenzen: Dem fehlerhaft bestellten Geschäftsleiter und dem Geschäftsleiter kraft Rechtsscheins.

### **II. Der fehlerhaft bestellte Geschäftsleiter**

Wird eine Person auf Grundlage eines fehlerhaften und deshalb unwirksamen Bestellungsaktes als Geschäftsleiter einer GmbH oder AG tätig, so spricht man vom fehlerhaft bestellten Geschäftsleiter. Die Gründe für die Unwirksamkeit des Bestellungsakts können vielfältig sein. Beispielhaft sei hier der Verstoß gegen ein Bestellungsverbot nach § 6 Abs. 2 GmbHG bzw. § 76 Abs. 3 AktG genannt.<sup>9</sup> Die Unwirksamkeit der Bestellung kann bereits zu Beginn der Tätigkeit als Geschäftsleiter vorliegen oder erst zu einem späteren Zeitpunkt eintreten.<sup>10</sup> Ebenso sollen

---

<sup>4</sup> Zu den Gründen für diese Begrenzung siehe sogleich C.

<sup>5</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 419.

<sup>6</sup> Siehe etwa BGHZ 196, 195 Rn. 18.

<sup>7</sup> Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, vor § 35 Rn. 11.

<sup>8</sup> Fleischer, AG 2004, 517, 518; ders., GmbHR 2011, 337, 338; Schürmbrand, Organschaft, S. 294; Sorge, Haftung, S. 34; Lieder, ZHR 178 (2014) 282, 295.

<sup>9</sup> Strohn, DB 2011, 158.

<sup>10</sup> Sorge, Haftung, S. 33.

Fälle, in denen ein ordnungsgemäß bestellter Geschäftsleiter nach der Abberufung seine Tätigkeit fortsetzt den Tatbestand des fehlerhaft bestellten Geschäftsleiters erfüllen.<sup>11</sup> Dogmatik und Rechtsfolgen unterscheiden die Fälle des fehlerhaft bestellten Geschäftsleiters deutlich von solchen des faktischen Geschäftsführers.<sup>12</sup> Ist dogmatischer Anknüpfungspunkt zur Begründung einer Rechtsbeziehung zwischen fehlerhaft bestelltem Organ und Gesellschaft die aus der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft abgeleitete Lehre vom fehlerhaften Bestellungsverhältnis, soll im Falle faktischer Geschäftsführung eine Sonderverbindung allein aus der tatsächlichen Übernahme von Geschäftsführungsaufgaben entstehen.<sup>13</sup> Hinsichtlich der Rechtsfolgen wird der fehlerhaft bestellte Geschäftsleiter darüber hinaus nach überwiegender Auffassung zumindest für die Vergangenheit so behandelt als wäre die Bestellung wirksam gewesen, während die Fälle der faktischen Geschäftsführung als Normanwendungsprobleme gesehen werden und in erster Linie die Anwendung einzelner Geschäftsleiterpflichten und der damit verknüpften Sanktionen diskutiert wird.<sup>14</sup> Sofern also zum Teil auch Fälle fehlerhafter Bestellung als faktische Geschäftsführung bezeichnet werden<sup>15</sup>, sollte dies aufgegeben werden um nicht Gefahr zu laufen, dass die beachtlichen Unterschiede zwischen beiden Rechtsfiguren verwischt werden. In der vorliegenden Arbeit sollen in jedem Fall aufgrund dieser Unterschiede nur solche Fälle in die Untersuchung mit einbezogen werden, in denen nicht einmal ein fehlerhafter Bestellungsakt stattgefunden hat.

### III. Der Geschäftsleiter kraft Rechtsscheins

Eine weitere Fallkonstellation, die es von der faktischen Geschäftsführung abzugrenzen gilt, betrifft den sogenannten Geschäftsleiter kraft Rechtsscheins. Hiermit sind Fälle gemeint, in denen eine Person nach außen hin den Eindruck erweckt, bestellter Geschäftsleiter einer Gesellschaft zu sein.<sup>16</sup> Wird ein solcher zurechenbarer Rechtsschein gesetzt, kann dies gegenüber gutgläubigen Dritten zu einer Haftung des Scheingeschäftsleiters nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen führen.<sup>17</sup> Zu einer Anwendung von gesellschaftsrechtlichen Rechten und Pflichten

---

<sup>11</sup> *Schürmbrand*, Organschaft, S. 274, mit der zutreffenden Begründung, dass sich aus dem zuvor bestehenden Rechtsverhältnis fortwirkende Rechte und Pflichten ableiten lassen; ebenso auch *Strohn*, DB 2011, 158, 159; *Sorge*, Haftung, S. 33.

<sup>12</sup> Siehe hierzu den kurzen Vergleich beider Rechtsfiguren bei *Lieder*, ZHR 178 (2014) 282, 295 f.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 290 ff. und 295. Ausführlich zu dieser Sonderverbindung auch im *Kapitel 3 C. I.*

<sup>14</sup> *Schürmbrand*, Organschaft, S. 299; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, § 35 Rn. 8 f.; *Lieder*, ZHR 178 (2014) 282, 296.

<sup>15</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 6 und 7.

<sup>16</sup> *Fleischer*, AG 2004, 517, 518; *ders.*, GmbHR 2011, 337, 388; *Strohn*, DB 2011, 158, 159; *Sorge*, Haftung, S. 34 f.

<sup>17</sup> *Ibid.*