

Die Haftung der faktischen Geschäftsführer gegenüber Gesellschaft und Gesellschaftern

1. – Als faktischer Geschäftsführer gilt derjenige, der in einer Kapitalgesellschaft geschäftsführende Funktionen ausübt, d.h. in deren Namen und Auftrag Entscheidungen trifft und Handlungen in der Geschäftsleitung ausführt, ohne durch einen auf Grundlage von Gesetzen bzw. des Gesellschaftsvertrags rechtlich bestehenden Beschluss eingesetzt worden zu sein.

Die Kategorie der nicht bestehenden Beschlüsse, die zu den im weiteren Sinne ungültigen (nichtigen oder aufhebbaren) hinzukommt, wird seit langem in der vorherrschenden Rechtsprechung akzeptiert, dies sowohl bei Entscheidungen zur Rechtmäßigkeit als auch bei Sachurteilen.⁽¹⁾

Diese Kategorie ist mittlerweile auch von der herrschenden Rechtslehre übernommen worden,⁽²⁾ abgesehen von einigen kritischen Stimmen, die in der Vergangenheit laut wurden.⁽³⁾

Aus "Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali" 2001, Teil I - Rechtslehre.

(1) Die Kategorie des Nichtbestehens ist mittlerweile allgemein akzeptiert: vgl. Kassationsg. Zivilsen. 14.1.1993 Nr. 403; Kassationsg. Zivilsen. 4.12.1990 Nr. 11609; Kassationsg. Zivilsen. 15.3.1980 Nr. 1768; Kassationsg. Zivilsen. 1.4.1982 Nr. 2009; Kassationsg. Zivilsen. 11.3.1977 Nr. 989; Kassationsg. Zivilsen. 4.3.1963 Nr. 511. Für einen Überblick über die Sachurteile: QUINTARELLI, *Le deliberazioni assembleari inesistenti di società per azioni*, in *Giur. comm.* 1984, I, 1158 ff.

(2) In der Rechtslehre: L. FARENGA, "*La deliberazione di società come atto a struttura procedimentale e la teoria giuridica della inesistenza*" und zit. Lit.; TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano 1957, S. 451ff.; GIANNATTASIO, *Ancora sulla inesistenza giuridica delle deliberazioni assembleari*, *Giust. Civ.* 1966, I, S. 490; ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.* 1946, S. 61; RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità degli amministratori*, Milano 1969, 81; BORGIOI, in *Giur. comm.* 1981, II, 699; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori*, Milano, 1987, S. 489; G. COTTINO, *Diritto Commerciale*, I, Padova 1993.

(3) FERRI, *Le società* in *Trattato di diritto civile* v. Vassalli, Torino 1987, S. 635ff.; MIGNOLI, *In tema di nullità e annullabilità delle delibere assembleari*, in *Riv. Società* 1948, I, 432; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 1987, S. 429.

Ein nicht bestehender Beschluss liegt nach allgemeiner Definition dann vor, "wenn ein konstitutives Merkmal des Verfahrenstatbestands zum Erreichen des Beschlusses fehlt, so dass der erforderliche gesetzliche Weg nicht begonnen hat oder unterbrochen wurde, mit dem Ergebnis, dass ein scheinbarer Tatbestand bewirkt wurde, der wegen struktureller und funktionaler Inadäquatheit gegenüber dem Tatbestand der Vorschrift nicht in die juristische Kategorie der Beschlüsse fällt."⁽⁴⁾

Der in unserer Rechtsprechung häufig vorkommende Fall ist der eines Beschlusses der Hauptversammlung, aber dasselbe könnte auch bei jedem anderen Beschluss eines Gremiums vorkommen wie etwa einer Ernennung des Verwaltungsausschusses durch einen Teil des Verwaltungsrates.

Als nicht bestehend sind etwa Versammlungsbeschlüsse betrachtet worden, die von einem "beschlussunfähigen Organ gefasst worden sind,"⁽⁵⁾ oder "Beschlüsse einer Versammlung, die von einem dazu nicht berechtigten Organ einberufen worden ist,"⁽⁶⁾ oder von "einem regelwidrig einberufenen Verwaltungsrat",⁽⁷⁾ oder Beschlüsse "einer Versammlung, die an einem nicht auf der Einberufung angegebenen Ort stattgefunden hat",⁽⁸⁾ oder "bei der das Quorum für die Konstitution nicht erreicht worden ist",⁽⁹⁾ oder Beschlüsse "ohne Abstimmung",⁽¹⁰⁾ oder solche, "bei denen das für eine Abstimmung vorgesehene Quorum nicht erreicht worden ist",⁽¹¹⁾ oder solche, "bei denen die Stimmabgabe auf unterschiedliche Art erfolgt ist",⁽¹²⁾ oder "im Fall eines nicht erstellten Protokolls"⁽¹³⁾ usw.

Ein nicht bestehender Beschluss über die Ernennung der Geschäftsführer zieht das Nichtbestehen der späteren Versammlungen und Beschlüsse nach sich, weil diese von faktischen

(4) In diesem Sinne unter vielen: Kassationsg. Zivilsen. 14.1.1993; Kassationsg. Zivilsen. 4.12.1990 Nr. 11609; Kassationsg. 15.3.1986 Nr. 1768 in *Giur. Comm.* 1987, II, S. 83 e ff.; FERRO-LUZZI, in *Contratti associativi*, Milano 1976, S. 134ff. u.v.a.m.

(5) Kassationsg. Zivilsen. 1.10.1960 Nr. 2542 in *Giur. it.* 1961, I, 1, Sp. 420.

(6) Berufungsg. Brescia 1.12.1965 in *Giust. Civ.* 1966 S. 1208.

(7) Berufungsg. Mailand 23.7.1957 in *Rep. giur. it.* 1958, *Società* S. 90; Landger. Rom 10.2.1962 in *Dir. fall.* 1962, II, 694; Landger. Trani 27.3.1979 in *Giur. Comm.* 1980, II, 997; Landger. Rom 13.7.1990 in *Riv. Dir. comm.* 1991, II, 197.

(8) Kassationsg. Zivilsen. 14.1.1993, Nr. 403 in *Riv. dir. comm.* 1993, II, 202.

(9) Kassationsg. Zivilsen. 13.1.1987 Nr. 133 in *Giur. it.* 1987, I, 1, 1724; Landger. Mailand 24.9.1990 in *Riv. dir. comm.* 1991, II, 243.

(10) Kassationsg. Zivilsen. 1.10.1960 Nr. 2542 in *Giur. it.* 1961, I, 1, 420.

(11) Kassationsg. Zivilsen. 20.4.1961 Nr. 511, *Dir. fall.* 1961, II, 783; Kassationsg. Zivilsen. 4.1.1966 Nr. 45 *Foro it.* 1967, I, Sp. 827; Landger. Perugia 22.4.1983 in *Società* 1984, 1335.

(12) Dies ist der Fall, wenn die Versammlung aufgefordert wird, Ja-Stimmen durch Handheben und Nein-Stimmen oder Enthaltungen durch Stimmzettel abzugeben.

(13) Kassationsg. Zivilsen. 26.6.1956 Nr. 2286 in *Riv. dir. comm.* 1958, II, S. 4.

Geschäftsführern einberufen werden und nicht von rechtmäßigen, wodurch sich ein "Dominoeffekt" ergibt.

Anders als der vorstehende Fall ist der, in dem der Verfahrenstatbestand mit einem Mangel behaftet ist, der zur Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit des Versammlungsbeschlusses führt.

In diesem Fall ist der Geschäftsführer bis zum Zeitpunkt der Aufhebung *de jure* als Geschäftsführer anzusehen, weil die Aufhebung lediglich *ex nunc* wirkt.

Anders ist der Fall, in dem die Ernennung des Geschäftsführers nach Art. 2379 ZGB als nichtig anzusehen ist, weil diese Gegenstand eines Feststellungsurteils ist, das *ex tunc* wirkt.

In jedem Fall kann der nicht bestehende Beschluss nicht Gegenstand einer Sanierung sein.

Eine anderer Fall eines faktischen Geschäftsführers gegenüber dem soeben beschriebenen ist der, bei dem die Entscheidungen von einer nicht zur Gesellschaft gehörigen Person getroffen werden, die sich in das Management mit Duldung, an Stelle, oder unter Mitwirkung eines rechtmäßigen Geschäftsführers einmischt.

2. – Der faktische Geschäftsführer wird in unserer Strafrechtsprechung dem rechtmäßigen Geschäftsführer gleichgestellt und unterliegt daher völlig den Verboten und Strafen, die im Strafrecht für beide vorgesehen sind.⁽¹⁴⁾

Eine andere Lösung würde dazu führen, dass strafbare Handlungen des faktischen Geschäftsführers im Gegensatz zu denen des rechtmäßigen Geschäftsführers deshalb keine Straftaten darstellten, weil dieser nicht in sein Amt eingesetzt worden ist, so dass ersterer ungerechterweise von jeder strafrechtlichen Verantwortung befreit wäre.

Nach der vorherrschenden Rechtsprechung unterliegt der faktische Geschäftsführer den Vorschriften des Strafrechts nach ihrem materiellen Inhalt, und richtig wird die Auffassung

(14) Kassationsg. Strafsen. 14 . Mai 1993, Angekl. Delle Fave; Kassationsg. Strafsen. 29. Dezember 1972, Angekl. Zito in *Giust. pen.* 1973, II, 591; Kassationsg. Strafsen. 5. Dezember 1966 Angekl. Savoldo in *Dir. fall.* 1967, II, 974; Kassationsg. Strafsen. 8 . Mai 1964, Angekl. Esposito, in *Rep. Foro It.* 1965, Stichw. *Società*, Nr. 220, 223; Kassationsg. Strafsen. 1. Juli 1963, Angekl. De Angelis in *Rep. Foro It.* 1964, 246. In der Rechtslehre: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. I reati fallimentari*, Milano 1959, S. 109; ZUCALÀ, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1954, S. 53; CONTI - BRUTI LIBERATI, *Il diritto penale nelle società commerciali*, Milano 1971, S. 119; C. PEDRAZZI, *Gestione di impresa e responsabilità penale*, in *Società* 1962, S. 220; F. BONELLI, *La responsabilità dell'amministratore di fatto* in *Giur. comm.* 1984, S. 107; M. ABBIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano 1998, S. 200 ff.

vertreten, dass die Verantwortung im Strafrecht auf der effektiven Geschäftsführung lastet, die Vorrang vor dem formalen Inhalt, also der Einsetzung ins Amt hat.

Die einzelnen Deliktatbestände werden im Strafrecht nicht aufgrund des Rechtstitels beschrieben, mit denen die geschäftsführende Tätigkeit ausgeübt wurde, sondern "aufgrund der faktischen Feststellung, dass diese Tätigkeit konkret ausgeübt wurde."

Diese Argumentation gilt für Delikte bei der Geschäftsleitung und für Konkursdelikte wie etwa Bankrott, falsche Mitteilungen des Vorstands, Interessenkonflikte usw.

Die geschädigte Gesellschaft kann gegen den faktischen Geschäftsführer wegen der verschiedenen Delikte bei der Geschäftsleitung bzw. Konkursdelikte als Nebenkläger auftreten, auch ohne dass die Hauptversammlung über eine Haftungsklage gegen den faktischen Geschäftsführer beschlossen hat.

Auch der Aktionär kann als Nebenkläger auftreten, sowohl zur Geltendmachung der Rechte der Gesellschaft als auch seiner eigenen als individuell Verletzter, denn Art. 2395 ZGB gibt ihm das Recht auf Verfolgung wegen aquilischer Schuld.

3. – Laut Rechtslehre und Rechtsprechung ist der faktische Geschäftsführer aus ähnlichen Gründen, wie sie für seine strafrechtliche Verantwortung gelten, auch aquilisch haftbar.

Dabei wird also als Begründung angeführt, dass der faktische Geschäftsführer anderenfalls in den Genuss eines Schutzes seiner Interessen gelangte, die angesichts der vorsätzlichen und fahrlässigen Handlungen von *mala gestio* unserem Rechtssystem widersprächen, während Gesellschafter und Dritte (Gläubiger) nicht geschützt würden.

Rechtslehre und Rechtsprechung haben ihr Augenmerk vor allem auf die vom faktischen Geschäftsführer durch aquilische Schuld verursachten Schäden gerichtet.

Das Problem ist dagegen nicht insgesamt mit Bezug sowohl auf die schuldhafte Vertragsverletzung als auch auf außervertragliche Fahrlässigkeit behandelt worden.

Die üblichen Meinungen sind meines Erachtens dem Problem nicht angemessen, das eine genauere und detailliertere Untersuchung unter verschiedenen Gesichtspunkten erfordert.

Eine weitere Diskussion betrifft die Frage der Rechtmäßigkeit der Klage des geschädigten Subjekts gegen den faktischen Geschäftsführer.

Beginnen wir mit der Diskussion der aquilischen zivilrechtlichen Haftung des rechtmäßigen Geschäftsführers, aus der wir per Analogie Schlussfolgerungen für das Problem der Anwendung auf den faktischen Geschäftsführer ziehen wollen.

Die Straftat des Geschäftsführers führt, wie schon gesagt, zu einer aquilischen Haftung für die von der Gesellschaft und vom Gesellschafter erlittenen Schäden.

Im Allgemeinen ist nach Art. 2395 ZGB auch eine Einzelklage des Gesellschafters wegen aquilischer Schuld zur Verfolgung der von ihm direkt erlittenen Schäden zulässig, die keine Folge der Schäden am Gesellschaftsvermögen sind.⁽¹⁵⁾

Diese Interpretation ist meiner Auffassung nach aus zweierlei Gründen zu einengend.

Die Beschränkung der Klage des Gesellschafters nach Art. 2395 ZGB lediglich auf die vom Geschäftsführer wegen aquilischer Schuld verursachten Schäden scheint nicht gerechtfertigt.

Diese wird im Allgemeinen aus der Formulierung im Gesetz abgeleitet, die auf den von den Handlungen der Geschäftsführer "direkt geschädigten" Gesellschafter Bezug nimmt. Daher wird nur der direkte Schaden ersetzt, während der Schaden ausgeschlossen wird, der eine Folge des Schadens am Gesellschaftsvermögen ist und letztlich der Schaden an der Teilhaberschaft des einzelnen Gesellschafters, auch wenn dieser durch eine vorsätzliche oder fahrlässige Tätigkeit verursacht wurde.

Durch diese Interpretation wird die nach Art. 2395 mögliche Einzelklage m.E. auf einen völlig marginalen Fall beschränkt.

Dies scheint mir durch die Bezeichnung "direkter Schaden" in Art. 2395 ZGB nicht gerechtfertigt.

Diese Formel beschränkt sich auf die Aussage, dass zwischen dem vorsätzlichen und fahrlässigen Verhalten des Geschäftsführers und dem Schaden ein direktes Kausalverhältnis bestehen muss, wie dies in Art. 1223 und 2056 ZGB der Fall ist, d.h. eine logisch eindeutige Beziehung, während der Ausdruck "unmittelbar" eine zeitliche Folge bezeichnet.⁽¹⁶⁾

(15) Kassationsg. Zivilsen. 19.12.1985, Nr. 6493; Kassationsg. Zivilsen. 2.6.1989 Nr. 2685 in *Giur. it.* 1989, I, 1, Kassationsg. Zivilsen. 3.11.1983 Nr. 6469 in *Dir. fall.* 1984, II, S. 250; Kassationsg. Zivilsen. 28.3.1996, Nr. 2850 in *Società*, 1996, 1397; Kassationsg. Zivilsen. 4.4.1997 Nr. 2934; Kassationsg. Zivilsen. 3.7.1998 Nr. 6519; In diesem Sinne u.a. FERRI, *Le Società*, Torino 1985, S. 686; G. MINERVINI, *Gli amministratori di S.S.A.*, Padova 1969.

(16) G. VALCAVI, *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, in *Riv. dir. civ.* 1995, II, 481; ders. *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile* in *"Danno e responsabilità"*, 1998, S. 1007 ff.

Es scheint mir nicht, dass man aus dem Adjektiv "direkt" ein Argument dafür gewinnen kann, dass der Bereich der verschiedenen für den Gesellschafter ersetzbaren Schäden lediglich auf die einzuschränken ist, die nicht Teil seiner Teilhaberschaft an der Gesellschaft sind, sondern auch diese sind eine direkte Folge nach Art. 2043 ZGB.

Dies heißt nicht, dass man bei der Feststellung der aquilischen Schuld eines rechtmäßigen Geschäftsführers nicht mit äußerster Vorsicht vorgehen muss, wobei für dessen Handlungen die Rechtmäßigkeitsvermutung gilt.

Es ist, wie ich gesagt habe, bestreitbar, dass der vom einzelnen Aktionär an seiner Teilhaberschaft am Kapital der Gesellschaft erlittene Schaden nicht zu schützen ist, auch wenn er eine Folge des Vermögensschadens aufgrund von Handlungen einer *mala gestio* ist, die aquilische unrechtmäßige Handlungen des rechtmäßigen Gesellschafters darstellen.

Die hier wiedergegebene Interpretation ist einerseits zu eng, denn sie würde dazu führen, dass aus der aquilischen Haftung des Geschäftsführers der Schaden durch die Teilhaberschaft an der Gesellschaft ausgeschlossen würde, und dies auch für den Fall unerlaubter Handlungen, die eine Straftat darstellen.

Es ist dagegen nicht zu bestreiten, dass der Aktionär sein Recht auf Ersatz des besonderen Schadens geltend machen kann, der aus seiner individuellen Teilhaberschaft erwächst, auch wenn es sich dabei um eine Folge des von der Gesellschaft erlittenen Schadens handelt.

Diese Bemerkungen betreffen den rechtmäßigen Geschäftsführer.

Sehr viel weitgehender und auch anders erscheint dagegen die Argumentation bei der aquilischen Haftung des faktischen Geschäftsführers.

Für dessen Handlungen gilt keine Rechtmäßigkeitsvermutung, so dass diese nicht als auf das Interesse der Gesellschaft gerichtet gelten können. Der von Gesellschaft und Gesellschaftern durch seine vorsätzlichen und fahrlässigen Handlungen im aquilischen Sinn erlittene Schaden muss von ihm ersetzt werden.

Die Tatsache, dass es nur einen faktischen Geschäftsführer gibt und keinen rechtmäßigen, führt dazu, dass der Schaden, der sich aus dessen Handlungen sowohl für das Gesellschaftsvermögen als auch für die individuelle Teilhaberschaft ergibt, nicht ersetzt werden kann. Ersterer kann deshalb nicht ersetzt werden, weil es kein rechtmäßiges Gesellschaftsorgan gibt, das diesen ersetzt, letzterer deshalb nicht, weil die Teilhaberschaft des Aktionärs durch eine falsche Auslegung aus dem Geltungsbereich von Art. 2395 ZGB ausgeschlossen ist.

Der Gesellschafter hat daher das Recht, den faktischen Geschäftsführer direkt nach Art. 2395 für den

von ihm durch vorsätzliche oder fahrlässige Handlungen erlittenen Schaden zu verfolgen, aus denen sich eine aquilische Haftung der rechtmäßigen und erst recht der faktischen Geschäftsführer ergibt, auch wenn dieser vom Schaden abhängig ist, den die Gesellschaft an ihrem Vermögen erlitten hat.

Es ist außerdem zu sagen, dass bei der Einzelklage der weitere Zweck nicht ausgeschlossen ist, Schadenersatz auch für den vom faktischen Geschäftsführer am Gesellschaftsvermögen verursachten Schaden zu verlangen, zumindest als *derivative suit*.

4. – Nun soll ein Überblick über die nicht aquilische Haftung der Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft gegenüber Gesellschaftern und Gläubigern gegeben werden.

Was die rechtmäßigen Geschäftsführer betrifft, so ergibt sich die Regelung aus Art. 2392 ZGB, in dem vorgeschrieben wird, dass diese die im Gesetz und im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Pflichten mit der Sorgfalt eines Beauftragten erfüllen müssen, die der eines guten Familienvaters entspricht und vorsieht, dass sie für verursachte Schäden gesamtschuldnerisch haften.

Das Gesamtbild der Rechtsvorschriften wird in Art. 1711 genauer gefasst, für den die Folgen der Handlungen, die außerhalb der Grenzen des Auftrags liegen, zu Lasten des Beauftragten gehen, außerdem von Art. 1712, dem zufolge der Beauftragte in jedem Fall "die Ausführung unverzüglich dem Auftraggeber mitteilen muss."

Die rechtmäßigen Geschäftsführer haben innerhalb des ihnen zur Verfügung stehenden Ermessensspielraums eine Entscheidungsfreiheit, die nicht der Beurteilung durch den Richter unterliegt.

Ihre Haftung für Schäden entspricht einem objektiven Paradigma, weshalb die Beweislast für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit bei den Schuldner liegt, bei den beklagten Geschäftsführern dagegen die Beweislast für den Gegenbeweis der Normalität.

Die Haftung für vertragliche Schäden beschränkt sich nach Art. 1225 ZGB bzw. 2409 ZPO auf die normalerweise vorhersehbaren Schäden.

Einer in der Rechtslehre⁽¹⁷⁾ und

(17) RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità degli amministratori*, zit. S. 93; MINERVINI, *Gli amministratori*, S. 363 ff.; COTTINO, a.O., I, S. 676.

Rechtsprechung⁽¹⁸⁾ vorherrschenden, wenn auch von einer Minderheit abgelehnten Auffassung zufolge kann der einzelne Gesellschafter keine vertragliche Haftungsklage wegen Fahrlässigkeit und Schäden nach Art. 2395 ZGB für die von ihm an seiner Teilhaberschaft an der Gesellschaft erlittenen Schäden anstrengen.⁽¹⁹⁾

Untersuchen wir jetzt dagegen die Regelung für die Haftung des faktischen Gesellschafters, die außerhalb der Verletzung des Prinzips des *neminem laedere* liegt, und vergleichen wir diese mit der vertraglichen Haftung nach Art. 2392 ZGB, welche die rechtmäßigen Geschäftsführer betrifft.

Meiner Auffassung nach ist eine vertragliche Haftung der faktischen Geschäftsführer gegenüber Gesellschaft und Gesellschaftern in Analogie zu der der rechtmäßigen Geschäftsführer nicht zu verwirklichen, sondern lediglich die nicht vertragliche, auch wenn diese anders ist als die aquilische Schuld, die sich auf die einfache Verletzung des Verbots *neminem laedere* beschränkt.

Der faktische Geschäftsführer ist mit der Gesellschaft nämlich nicht durch ein Organverhältnis verbunden, und es lässt sich nicht annehmen, dass er Rechte und Pflichten eines Beauftragten hat, für die er bei schuldhafter Vertragsverletzung haftbar ist.

Dies lässt sich aus Art. 1711 ZGB ableiten, wo auch vorgesehen ist, dass die Folgen der Handlungen, die über den Auftrag hinausgehen, zu Lasten des Beauftragten gehen, der für diese selbst haftet.

Erst recht muss man zu diesem Schluss kommen, wenn ein Auftrag nicht existiert, wie dies bei den faktischen Geschäftsführern der Fall ist, die nicht durch einen im juristischen Sinn bestehenden Beschluss eingesetzt worden sind.

Es kann daher keine vertragliche Haftung des Geschäftsführers im Sinne des so genannten faktischen Vertragsverhältnisses vorliegen, der "unabhängig von der Existenz des entsprechenden Vertragstatbestandes eine juristische Bedeutung zukommen würde."

Die Auffassung vom Vorhandensein einer derartigen Kategorie kann nicht geteilt werden, denn diese Annahme beruht auf einer *petitio principii* und ist völlig allgemein.

(18) Kassationsg. Zivilsen. 3.8.1988 Nr. 4817; Kassationsg. Zivilsen. 6.1.1982 Nr. 14; Kassationsg. Zivilsen. 16.11.1977 Nr. 5011; Kassationsg. Zivilsen. 7.2.1974 Nr. 327; Landger. Mailand 31.1.1983 in *Società*, 1984, 323; Landger. Mailand 28.1.1980 in *Glur. Com.* 1981, II, S. 699.

(19) FRÈ, *Società per azioni*, S. 503 ff.; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano 1985.

Vor kurzem hat man gemeint, das Hindernis der mangelnden Einsetzung des faktischen Geschäftsführers in sein Amt mit einem Hinweis auf den letzten Teil von Art. 1173 ZGB überwinden zu können, dessen Wortlaut man durch eine unzulässige Ergänzung verändert hat, die dem Gesetzgeber nicht zueigen war.

In der Vorschrift wird als Quelle der Schuldverhältnisse neben Geschäften und unrechtmäßigen Handlungen "jede weitere Handlung" genannt, die geeignet ist, in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung zu Schuldverhältnissen zu führen." Dann wird argumentiert, dass dadurch eine angebliche allgemeine Kategorie der faktischen Vertragsverhältnisse für rechtmäßig erklärt würde.

Dies erscheint inakzeptabel, weil die Formulierung von Art. 1173 ZGB ohne eine spezifische Vorschrift in der Rechtsordnung, eine derartige Auffassung nicht zulässt.

Vor nicht allzu langer Zeit ist in einer vereinzelt Rechtmäßigkeitsentscheidung, mit der ich nicht einverstanden bin,⁽²⁰⁾ das Rechtsinstitut der vertraglichen Führung eines fremden Geschäfts bemüht worden im Versuch, die Haftung des faktischen Geschäftsführers zu rechtfertigen, aber diese Analogie liegt nicht vor.

Die Gleichsetzung von Führung eines fremden Geschäfts und der faktischen Geschäftsführung einer Gesellschaft ist insofern inakzeptabel, als dass bei der *utilis gestio* vorausgesetzt ist, dass der *dominus* seine Interessen nicht wahrnehmen kann und sich der Handlungen des Geschäftsführers nicht bewusst ist.

Im letzteren Fall hat die Tätigkeit des Geschäftsführers eines oder mehrere bestimmte Geschäfte zum Gegenstand, während dies beim faktischen Geschäftsführer nicht der Fall ist, dessen Tätigkeit sich nicht durch einzelne Akte der Einmischung in die Geschäftsführung auszeichnet, sondern sich über einen Zeitraum von Bedeutung erstreckt, wobei wiederholt Handlungen ausgeführt werden, die für den Geschäftsführer einer Gesellschaft typisch sind.⁽²¹⁾

Die Verschiebung der Grenzen eines besonderen, subsidiären Rechtsinstituts wie der *utilis gestio* zum Zweck der allgemeinen Rechtfertigung einer ganzen Kategorie, die außerhalb dieses Rechtsinstituts liegt, ist abzulehnen.

Eine derartige Schlussfolgerung steht in jedem Fall im Gegensatz zur besonderen Regelung über das Rechtsinstitut der Führung eines fremden Geschäfts.

Der *utilis gestor* haftet, wenn er denn ein solcher ist, eigenschuldnerisch für die Folgen seiner Handlungen und Verpflichtungen, wenn er gegen ein Verbot des Betroffenen nach Art. 2031 II ZGB tätig wird.

(20) In diesem Sinne Kassationsg. Zivilsen. 6.3.1999, Nr. 1925, Vorsitzender Cantillo, Berichterstatter Marziale, *Diritto e pratica della società* in *Il Sole 24 ore* 8.11.1999 n. 20, mit Anm. v. A. Manzini.

(21)

A.

MANZINI, *Kommentar* zum Urteil des Kassationsg. Zivilsen. 6.3.1999, Nr. 1925 in *Diritto e pratica delle società*, zit., S. 47 ff.

Die einzig mögliche Auffassung ist, dass der faktische Geschäftsführer, der ohne Auftrag handelt, gegen die Zustimmung von Seiten der Gesellschaft und der Gesellschafter tätig wird, da Zustimmung und Erlaubnis zur Geschäftsführung entsprechend den Regelungen im Gesellschaftsvertrag und im Zivilgesetz erfolgen müssen, die die Voraussetzung für den Verfahrenstatbestand und die Beschlüsse darstellen und nicht willkürlich angenommen werden können.

Zur Annahme eines ausdrücklichen Verbots von Seiten der Betroffenen mit den Folgen nach Art. 2031 II ZGB wäre es ausreichend, dass zu einem beliebigen Zeitpunkt von einem Gesellschafter im Namen der Gesellschaft oder auch nicht eine einfache Mahnung an den faktischen Geschäftsführer ergeht, in der er dazu aufgefordert wird, von seiner Tätigkeit abzulassen, oder eine Feststellungsklage angestrengt wird, was als normaler Vorgang angesehen werden kann.

Daraus lässt sich schließen, dass auch durch die Bemühung der *utilis gestio* keine vertragliche Haftung des faktischen Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft abzuleiten ist.

Dem faktischen Geschäftsführer kommt vielmehr die Eigenschaft eines *falsus procurator* zu, der laut einer kürzlich erfolgten Entscheidung für fahrlässig verursachte, nicht vertragliche, wenn auch nicht unbedingt nur aquilische Schäden haftet.

Daraus, dass eine vertragliche Haftung der faktischen Geschäftsführer gegenüber Gesellschaft, Gesellschaftern und Gläubigern nicht vorliegt, ist zu schließen, dass die Schäden nicht mit der Beschränkung auf vorhersehbare Schäden nach Art. 1225 ZGB zu ersetzen sind.

Daraus folgt wiederum, dass der faktische Geschäftsführer bei seiner Tätigkeit über keine Ermessensbefugnis verfügt, die auf einer Normalitätsannahme beruht und damit zu einer Redlichkeitsvermutung führt, außer dass die Beweislast für das Gegenteil bei Gesellschaft und Gesellschaftern liegt.

Auch wenn die Tätigkeit sich im Rahmen der Normalität bewegt, ist sie vom Richter in der Sache anfechtbar.

Daraus ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass es nicht möglich ist, die vertragliche Haftung nach Art. 2392, 1710, 1225 ZGB analog auf die faktischen Geschäftsführer auszudehnen.

Die gegenteilige Auffassung besagt, dass die vertragliche Haftung des faktischen Gesellschafter sich aus der *utilis gestio* oder aus der *fictio* eines angenommenen Auftrags ableiten ließe (wobei außerdem Art. 1708 mit seinen Implikationen nicht beachtet wird). Dies führt aber letztlich dazu, dass die Existenz einer eigenständigen Kategorie der nicht bestehenden Versammlungsbeschlüsse gegenüber den lediglich ungültigen geleugnet bzw. dieser widersprochen wird, die aber der vorherrschenden Auffassung zufolge angenommen wird. Dadurch wird eine Haftung des faktischen Gesellschafter

für
weitgehenden Folgen seiner Handlungen ausgeschlossen.

die

Ein nicht bestehender Beschluss bewirkt mit Sicherheit keine vertragliche Haftung der faktischen Geschäftsführer, sondern eine außervertragliche, auch wenn diese nicht der aquilischen Haftung entspricht und sich von dieser unterscheidet.

5. – Untersuchen wird jetzt, welches die Logik und der Geltungsbereich der zivilrechtlichen Haftung der faktischen Geschäftsführer gegenüber Gesellschaft, Gesellschaftern und Gläubigern sind.

Nach Art. 1708 ZGB haftet der Geschäftsführer einer Gesellschaft für die Folgen seiner Handlungen, wenn er dabei die Grenzen seines Mandats überschritten hat.

Nach Art. 2031 II ZGB haftet analog dazu der *utilis gestor* für sein Verhalten, sofern er seine Tätigkeit trotz eines Verbots durch den Betroffenen beginnt oder fortsetzt.

Wie wir gesehen haben, rechtfertigen diese Vorschriften erst recht das Prinzip, aufgrund dessen der ohne juristisch bestehendem Auftrag handelnde Gesellschafter unbegrenzt für die Folgen seiner Entscheidungen bzw. Handlungen haftet.

Dieses Prinzip ist Ausdruck der allgemeinen Regel, dass Handlungen auf eigene Gefahr erfolgen.

Dies gilt für die faktischen Gesellschafter unbeding.

Eine derartige Auffassung ist die einzige, die einem System entspricht, bei dem nicht legitimierte Subjekte von einem willkürlichen Nachrücken abgehalten werden, das zur derzeitigen Regelung im Gegensatz steht, die auf der Beachtung einer rigorosen Rechtmäßigkeit und des Investoreninteresses beruht. Dies ist insbesondere bei börsennotierten Aktiengesellschaften der Fall, die den Regelungen des Minderheitenschutzes unterliegen, über die öffentliche Kontrollorgane wachen wie etwa die CONSOB.

Unsere Schlussfolgerung, dass der faktische Geschäftsführer auf eigenes Risiko handelt, ist auch eine Regel, durch die die Interessen wieder ins Gleichgewicht gebracht werden. Auf der einen Seite steht die Verpflichtung der Gesellschaft, die Folgen der Handlungen faktischer Gesellschafter zu tragen, dies aufgrund des Prinzips des äußeren Anscheins, durch das geschützt wird, wer gutgläubig mit dieser Verträge abschließt. Auf der anderen Seite steht das Recht der Gesellschaft, sich am faktischen Gesellschafter für die Folgen, für die dieser verantwortlich ist, schadlos zu halten.

Letzterer ist der Gesellschaft und den Gesellschaftern gegenüber in jedem Fall für Verluste und Verbindlichkeiten haftbar, d.h. für ein Ergebnis und nicht für eine Verpflichtung zur Leistung versprochener Dienste, wie dies beim rechtmäßigen Geschäftsführer der Fall ist.

Die Auffassung, der zufolge die zivilrechtliche Haftung des faktischen Geschäftsführers sich nach dem Vorbild der vertraglichen Haftung des

rechtmäßigen Geschäftsführers richtet, ist deshalb falsch, weil sie die *fictio* eines im voraus erteilten Auftrags voraussetzt. Dabei wird nicht beachtet, dass die rechtmäßigen Geschäftsführer, wenn sie denn außerhalb des Auftrags tätig werden, nach Art. 2032 ZGB zur Heilung eine Genehmigung des Betroffenen benötigen, die bei faktischen Geschäftsführern nach den allgemeinen Prinzipien noch nicht einmal denkbar ist.

Auf eine Gleichsetzung von faktischen und rechtmäßigen Geschäftsführern kann erst recht nicht aus der Rechtsmeinung geschlossen werden, die sich innerhalb der Strafrechtsprechung gebildet hat, denn die strafrechtliche Verantwortlichkeit schützt das öffentliche Interesse an einer Vermeidung öffentlichen Ärgernisses und an der Bestrafung des Angeklagten.

Die Auffassung, für den faktischen Geschäftsführer gelte nach Art. 2392 ZGB die vertragliche Haftung, wird endlich auch von der Rechtsprechung zur Recht nicht akzeptiert, die ja die Haftung des *falsus procurator* als außervertraglich ansieht.⁽²²⁾

6. – Sehen wir jetzt, wer auf Haftung des faktischen Geschäftsführers klagen kann, und welche Formalitäten dabei zu beachten sind.

Mit Sicherheit klageberechtigt sind *utendo iuribus* Gesellschaft und Gesellschafter.

Ein vorhergehender Beschluss der Hauptversammlung über die Anstrengung einer Haftungsklage nach Art. 2393 und 2409 V ZGB, wie er bei vom rechtmäßigen Gesellschafter ausgeführten Handlungen einer *mala gestio* vorgesehen ist, ist nicht erforderlich,.

Das Erfordernis eines solchen Beschlusses steht mit der Rechtmäßigkeitsvermutung bei der Tätigkeit des rechtmäßigen Geschäftsführers in Zusammenhang, die es bei faktischen Geschäftsführern nicht gibt.

Dies ist aus dem Text von Art. 2393 III ZGB abzuleiten, dem zufolge der Beschluss der Hauptversammlung eine sofortige Abberufung der rechtmäßigen Geschäftsführer nach sich zieht, was bei faktischen Geschäftsführern sinnlos ist.

Die Gesellschafter haben das Recht, einzeln gegen den

(22) Für die außervertragliche Haftung des *falsus procurator*: Kassationsg. Zivilsen. 19.9.2000, Nr. 12969; Kassationsg. Zivilsen. 16.1.1997, Nr. 6488.

faktischen Geschäftsführer vorzugehen, der auch im Sinne des Schutzrechts nach Art. 2395 ZGB haftet.

Diese Vorschrift sieht ein weit gehendes Einwendungsrecht vor und nutzt das Interesse des Aktionärs auch für den Schutz des Interesses der Gesellschaft an der Rechtmäßigkeit seiner Handlungen aus.

Die Funktion als *derivative suit* liegt in der Sache selbst, ohne dass der Gesellschafter dies formell erklären muss.

In diesem Sinne erinnere ich mich an eine lange zurückliegende Entscheidung des Landgerichts Mailand vom 15. Oktober 1987 (Vors. Baldi – Berichterst. Quadraro, veröffentlicht in *Giur. It.* 1988, I, 2, 418), wo scharfsinnig bemerkt wurde: "Ein nicht bestehender Beschluss kann auch von jedem einzelnen betroffenen Gesellschafter angefochten werden, denn dies dient dem Schutz der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Gesellschaft."

In einer wertvollen Anmerkung fügte das Gericht hinzu: "Wenn eine juristische Handlung bzw. Tatsache nicht besteht, gehört sie nicht zur Rechtsordnung. Sie besteht nicht *tamquam non esset*, sondern es gilt einfach *non est*. Es liegt im allgemeinen Interesse des Systems und damit aller, auch nach Art. 100 ZPO den trügerischen Rechtsschein zu beenden und dabei zu vermeiden, dass ein Anschein als (nicht bestehende) Wirklichkeit angesehen wird. Daher müsste jeder Gesellschafter Klagerecht haben, und nur eine reine Schikanierungsabsicht könnte eine Einschränkung für eine Initiative darstellen, die einen derartigen Zweck verfolgt."

Bei anderer Auffassung (wie dies etwa bei denen der Fall ist, die faktische und rechtmäßige Gesellschafter in einen Topf werfen) wäre die Voraussetzung eines "Nichtbestehens der Versammlungsbeschlüsse" sinnlos und überflüssig, denn diese wären mit den lediglich aufhebbaren gleichzusetzen.

Die Umkehrung des Rechtsprinzips, dem zufolge ein nicht bestehender Beschluss auf keine Weise geheilt werden kann, würde dann unrechtmäßig durch den Aphorismus gerechtfertigt „*Jede Sache hat ihren Grund!*“