



University of Zurich
Zurich Open Repository and Archive

Winterthurerstr. 190
CH-8057 Zurich
<http://www.zora.uzh.ch>

Year: 2007

Die Abmahnung des GmbH-Geschäftsführers

Winzer, K

Winzer, K (2007). Die Abmahnung des GmbH-Geschäftsführers. GmbH Rundschau, 98(22):1190-1194.
Postprint available at:
<http://www.zora.uzh.ch>

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich.
<http://www.zora.uzh.ch>

Originally published at:
GmbH Rundschau 2007, 98(22):1190-1194.

Die Abmahnung des GmbH-Geschäftsführers

Mit Beschl. v. 2.7.2007 entschied der BGH, dass beim GmbH-Geschäftsführer nie abgemahnt werden müsse, weil die Organstellung wegen der mit ihr verknüpften Arbeitgeber-tätigkeit unter den Ausnahmetatbestand der besonderen Umstände nach § 314 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB falle. Der Beitrag geht der Frage nach, ob diese These stimmt, zeigt auf, dass gerade nicht jeder GmbH-Geschäftsführer Arbeitgeber-funktionen übernimmt, und überprüft die daraus zu ziehenden Konsequenzen.

I. Einleitung

Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers berührt sowohl Fragen des Arbeitsrechts als auch des Gesellschaftsrechts. Die daraus resultierende Spannungslage zeigt sich insbesondere bei der Frage der Abmahnung des GmbH-Geschäftsführers vor einer Kündigung aus wichtigem Grund. Mit Beschl. v. 2.7.2007 hat der BGH seine vor der Schuldrechtsmodernisierung 2002 entwickelte Ansicht, bei GmbH-Geschäftsführern bedürfe es keiner Abmahnung, bekräftigt. Ob dieses Ergebnis vor dem Hintergrund der Einführung des § 314 Abs. 2 BGB überzeugt, wird in diesem Beitrag untersucht.

II. Regelungsinhalt § 314 BGB und sein Verhältnis zu § 626 BGB

Im Rahmen von *Arbeitsverhältnissen* ist schon vor der Schuldrechtsmodernisierung eine Abmahnung für die Wirksamkeit der Kündigung aus wichtigem Grund vorausgesetzt worden¹. Dafür fand sich zwar keine gesetzliche Grundlage. Die Rechtsprechung leitete das Abmahnungserfordernis aber aus der Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers her und sah es nur unter engen Voraussetzungen als entbehrlich an. Für GmbH-Geschäftsführer wurde vor der Schuldrechtsmodernisierung 2002 angenommen, eine Abmahnung sei nicht Voraussetzung für die Kündigung seines Dienstvertrags aus wichtigem Grund². Der Geschäftsführer wisse, dass er sich an Gesetz, Satzung und vertragliche Pflichten zu halten habe und kenne auch die Folgen eines Fehlverhaltens³.

Der 2002 eingeführte § 314 BGB sieht in Abs. 1 den Grundsatz vor, dass ein Dauerschuldverhältnis nur dann aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, wenn ein Festhalten am Vertrag unzumutbar ist. Für den Fall der Vertragspflichtverletzung verlangt Abs. 2 als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung die erfolglos abgelaufene Frist zur Abhilfe oder eine Abmahnung. Eine weitere, die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen regelnde Norm ist § 626 BGB. Dieser legt im Bereich des Dienstvertragsrechts als *lex specialis*⁴ fest, dass Dienstverhältnisse aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden können. Eine Regelung der Abmahnung für Dienstverhältnisse fehlt al-

* Katharina Winzer ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Rolf Sethe an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

1 Umfassend dazu Horstmeier, GmbHR 2006, 400 (401).

2 BGH v. 4.2.2000 – II ZR 218/98, GmbHR 2000, 431; v. 10.9.2001 – II ZR 14/00, GmbHR 2001, 1158; v. 10.1.2000 – II ZR 251/98, DStR 2000, 564 (565 f.); Goette, DStR 2000, 696 f.; Nägele, BB 2001, 305 (310).

3 BGH v. 10.9.2001 – II ZR 14/00, GmbHR 2001, 1158 (1159); Goette, FS Wiedemann, 2002, S. 873 (880 ff.); Nägele, BB 2001, 305 (310).

4 Zum Verhältnis von § 314 und § 626 BGB schon im Reg.Entw. BT-Drucks. 14/6040, S. 177; Erman/Belling, BGB, 11. Aufl. 2004, § 626 Rz. 2; Palandt/Grüneberg, BGB, 66. Aufl. 2007, § 314 Rz. 4; Schumacher-Mohr, DB 2002, 1606 (1607 f.); Uwe H. Schneider, GmbHR 2003, 1 (3); ausführlich auch zur a.A. Koch, ZIP 2005, 1621 (1622 f.); Dörner in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2004, § 626 Rz. 87b; Henssler in Münch.Komm. zum BGB, 4. Aufl. 2005, § 626 Rz. 44.

lerdings⁵. Daher entfaltet die allgemeine Regelung des § 314 Abs. 2 BGB ihre Wirkung.

III. Abmahnungserfordernis beim Dienstvertrag des GmbH-Geschäftsführers

Bis zur Schuldrechtsmodernisierung hatte der BGH die Anwendung des Abmahnungserfordernisses auf den GmbH-Geschäftsführer mit der Begründung abgelehnt, die Abmahnung sei ein Institut des Arbeitsrechts, um den Arbeitnehmer zu schützen⁶. Daher sei sie nicht auf Leitungsorgane in Kapitalgesellschaften anwendbar⁷. Die ganz h.M. ist diesem Ansatz gefolgt⁸ und behielt ihn auch nach der Schuldrechtsmodernisierung bei⁹.

Diese Argumentation überzeugt nicht (mehr). Denn das BGB kannte bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung die Abmahnung bei anderen Dauerschuldverhältnissen, so z.B. in §§ 550, 553 u. 1053 BGB¹⁰. Darüber hinaus wurde die Abmahnung durch ihre Neuregelung im Allgemeinen Schuldrecht vor die Klammer gezogen und gilt daher nun für alle Dauerschuldverhältnisse¹¹. Ausnahmen, die durch spezialrechtliche Normen getroffen werden müssen, sind im Dienstvertragsrecht nicht enthalten.

Nach der Neuregelung wurde in der Literatur argumentiert, die Abmahnungspflicht nach § 314 Abs. 2 BGB beziehe sich lediglich auf *Vertragsverletzungen*, so dass bei Verletzung gesetzlicher und sonstiger, nicht im Dienstvertrag festgeschriebener Pflichten, keine Abmahnung notwendig sei¹². Wenn gesetzliche Pflichten im Vertrag lediglich wiederholt werden, wirkten diese nur deklaratorisch, nicht jedoch konstitutiv¹³.

Dieser Aussage kann nicht zugestimmt werden¹⁴. Die Einhaltung der gesetzlichen Pflichten, die die GmbH treffen, stellt nämlich gerade eine vertragliche Pflicht des GmbH-Geschäftsführers dar. Dies zeigt auch ein Blick auf die Regelung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG. Verstößt der Geschäftsführer einer GmbH gegen Gesetze, so liegt hierin zugleich eine Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflichten aus dem Anstellungsvertrag des Geschäftsführers. Organisiert z.B. der Geschäftsführer als Organ eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens den Betrieb nicht so, dass Insiderhandel verhindert wird, verstößt er gegen § 33 i.V.m. § 14 WpHG, die die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts schützen sollen¹⁵. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht kann auf dieses Verhalten mit dem Entzug der Zulassung gegenüber der GmbH gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 KWG reagieren. Dieser Schaden ist auf das

⁵ Koch, ZIP 2005, 1621 (1622); Henssler in Münch.Komm. zum BGB, 4. Aufl. 2005, § 626 Rz. 44; Staudinger/Preis, BGB, 13. Bearb. 2002, § 626 Rz. 105; Trappehl/Scheuer, DB 2005, 1276; Schumacher-Mohr DB 2002, 1606 (1607).

⁶ BGH v. 4.2.2000 – II ZR 218/98, GmbHR 2000, 431; ebenso: Sandmann in Henssler/Willemsen/Kalb, Komm. Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2006, § 626 BGB Rz. 137.

⁷ BGH v. 4.2.2000 – II ZR 218/98, GmbHR 2000, 431.

⁸ Die h.M. hält die Abmahnung für so offensichtlich entbehrlich, dass sie keine Erwähnung bei den Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung findet; vgl. bereits Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl. 1995, Anh § 6 Rz. 58; Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 35 Rz. 118; Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 8. Aufl. 1993, § 35 Rz. 231; Hachenburg/Stein, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 35 Rz. 81. Tendenziell für eine Abmahnung dagegen schon Marsch-Barner/Diekmann in MünchHdb.GesR, Band 3, GmbH, 1996, § 43 Rz. 88; Lunk, ZIP 1999, 1777 (1781); zweifelnd Moritz, WuB II C § 37 GmbHG 1.91 und Meyer-Landrut, WuB II C § 38 GmbHG 1.93.

⁹ Hommelhoff/Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, Anh § 6 Rz. 61a; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rz. 221; Paefgen in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 38 Rz. 45; Nägele, BB 2001, 305 (310); Gehrlein, BB 2004, 2585 (2590); Goette, FS Wiedemann, 2002, S. 873 (880 ff.); Reiserer, BB 2002, 1199 (1200); differenzierend: Uwe H. Schneider, GmbHR 2003, 1 ff.

¹⁰ Schumacher-Mohr, DB 2002, 1606 (1608); Horstmeier, GmbHR 2006, 400 (402).

¹¹ Uwe H. Schneider, GmbHR 2003, 1 (4); Trappehl/Scheuer, DB 2005, 1276 (1278); Schumacher-Mohr, DB 2002, 1606 (1608); Horstmeier, GmbHR 2006, 400 (404).

¹² Trappehl/Scheuer, DB 2005, 1276 (1278).

¹³ Trappehl/Scheuer, DB 2005, 1276 (1278).

¹⁴ Horstmeier, GmbHR 2006, 400 (404).

¹⁵ Sethe, ZBB 2006, 243 (256 ff.); für § 41 GmbHG vgl. Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 41 Rz. 2 f.; Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 41 Rz. 2 f.

Handeln des Geschäftsführers zurückzuführen, der damit seine Treuepflicht verletzt hat, die ihm gebietet, immer zum Wohle der Gesellschaft zu handeln¹⁶.

Das weitere Argument, der Regierungsentwurf spreche mit der Aussage "Der Entwurf übernimmt im Wesentlichen die bisherige Rechtsprechung"¹⁷ für eine Eins-zu-eins-Übernahme der bisherigen Rechtsprechung bezüglich des GmbH-Geschäftsführers¹⁸, ist nicht zwingend.

Erstens gilt § 314 Abs. 2 BGB als Regelung des Allgemeinen Schuldrechts für alle Schuldverhältnisse¹⁹. Zweitens hatte der Gesetzgeber mit der Regelung hauptsächlich die Dienst- und Arbeitsverhältnisse im Blick, bei denen eine Abmahnung bisher nicht normiert war, aber von der Rechtsprechung regelmäßig verlangt wurde. Drittens wollte der Gesetzgeber grundsätzlich für jede Verletzung aus einem Dauerschuldverhältnis eine Abmahnung vorsehen, wenn eine Abhilfefristsetzung wegen der Art der Pflicht nicht sachgerecht ist²⁰. Es sollte das als Regelfall kodifiziert werden, was schon seit Jahren anerkanntes Richterrecht im Arbeitsrecht ist²¹.

Aus diesen Gründen erfordert § 314 Abs. 2 BGB grundsätzlich die Abmahnung des Geschäftsführers²².

IV. Ausnahmen

§ 314 Abs. 2 S. 2 BGB sieht durch Verweis auf § 323 Abs. 2 BGB selbst Ausnahmen vor; nämlich für die Fälle, in denen ein Rücktritt entbehrlich wäre. Danach ist eine Abmahnung bei ernsthafter und endgültiger Leistungsverweigerung, bei einfachen bzw. relativen Fixgeschäften und bei Vorliegen besonderer Umstände nicht mehr nötig. Der BGH zog bisher für seine Begründung, wann eine Abmahnung entbehrlich ist, den besonderen Umstand heran, dass der Geschäftsführer sein Fehlverhalten selbst erkennen könne²³. Mit Ur. v. 2.7.2007 entschied er, dass ein besonderer Umstand i.S.d. § 323 Abs. 2 BGB schon darin zu sehen sei, dass der organschaftliche Vertreter einer Kapitalgesellschaft Arbeitgeberfunktionen wahrnehme und es daher in keiner denkbaren Fallkonstellation einer Abmahnung bedürfe²⁴. Wie die Diskussion um die Einordnung des Anstellungsvertrags eines GmbH-Geschäftsführers zeigt, übernimmt allerdings nicht jeder Geschäftsführer einer GmbH Arbeitgeberfunktionen²⁵. Je nach Einzelfall ist sein Anstellungsvertrag als Arbeitsvertrag einzuordnen²⁶. Aus diesem Grund kann ein Eingreifen des § 314 Abs. 2 BGB beim GmbH-Geschäftsführer nicht pauschal abgelehnt werden. Ist der GmbH-Geschäftsführer Arbeitnehmer, weil er keine Arbeitgeberfunktio-

¹⁶ Hommelhoff/Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, Anh § 6 Rz. 18.

¹⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 177.

¹⁸ Hommelhoff/Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, Anh § 6 Rz. 61.

¹⁹ Uwe H. Schneider, GmbHR 2003, 1 (4); Trappehl/Scheuer, DB 2005, 1276 (1278); Schumacher-Mohr, DB 2002, 1606 (1608).

²⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 177. Ebenso Schumacher-Mohr, DB 2002, 1606 (1608); v. Hase, NJW 2002, 2278 (2281); Grumann/Gillmann, DB 2003, 774.

²¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 94; Koch, ZIP 2005, 1621 (1624); Schumacher-Mohr, DB 2002, 1606 (1608); Trappehl/Scheuer, DB 2005, 1276 (1278), die allerdings zum Ergebnis kommen, dass der Gesetzgeber an der Rechtsprechung zum Abmahnungserfordernis bei GmbH-Geschäftsführern festhalten wollte.

²² Koch, ZIP 2005, 1621 (1622), kritisiert, dass die Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers durch die vielen formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen ohnehin problematisch sei und durch das Abmahnungserfordernis weiterhin erschwert würde; zum Abmahnungserfordernis bei der Kündigung von Vorstandsmitgliedern einer AG Grumann/Gillmann, DB 2003, 770 (774); v. Hase, NJW 2002, 2278 (2281).

²³ BGH v. 14.2.2000 – II ZR 218/98, GmbHR 2000, 431.

²⁴ BGH v. 2.7.2007 – II ZR 71/06, GmbHR 2007, 936.

²⁵ BAG v. 26.5.1999 – 5 AZR 664/98, GmbHR 1999, 925 (926); Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 35 Rz. 172; Paefgen in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 35 Rz. 136, 144; Roth/Altmeppen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 6 Rz. 39; Hommelhoff/Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, Anh § 6 Rz. 3; Scholz/U. H. Schneider/Sethe, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 35 Rz. 175; Henze, Hdb. zum GmbH-Recht, 2. Aufl. 1997, Rz. 1241; Fleck, FS Hilger/Stumpf, S. 197 (205); für die AG Mertens in Köln.Komm. zum AktG, 2. Aufl. 1996, § 84 Rz. 35.

²⁶ BAG v. 26.5.1999 – 5 AZR 664/98, GmbHR 1999, 925 (926).

onen wahrnimmt, so kann ihm die zweite Chance in Form der Abmahnung nicht verwehrt werden.

Dies zeigt sich insbesondere dann, wenn man die Funktionen der Abmahnung einbezieht.

1. Funktionen der Abmahnung

Vor der gesetzlichen Normierung wurde das Abmahnungserfordernis bei Kündigung aus wichtigem Grund aus dem Ultima-Ratio-Prinzip und § 326 Abs. 1 BGB a.F. hergeleitet²⁷. Die Abmahnung zeigt dem Dienstverpflichteten bei Vertragsverstoß an, dass der Vertragspartner seine Leistung nicht als vertragsgemäß anerkennt (Beanstandungsfunktion). Durch sie fordert der Dienstherr den Dienstverpflichteten zur Besserung auf (Ermahnungsfunktion). Zugleich warnt er ihn vor der Folge, die weitere Vertragsverletzungen nach sich ziehen, nämlich der Kündigung des Dienstvertrags (Warnfunktion)²⁸. Die Abmahnung ist gegenüber der Kündigung das mildere Mittel, weil sie dem Vertragsbrüchigen die Möglichkeit eröffnet, sein Verhalten an die Anforderungen des Vertragspartners anzupassen. Sie gibt ihm eine zweite Chance zur Vertragstreue.

Ein milderer Mittel ist freilich nur dann anzuwenden, wenn es geeignet ist, den zu erreichenden Zweck zu erfüllen. Eine Abmahnung ist demnach ungeeignet, wenn sie durch besondere Umstände ihre Funktionen nicht erfüllen kann, also keinen Erfolg verspricht²⁹.

a) Nicht steuerbares Verhalten

Das Ziel der Verhaltensänderung kann dann nicht erreicht werden, wenn der Dienstverpflichtete das beanstandete Verhalten nicht abstellen kann, weil es nicht seiner Steuerung unterliegt³⁰. Dies ist bei physischen, psychischen, rechtlichen und anderen Gründen gegeben³¹, z.B. schwerer Krankheit und daraus folgender Arbeitsunfähigkeit des Geschäftsführers. Dann nämlich ist eine zukünftige Wiederherstellung des vertragsgemäßen Verhaltens nicht zu erwarten (Negativprognose)³².

b) Schwerwiegende Störung des Vertrauensverhältnisses

Eine Negativprognose unabhängig von der Steuerungsmöglichkeit besteht auch bei schwerwiegenden Störungen des Vertrauensverhältnisses, die auch durch ordnungsgemäßes Verhalten nach einer Abmahnung nicht wieder ausgeräumt werden können³³.

²⁷ Hierzu und zum Folgenden *Henssler* in Münch.Komm. zum BGB, 4. Aufl. 2005, § 626 Rz. 89, 94; *Koch*, ZIP 2005, 1621 (1624); *Uwe H. Schneider*, GmbHR 2003, 1 (4); *Staudinger/Preis*, 13. Bearb. 2002, BGB, § 626 Rz. 105, 108; *Sandmann* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, Komm. Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2006, § 626 BGB Rz. 114.

²⁸ BGH v. 18.11.1999 – III ZR 168/98, NJW-RR 2000, 717, 718; *Henssler* in Münch.Komm. zum BGB, 4. Aufl. 2005, § 626 Rz. 94; *Erman/Belling*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 626 Rz. 47; *Uwe H. Schneider*, GmbHR 2003, 1 (4).

²⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 177; *Erman/Hohloch*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 314 Rz. 9; *Erman/Belling*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 626 Rz. 49; *Gaier* in Münch.Komm. zum BGB, 4. Aufl. 2003, § 314 Rz. 15; vgl. *Soergel/Wiedemann*, BGB, 12. Aufl. 1990, Vor § 275 Rz. 86.

³⁰ *Sandmann* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, Komm. Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2006, § 626 BGB Rz. 136; *Erman/Belling*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 626 Rz. 49; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, 13. Aufl. 2002; § 1 Rz. 265.

³¹ *Fischermeier* in *Etzel/Bader/u.a.*, GK-KSchG, 8. Aufl. 2007, § 626 BGB Rz. 265; *Staudinger/Preis*, BGB, 13. Bearb. 2002, § 626 Rz. 121.

³² Vgl. *Henssler* in Münch.Komm. zum BGB, 4. Aufl. 2005, § 626 Rz. 99; *Staudinger/Preis*, BGB, 13. Bearb. 2002, § 626 Rz. 117 f.; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, 13. Aufl. 2002, § 1 Rz. 185; BGH v. 18.11.1999 – III ZR 168/98, NJW-RR 2000, 717 (718); *Krebs* in *Anwaltsskomm. BGB*, 2005, § 314 Rz. 39; *Erman/Belling*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 626 Rz. 49; v. *Hase*, NJW 2002, 2278 (2281).

³³ BT-Drucks. 14/6040, S. 177; v. *Hase*, NJW 2002, 2278 (2281); *Erman/Hohloch*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 314 Rz. 9; BGH v. 11.2.1981 – VIII ZR 312/79, NJW 1981, 1264 (1265); BGH v. 9.10.1991 – XII ZR 122/90, NJW 1992, 496 (497); BGH v. 14.2.2000 – II ZR 218/98, GmbHR 2000, 431; BGH v. 18.11.1999 – III ZR 168/98, NJW-RR 2000, 717 (718); BGH v.

Beim Geschäftsführer kann ein solcher Vertrauensmissbrauch bei Untreue oder bei hartnäckigen, wiederholten Pflichtverletzungen³⁴ vorkommen. Wann eine schwere Störung des Vertrauens gegeben ist, muss am Einzelfall beurteilt werden³⁵. Die schwere Vertrauensstörung ist ein Umstand, der die Abmahnung vor der Kündigung entbehrlich macht. Die leichte Pflichtverletzung bedarf dagegen der Abmahnung.

c) Kenntnis oder Kennenmüssen des Fehlverhaltens und seiner Folgen

Beanstandungs-, Ermahnungs- und Warnfunktion laufen außerdem leer, wenn der Betreffende wegen entsprechender Hinweise oder Evidenz wusste oder wissen musste, dass er gegen seine Pflichten verstößt und dass dies die Kündigung zur Folge haben kann³⁶. In diesen Fällen will der Betroffene sein Verhalten nicht ändern. Eine Abmahnung verspricht keinen Erfolg.

Mit ähnlicher Begründung hat die Rechtsprechung bisher das Abmahnungserfordernis beim GmbH-Geschäftsführer abgelehnt: Der Geschäftsführer kenne seine Pflichten und wisse um die Folgen von Pflichtverletzungen³⁷. Diese Argumente greifen auch nach neuer Rechtslage durch³⁸. Wenn der Geschäftsführer seine Pflichten und die Folgen von Fehlverhalten kannte oder kennen musste, liegt demnach ein besonderer Umstand vor, der das Abmahnungserfordernis gemäß § 314 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB entfallen lässt.

Allerdings wird man für den Fall, dass der Geschäftsführer im berechtigten Glauben handelte, *mit* Willen der Gesellschafterversammlung zu handeln, eine Abmahnung verlangen müssen³⁹.

Eine Abmahnung ist also nur dann nicht notwendig, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig eine Vertragspflicht verletzt und dabei davon ausgehen musste, ein solches Verhalten werde nicht gebilligt⁴⁰.

2. Zwischenergebnis

Grundsätzlich ist eine Abmahnung des Geschäftsführers erforderlich. Die Abmahnung entfällt mangels Geeignetheit in Fällen des nicht steuerbaren Verhaltens, bei einem schweren Vertrauensbruch und bei Kenntnis bzw. Kennenmüssen des Fehlverhaltens. In diesen Fällen sind daher Umstände gegeben, die eine Abmahnung nach § 314 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich machen. Die genannten Ausnahmen dürften in der Praxis regelmäßig eingreifen. In diesen Fällen besteht daher kein Unterschied zwischen der Ansicht des BGH und der hier vertretenen Position. Nur bei leichten Pflichtverletzungen und in Fällen, in denen der Geschäftsführer in der berechtigten Erwartung handelte, die Gesellschaft werde sein Verhalten billigen, ergeben sich Unterschiede.

So bei der Beweislast: Dass der BGH grundsätzlich keine Abmahnung fordert, führt dazu, dass die GmbH lediglich den Kündigungsgrund beweisen muss. Folgt man auch hier der Ansicht, die für den gutgläubig handelnden Geschäftsführer eine Ausnahme macht, bleibt diesem die Chance, das Vorliegen eben dieser besonderen Umstände darzulegen.

Die andere Position verlangt grundsätzlich eine Abmahnung. Daraus folgend muss die GmbH bei leichter Pflichtverletzung nachweisen, dass eine Abmahnung ergangen ist.

12.3.2003 – VIII ZR 197/02, NJW-RR 2003, 981 (982); BGH v. 2.5.1991 – I ZR 184/89, NJW-RR 1991, 1266 (1267 f.); *Gaier* in Münch.Komm. zum BGB, 4. Aufl. 2003, BGB, § 314 Rz. 15; vgl. auch *Krebs* in Anwaltskomm. BGB, 2005, BGB, § 314 Rz. 39.

³⁴ BGH v. 13.7.1998 – II ZR 131/97, DStR 1998, 1398 (1400) mit Anm. *Goette*.

³⁵ Beispiel für Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Vertrauensbruchs im Arbeitsrecht: BAG v. 17.5.1984 – 2 AZR 3/83, BB 1984, 2702; BAG v. 20.9.1984 – 2 AZR 633/82, AP Nr. 80 zu § 626 BGB.

³⁶ *Erman/Belling*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 626 Rz. 49.

³⁷ BGH v. 10.9.2001 – II ZR 14/00, GmbHR 2001, 1158 (1159).

³⁸ BGH v. 10.9.2001 – II ZR 14/00, GmbHR 2001, 1158 (1159).

³⁹ *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 38 Rz. 45.

⁴⁰ BGH v. 9.11.1992 – II ZR 234/91, GmbHR 1993, 33 (34); *Goette*, FS Wiedemann, 2002, 873 (881 f.); *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 38 Rz. 45.

Bei einer schweren Pflichtverletzung obliegt der GmbH der Beweis, dass wegen eines besonderen Umstands nicht abgemahnt werden musste. Der Geschäftsführer unterliegt keiner Beweispflicht.

V. Vergleich mit der Abmahnung im Arbeitsrecht

Zur Überprüfung der aufgestellten Anforderungen an den Tatbestand des § 314 Abs. 2 BGB und die Entbehrlichkeit der Abmahnung bietet sich ein Vergleich mit dem Arbeitsrecht an. Wenn der GmbH-Geschäftsführer, der mittels Dienstvertrags bei der GmbH angestellt ist, nach obiger Argumentation besser gestellt wäre als ein schutzbedürftigerer Arbeitnehmer, so bestünde ein Wertungswiderspruch und das Ergebnis wäre zu korrigieren.

1. Unterscheidung nach Leistungs- und Vertrauensbereich

Ursprünglich wurde im Arbeitsrecht nach Störungen im Vertrauens- und Leistungsbereich unterschieden⁴¹. Nur bei Letzterem sollte eine Abmahnung notwendig sein. Nach neuerer Rechtsprechung wird aber vom Abmahnungserfordernis auch im Vertrauensbereich ausgegangen⁴².

Betrachtet man den umfangreichen Ausnahmetatbestand des § 314 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB, so ist der GmbH-Geschäftsführer schon nach der älteren Rechtsprechung schlechter gestellt als der Arbeitnehmer. Bei ihm greift – unabhängig davon, dass § 314 BGB keine Einteilung in Leistungs- und Vertrauensbereich vorsieht – selbst im Leistungsbereich häufig einer der oben entwickelten Ausnahmen vom Abmahnungserfordernis ein.

2. Tatbestandlicher Ausschluss des § 314 Abs. 2 BGB

Im Arbeitsrecht muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei Pflichtverletzungen im Leistungsbereich abmahnen, wenn er Rechtsgüter, Rechte und Interessen des Dienstherrn verletzt, auf die er nach § 241 Abs. 2 BGB Rücksicht zu nehmen hat. Die gleichen Pflichten treffen auch den Geschäftsführer gegenüber der GmbH. Seine Hauptpflichten sind allerdings umfangreicher, denn er verpflichtet sich durch den Anstellungsvertrag auch zur Erfüllung von gesetzlichen oder satzungsmäßigen Pflichten, die die GmbH treffen.

Verletzt der Arbeitnehmer Rechtsgüter seines Dienstherrn oder eines Dritten, so stellt dies zumeist eine Verletzung vertraglicher Nebenpflichten⁴³ und damit einen Kündigungsgrund im Vertrauensbereich dar und ist daher abzumahnen⁴⁴. Beim GmbH-Geschäftsführer ist in diesen Fällen § 314 Abs. 2 BGB tatbestandlich nicht einschlägig, weil das Verbot, einen Dritten nicht in seinen Rechten zu verletzen, nicht Vertragspflicht gegenüber der GmbH ist. Aufgrund dessen ist eine Abmahnung nicht nötig. Anderes gilt für den Fall, dass er Geschäftsführer in einer GmbH & Co. KG oder in einem Konzern ist. Verbundenen Unternehmen gegenüber ist er als Geschäftsführer der GmbH vertraglich zur Treue verpflichtet⁴⁵. § 314 Abs. 2 BGB greift ein.

Die Abmahnungspflicht geht im Arbeitsrecht daher weiter als im Dienstvertragsrecht des GmbH-Geschäftsführers, so dass der Geschäftsführer in Kündigungssituationen schlechter gestellt ist als ein Arbeitnehmer. Damit wird im Ergebnis der Arbeitgeberfunktion des Geschäftsführers ausreichend Rechnung getragen.

⁴¹ Z.B. BAG v. 18.5.1994 – 2 AZR 626/93, EzA § 611 BGB Abmahnung Nr. 31; BAG v. 9.8.1984 – 2 AZR 400/83, NZA 1985, 124.

⁴² BAG v. 4.6.1997 – 2 AZR 526/96, AP Nr. 137 zu § 626 BGB; BAG v. 13.3.99 – 2 AZR 429/98, AP Nr. 150 zu § 626 BGB.

⁴³ Preis, Individualarbeitsrecht, 2. Aufl. 2003, S. 758.

⁴⁴ BAG v. 4.6.1997 – 2 AZR 526/96, AP Nr. 137 zu § 626 BGB.

⁴⁵ BGH v. 14.11.1994 – II ZR 160/93, NJW 1995, 1353 (1357) = GmbHR 1995, 589 (LS).

3. Umstände, die zur Entbehrlichkeit der Abmahnung führen

Sowohl beim Arbeitnehmer als auch beim GmbH-Geschäftsführer führen leichte Pflichtverletzungen nicht zur Kündigung, sondern zunächst zur Abmahnung. Erst wenn eine weitere Verfehlung auftritt, besteht eine Negativprognose⁴⁶ und eine Kündigung kann aus wichtigem Grund ohne Abmahnung erfolgen⁴⁷, wenn das Festhalten am Vertrag bis zum Ende der Kündigungsfrist unzumutbar ist. Somit machen lediglich schwere Pflichtverletzungen die Abmahnung entbehrlich.

Allerdings müssen die Sorgfaltspflichten des Geschäftsführers einer GmbH höheren Anforderungen genügen als die des Arbeitnehmers⁴⁸, weil er im Gegensatz zum Arbeitnehmer in einer besonderen Vertrauensposition steht. Verhaltensmängel können bei ihm daher schneller als schwere Verfehlungen einzustufen sein.

4. Zwischenergebnis

Der Vergleich der Abmahnungsanforderungen im Arbeitsvertrag mit denen im Dienstvertrag des GmbH-Geschäftsführers zeigt, dass auch, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt, die Arbeitgeberfunktion des Geschäftsführers ausreichend berücksichtigt wird und keine Wertungswidersprüche entstehen.

VI. Ergebnisse

1. Grundsätzlich müssen Pflichtverletzungen des GmbH-Geschäftsführers aus seinem Dienstvertrag vor Kündigung aus wichtigem Grund abgemahnt werden. Die jüngste Entscheidung des BGH, wonach eine Abmahnung stets entbehrlich sei, widerspricht der Intention des Gesetzgebers bei Schaffung des § 314 BGB. Das Argument, der Geschäftsführung sei Arbeitgeber, überzeugt nicht, da es auch abhängige Geschäftsführer gibt. Wie aufgezeigt, gibt es durchaus Konstellationen, in denen der Geschäftsführer eine zweite Chance verdient.

2. Die Abmahnung erfordert, dass der Abzumahnende eine Vertragsverletzung begangen hat. Verletzt der Geschäftsführer gesetzliche oder vertragliche Pflichten, die die GmbH gegenüber Dritten treffen, begeht er zugleich eine Verletzung seines Anstellungsvertrags, so dass eine Vertragsverletzung i.S.d. § 314 Abs. 2 BGB vorliegt.

3. Umstände, die eine Abmahnung des GmbH-Geschäftsführers entbehrlich machen können, sind einerseits unsteuerbares Fehlverhalten und schwere Vertrauensbrüche und andererseits die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen der Vertragsverletzung und ihrer Folgen. Nur bei leichten Verfehlungen und in Fällen, in denen der Geschäftsführer zwar um die Pflichtverletzung wusste, aber berechtigterweise annehmen konnte, die Gesellschafter würden sein Verhalten billigen, ist eine Abmahnung erforderlich.

⁴⁶ Allerdings ist die Summierung kleinerer Verfehlungen zu einem wichtigen Grund ausgeschlossen, wenn es sich um Bagatellen handelt. Diese sind niemals geeignet, wichtige Gründe für eine Kündigung nach § 626 BGB darzustellen, so *Sandmann* in Henssler/Willemsen/Kalb, Komm. Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2006, § 626 BGB Rz. 116.

⁴⁷ A.A. *Uwe H. Schneider*, GmbHR 2003, 1 (5); mehrere leichte, abgemahnte Pflichtverletzungen können dann zu einem wichtigen Grund werden, der zur Kündigung berechtigt.

⁴⁸ *Schumacher-Mohr*, DB 2002, 1606 (1608).