



University of Zurich
Zurich Open Repository and Archive

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

Year: 2007

§ 35 GmbHG (Anstellungsvertrag)

Schneider, U H; Sethe, R

Schneider, U H; Sethe, R (2007). § 35 GmbHG (Anstellungsvertrag). In: Scholz, F. Kommentar zum GmbH-Gesetz : Band 2. Köln, Germany, 59a-160a.

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:
Scholz, F 2007. Kommentar zum GmbH-Gesetz : Band 2. Köln, Germany, 59a-160a.

Das gilt auch, wenn einer von mehreren Geschäftsführern Prozessgegner ist¹. An sich selbst kann dieser Geschäftsführer aber nicht zustellen (§ 185 ZPO); unzulässig ist auch die Ersatzzustellung². Zustellung an die Aufsichtsratsmitglieder ist auch bei Anfechtungsklage wohl nicht erforderlich. § 246 Abs. 2 AktG ist wohl entsprechend anwendbar (zweifelhaft).

- 142 **4. Prozessvollmacht** erteilt der Geschäftsführer, der Aufsichtsrat nur im Falle des § 52 GmbHG i.V.m. § 112 AktG.
- 143 **5. Eide und eidesstattliche Versicherungen** (§§ 807, 883 ZPO) sind für die Gesellschaft durch den Geschäftsführer zu leisten³, der zurzeit der Eidesleistung bzw. der Abnahme der eidesstattlichen Versicherung im Amt ist, mag er auch noch nicht zum Handelsregister angemeldet sein⁴. Zuständig ist das Gericht des Gesellschaftssitzes (§ 899 i.V.m. § 17 ZPO). Der Geschäftsführer kann sich seiner Verpflichtung nicht dadurch entziehen, dass er nach dem Antrag auf Eidesleistung sein Amt niederlegt⁵.
- 144 **6.** Der Geschäftsführer, weil Organ, kann **als Partei** auch eidlich⁶, **nicht dagegen als Zeuge vernommen** werden, §§ 446, 449 ZPO. Dies gilt auch, soweit ein Geschäftsführer nicht am Prozess teilnimmt⁷. Nach ihrem Ausscheiden können Geschäftsführer aber als Zeugen vernommen werden⁸, ebenso im Insolvenzverfahren der Gesellschaft⁹. Eine zeitweise Abberufung eines Geschäftsführers, um ihn als Zeuge vernehmen zu können, soll missbräuchlich und daher nichtig sein¹⁰. Missbräuchlich ist jedoch nur die Benennung als Zeuge, nicht aber die Abberufung¹¹. Ein Geschäftsführer kann auch nicht Schiedsrichter sein, wenn die Gesellschaft Partei ist. Als Betroffene haben Geschäftsführer in Straf- und Ordnungswidrigkeitsverfahren ein Aussageverweigerungsrecht (§§ 163a, 136 StPO, § 46 Abs. 1 OWiG), vorausgesetzt, sie amtieren zum Vernehmungszeitpunkt¹².
- 145 **7.** Zur Vertretung bei einer GmbH in **Liquidation**, nach Beendigung der Liquidation und nach Löschung wegen Vermögenslosigkeit¹³ s. bei § 66.
- 146 **8.** Zur Vertretung bei der **Anmeldung zum Handelsregister** s. bei § 78.

1 BGH, NJW 1984, 57; BVerGE 67, 208, 211; *Nietsch*, GmbHR 2004, 1518, 1520.

2 Vgl. BGH, BB 1974, 1535.

3 OLG Hamm, GmbHR 1984, 318.

4 OLG Hamm, DB 1984, 1927 und ZIP 1984, 1482; KG, ZIP 1996, 289.

5 OLG Stuttgart, ZIP 1984, 113; LG Bonn, DGVZ 1989, 120; *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 22.

6 §§ 445, 448, 452 ZPO; *Rosenberg/Schwab*, Zivilprozessrecht, § 125 II 3.

7 RGZ 2, 400; 46, 319; OLG Koblenz, WM 1987, 481; LG Oldenburg, BB 1975, 983 (GmbH & Co. KG); anders: OLG Braunschweig, OLG 27, 97.

8 Einschränkung: OLG Koblenz, WM 1987, 480 = WuB, II C. § 43 GmbHG 2.87 (*Hein-sius*); wie hier *Lutter/Hommelhoff*, Rdnr. 6.

9 *Happ*, Die GmbH im Prozess, 1997, S. 148.

10 *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, Rdnr. 20; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 100.

11 S. auch *Schmitz*, GmbHR 2000, 1140, 1143.

12 BVerfG, BB 1975, 1315 – Kartellordnungswidrigkeitsverfahren; *Winterfeld*, BB 1976, 344.

13 BGHZ 121, 263; BAG, GmbHR 2003, 1009, 1011.

IX. Die Vertretung gegenüber Behörden

Auch gegenüber Behörden wird die GmbH durch ihre Geschäftsführer vertreten. Erfolgt daher etwa die Zustellung eines Steuerbescheids nur an die Anschrift der GmbH und nicht zu Händen des Geschäftsführers, so ist der Steuerbescheid mangels Bekanntgabe nicht wirksam¹. 147

X. Zur Form der Zeichnung (§ 35 Abs. 3) s. § 36 Rdnr. ■5

148

XI. Das Anstellungsverhältnis

Schrifttum zum Anstellungsvertrag (allgemein): *Annuß*, Der Anstellungsvertrag des Fremdgeschäftsführers in Betriebsübergang und Insolvenz, ZInsO 2001, 344; *Baeck/Hopfner*, Schlüssige Aufhebungsverträge mit Organmitgliedern auch nach Inkrafttreten des § 623 BGB, DB 2000, 1914; *Bährle*, Versicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern, BuW 2002, 699; *Bauder*, Die Bezüge des GmbH-Geschäftsführers in Krise und Konkurs der Gesellschaft, BB 1993, 369; *Bauder*, Vertragliche Altersgrenze im Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, BB 1994, 945; *Bauer*, Abhängige GmbH-Geschäftsführer, GmbHR 1981, 16; *Bauer*, Zuständigkeitsprobleme bei Streitigkeiten der GmbH und GmbH & Co. KG mit ihren Geschäftsführern, GmbHR 1981, 109; *Bauer*, Kündigung und Kündigungsschutz vertretungsberechtigter Organmitglieder, BB 1994, 855; *Bauer*, Nun Schriftform bei Beförderung zum Geschäftsführer?, GmbHR 2000, 767; *Bauer/Diller*, Karenzentschädigung und bedingte Wettbewerbsverbote bei Organmitgliedern, BB 1995, 1134; *Bauer/Diller*, Koppelung von Abberufung und Kündigung bei Organmitgliedern, GmbHR 1998, 809; *Bauer/Gragert*, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Himmel und Hölle, ZIP 1997, 2177; *Bauer/Haußmann*, Der Rücktritt vom Aufhebungsvertrag, BB 1996, 901; *Bauer/Krets*, Gesellschaftsrechtliche Sonderregeln bei der Beendigung von Vorstands- und Geschäftsführerverträgen, DB 2003, 811; *Becker*, Der ordentliche Geschäftsleiter – ist sein Grab schon geschaufelt?, DB 1996, 1439; *Bellstedt*, Vertragliches Wettbewerbsverbot des GmbH-Geschäftsführers nach seinem Ausscheiden, GmbHR 1976, 236; *Bensch*, Zur Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB bei fristloser Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers durch die Gesellschafterversammlung, DB 1983, 811; *Beuthien*, Gesellschaftsrecht und Kartellrecht, ZHR 142 (1978), 259; *Biberger/Weber*, Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Betriebsleitern iSv. § 7 Abs. 4 HwO, Gew-Archiv 1987, 177; *Boemke*, Das Dienstverhältnis des GmbH-Geschäftsführers zwischen Gesellschafts- und Arbeitsrecht, ZfA 1998, 209; *Brandes*, Die Auswirkung der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften auf die Anstellungsverhältnisse der Geschäftsleiter, ZHR 156 (1992), 248; *Burmester/Ehrich/Weber*, Handbuch der arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträge, 3. Aufl. 2002; *Burmester/Weber*, Die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit bei Streitigkeiten von Organvertretern mit „ihrer“ juristischen Person, GmbHR 1997, 778; *Dahlbänder*, Die Verlängerung von Anstellungsverträgen mit Vorständen, DB 1996, 2373; *Densch/Kahlo*, Zur Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB bei fristloser Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers durch die Gesellschafterversammlung, DB 1983, 811; *Diller*, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, 1995; *Dollmann*, Die Rückkehr zum ruhenden Arbeitsverhältnis des Geschäftsführers durch § 623 BGB, BB 2003, 1838; *Eckardt*, Die Beendigung der Vorstands- und Geschäftsführerstellung in Kapitalgesellschaften, 1989; *Eckardt*, Koppelung der Beendigung des Anstellungsvertrages eines AG-Vorstandsmitglieds an den Bestellungswiderruf?, AG 1989, 431; *Fiebig*, Konzernbezogener Kündigungsschutz nach der Rechtsprechung

¹ FG Stuttgart, GmbHR 1968, 191.

des Bundesarbeitsgerichts, DB 1993, 582; *Figge*, Die Sozialversicherung der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, GmbHR 1986, 185; *Figge*, Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von GmbH-Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführern, GmbHR 1987, 338; *Figge*, Sozialversicherungspflicht der GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer in der Renten- und Arbeitslosenversicherung, GmbHR 1995, 111; *Figge*, Neuer Feststellungsbogen zur sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung von GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführern, GmbHR 1998, R 273; *U. Fischer*, Die Bestellung von Arbeitnehmern zu Organmitgliedern juristischer Personen und das Schicksal ihres Arbeitsvertrags, NJW 2003, 2417; *Flatten*, Dauer von Geschäftsführerverträgen, GmbHR 2000, 922; *Fleck*, Das Organmitglied – Unternehmer oder Arbeitnehmer?, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 197; *Fleck*, Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers, ZHR 149 (1985), 387; *Fleck*, Das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer in der Rechtsprechung des BGH, WM 1985, 677; *Gach/Pfüller*, Die Vertretung der GmbH gegenüber ihrem Geschäftsführer, GmbHR 1998, 64; *Ganßmüller*, Erwerbsschaden des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH, GmbHR 1971, 149; *Ganßmüller*, Schaden des Gesellschafter-Geschäftsführers – insbesondere bei der Einmann-GmbH, GmbHR 1977, 265; *Gaul*, Die Behandlung von schutzwürdigen Erfindungen durch GmbH-Geschäftsführer, GmbHR 1982, 101; *Gaul*, Der leitende Angestellte in Doppelfunktion als Organmitglied, GmbHR 1989, 357; *Gaul*, Erfindervergütung an geschäftsführende Gesellschafter, DB 1990, 671; *Gehrlein*, Die Entlassung eines GmbH-Geschäftsführers, BB 1996, 2257; *Gissel*, Arbeitnehmerschutz für den GmbH-Geschäftsführer, 1987; *Goette*, Zur Insolvenzsicherung von Versorgungszusagen für „Mitunternehmer“, ZIP 1997, 1317; *Goette*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DStR 1998, 1137; *Goette*, Der Geschäftsführerdienstvertrag zwischen Gesellschafts- und Arbeitsrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: FS Wiedemann, 2002, S. 873; *Groß*, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im Zivil-, Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht, 1987; *Grunsky*, Rechtswegzuständigkeit bei Kündigung des Anstellungsvertrags eines GmbH-Geschäftsführers, ZIP 1988, 76; v. *Hase*, Fristlose Kündigung und Abmahnung nach neuem Recht, NJW 2002, 2278; *Haase*, Das ruhende Arbeitsverhältnis eines zum Vertretungsorgan einer GmbH bestellten Arbeitnehmers und das Schriftformerfordernis gemäß § 623 BGB, GmbHR 2004, 279; *Haase*, Der Erholungsurlaub des Geschäftsführers einer GmbH aus rechtlicher Sicht, GmbHR 2005, 265 (I), 338 (II); *Heidenhain*, Nachvertragliches Wettbewerbsverbot des GmbH-Geschäftsführers, NZG 2002, 605; *Heilmann*, Arbeitsverhältnisse von Organen juristischer Personen im Konkurs, ZIP 1980, 344; *Hentzen*, Die Schiedsvereinbarung zum Anstellungsvertrag bei Beendigung der Organstellung – Zur Reichweite von § 4 ArbGG, in: FS Sandrock, 1995, S. 181; *Herschel*, Der Geschäftsführer der GmbH & Co. KG, in: GS für Rudolf Schmidt, 1966, S. 239; *Herschel*, Der Geschäftsführer der GmbH & Co. KG, DB 1967, 2202; *Heß-Emmerich/Reiserer*, Der GmbH-Geschäftsführer im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl. 2001; *Heyll*, Die Anwendung von Arbeitsrecht auf Organmitglieder, 1994; *Hillmann-Stadtfeld*, Beendigung von Geschäftsführer-Dienstverträgen, Hier: Kopplungsklauseln, GmbHR 2004, 1457; *Hockemeier*, Die Auswirkung der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften auf die Anstellungsverhältnisse der Geschäftsleiter, 1990; *Hoffmann*, Das angemessene Geschäftsführergehalt im Schätzungsintervall des Finanzgerichts, GmbHR 2003, 1197; *Hoffmann/Neumann*, Die Mitbestimmung bei GmbH und GmbH & Co. KG nach dem MitbestG 1976, GmbHR 1976, 183; *Hohlfeld*, Der GmbH-Geschäftsführer im Spannungsverhältnis zwischen Arbeitgeberfunktion und Arbeitnehmereigenschaft, GmbHR 1987, 255; *Holthausen/Steinkraus*, Die janusköpfige Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers im Arbeitsrecht, NZA-RR 2002, 281; *Hucke*, Geschäftsführer-Unternehmensleiter oder Geleitete, AG 1994, 397; *G. Hueck*, Bemerkungen zum Anstellungsverhältnis von Organmitgliedern juristischer Personen, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 365; *G. Hueck*, Die arbeitsrechtliche Stellung des GmbH-Geschäftsführers, ZfA 1985, 25; *Hümmerich*,

Grenzfall des Arbeitsrechts Kündigung des GmbH-Geschäftsführers, NJW 1995, 1177; A. Jäger, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot und die Karenzentschädigung für Organmitglieder juristischer Personen, DStR 1995, 724; G. Jaeger, Die Zuständigkeit des ArbG und Geltung des Kündigungsschutzes für Geschäftsführer, NZA 1998, 961; G. Jaeger, Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, 4. Aufl. 2001; Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, 2. Aufl. 2007; Kamanabrou, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im Licht neuerer Rechtsprechung, DB 2002, 146; Knott/Schröter, Der Aufstieg des leitenden Angestellten zum Geschäftsführer der ausgegliederten Konzerngesellschaft – ein arbeitsrechtliches Problem, GmbHR 1996, 238; Koch, Das Abmahnungserfordernis bei der außerordentlichen Kündigung von Organmitgliedern einer Kapitalgesellschaft, ZIP 2005, 1621; Kohl, Die Einschränkung der Haftung des GmbH-Geschäftsführers nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, DB 1996, 2597; Konzen, Die Anstellungskompetenz des GmbH-Aufsichtsrats nach dem Mitbestimmungsgesetz, GmbHR 1983, 92; Kothe-Heggemann/Dahlbender, Ist der GmbH-Geschäftsführer nach Abberufung weiterhin zur Arbeitsleistung verpflichtet?, GmbHR 1996, 650; Krämer, Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers im GmbH-Konzern, NotBZ 2004, 81 (I), 121 (II); Krause, Mitarbeit im Unternehmen, 2002; Krause, Das Schriftformerfordernis des § 623 BGB beim Aufstieg eines Arbeitnehmers zum Organmitglied, ZIP 2000, 2284; Krauss, Status und Kündigungsschutz von arbeitnehmerähnlichen Vorstandsmitgliedern der Aktiengesellschaft, 1989; Kurz, Ist der Mehrheitsgesellschafter und Alleingesellschafter einer GmbH „Verbraucher“, NJW 1997, 1828; Kukat, Vorsicht ist besser als Nachsicht – Praktische Hinweise zur Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote für Geschäftsführer und zur Anrechnung anderweitigen Erwerbs, BB 2001, 951; Leuchten, Beschäftigungsanspruch des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2001, 750; Lieb/Eckardt, Der GmbH-Geschäftsführer in der Grauzone zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, 1988; Lohr, Die fristlose Kündigung des Dienstvertrages eines GmbH-GF, NZG 2001, 826; Löwisch, Verlust des Arbeitnehmerstatus durch Erwerb einer Gesellschafterstellung mit maßgebendem Einfluss, in: FS Kraft, 1998, S. 375; Lüders, Beginn der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB bei Kenntniserlangung durch Organmitglieder, BB 1990, 790; Lunk, Rechtliche und taktische Erwägungen bei Kündigung und Abberufung des GmbH-Geschäftsführers, ZIP 1999, 1777; Lutter/Timm, Betriebsrentenkürzung im Konzern, ZGR 1983, 269; Manger, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2001, 89; Martens, Vertretungsorgan und Arbeitnehmerstatus in konzernabhängigen Gesellschaften, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 437; N. Meier, Bestellung und Anstellung von Vorstandsmitgliedern in Aktiengesellschaften und Geschäftsführern in einer GmbH, DStR 1995, 1195; N. Meier, Das zuständige Gesellschaftsorgan für den Abschluss einer Änderung des Dienstvertrags mit dem Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, GmbHR 2001, 913; Meilicke, Kündigungs- und Abberufungsschutz für Gesellschafter-Geschäftsführer?, DB 1994, 1761; Menzer, Carried Interest für GmbH-Geschäftsführer im Rahmen des Corporate Venturing, GmbHR 2001, 950; Mildenerberger, Der Geschäftsführervertrag, 2000; Nägele, Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers, BB 2001, 305; Niebler/Schmiedl, Die Rechtsprechung des BAG zum Schicksal des Arbeitsverhältnisses bei Geschäftsführerbestellung nach In-Kraft-Treten des § 623 BGB, NZA-RR 2001, 281; Oberrath, Anwendung von Arbeitsrecht auf den GmbH-Geschäftsführer, MDR 1999, 134; Oldenburg, Anstellungsverträge der Geschäftsführer einer mitbestimmten GmbH, DB 1984, 1813; Overlack, Der Einfluss der Gesellschafter auf die Geschäftsführung in der mitbestimmten GmbH, ZHR 141 (1977), 125; Pesch, Der Urkundsprozess als prozesstaktisches Mittel bei der außerordentlichen Kündigung von Organmitgliedern, NZA 2002, 957; Peltzer, Rechtsprobleme beim unfreiwilligen vorzeitigen Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften und Geschäftsführern von Gesellschaften mbH, BB 1976, 1249; Priester, Nicht korporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften, DB 1979, 681; Reinecke, Klagen von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern vor den Ar-

beitsgerichten, ZIP 1997, 1525; *Reiserer*, Die ordentliche Kündigung des Dienstvertrags des GmbH-Geschäftsführers, DB 1994, 1822; *Reiserer*, Der GmbH-Geschäftsführer in der GmbH & Co. KG, BB 1996, 2461; *Reiserer*, Die außerordentliche Kündigung des Dienstvertrags des GmbH-Geschäftsführers, BB 2002, 1199; *Reiserer/Schulte*, Der GmbH-Geschäftsführer im Sozialversicherungsrecht, BB 1995, 2162; *D. Reuter*, Bestellung und Anstellung von Organmitgliedern im Körperschaftsrecht, in: FS Zöllner, 1998, S. 487; *Rittner*, Die Anstellungsverträge der GmbH-Geschäftsführer und das Mitbestimmungsgesetz, DB 1979, 973; *Röder/Lingemann*, Schicksal von Vorstand und Geschäftsführer bei Unternehmensumwandlungen und Unternehmensveräußerungen, DB 1993, 1341; *Säcker*, Kompetenzstrukturen bei Bestellung und Anstellung von Mitgliedern des unternehmerischen Leitungsorgans, DB 1979, 1321; *Sasse/Schnitger*, Das ruhende Arbeitsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers, BB 2007, 154; *Uwe H. Schneider*, Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH im Konzern, GmbHR 1993, 10; *Uwe H. Schneider*, Abmahnung des Geschäftsführers vor Kündigung des Anstellungsvertrags aus wichtigem Grund?, GmbHR 2003, 1; *Uwe H. Schneider/Brouwer*, Die Aufrechnung von Ansprüchen der Gesellschaft auf Schadensersatz gegen Ansprüche des Geschäftsführers auf Ruhegeld, in: FS Röhrich, 2005, S. 541; *Uwe H. Schneider/Brouwer*, Aufrechnung gegen Ruhegehaltsansprüche des Geschäftsführers, GmbHR 2006, 1019; *Schrader/Schubert*, Der Geschäftsführer als Arbeitnehmer, DB 2005, 1457; *Schumacher-Mohr*, Das Abmahnungserfordernis im Fall der außerordentlichen Kündigung von Organmitgliedern, DB 2002, 1606; *Schuhmann*, Zur Schriftformklausel im Vertrag mit einem GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer, GmbHR 1993, 79; *Schwab*, Das Dienstverhältnis des GmbH-Geschäftsführers insbesondere unter arbeitsrechtlichen Aspekten, NZA 1987, 839; *Schuster/Bonnott*, Die Rechtsnatur des zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitglied geschlossenen Anstellungsvertrags, in: FS Kastner, 1972, S. 421; *Stein*, Die neue Dogmatik der Wissensverantwortung bei der außerordentlichen Kündigung von Organmitgliedern der Kapitalgesellschaften – Bespr. zu BGH, ZIP 1998, 1269, ZGR 1999, 264; *Stein*, Die Grenzen vollmachtloser Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern, AG 1999, 28; *Tausend*, Der Vertrag des Geschäftsführers und der leitenden Angestellten einer GmbH und einer GmbH & Co. KG, 1980; *Tillmann*, Kündigung des Geschäftsführervertrages im Falle des Konkurses, GmbHR 1975, 14; *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003; *Timm*, Die Kündigung des Gesellschafter-Geschäftsführers im Konkurs der GmbH, ZIP 1987, 69; *Trappehl/Scheuer*, Abmahnung jetzt auch bei Vorständen und Geschäftsführern Kündigungsvoraussetzung?, DB 2005, 1276; *Trimborn*, Erfindungen von Organmitgliedern, 1998; *Trinkhaus*, Organmitglieder juristischer Personen und leitende Angestellte, 1968; *Uhlenbruck*, Die Kündigung und Vergütung von Beratern, Vorständen und Geschäftsführern in der Unternehmensinsolvenz, BB 2003, 1185; *Wank*, Der Fremdgeschäftsführer der GmbH als Arbeitnehmer, in: FS Wiedemann, 2002, S. 587; *W. Werner*, Anstellung von GmbH-Geschäftsführern nach dem Mitbestimmungsgesetz, in: FS Fischer, 1979, S. 822; *Wimmer*, Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, DStR 1997, 247; *Winkler*, Die Sozialversicherungspflicht des GmbH-Geschäftsführers, DStR 1997, 289.

Schrifttum zur Vergütung: *Altmüller*, Angemessenheit der von ertragsstarken Unternehmen an ihre Gesellschafter-Geschäftsführer vergüteten Gehälter, DB 1996, 1003; *Bauder*, Die Bezüge des GmbH-Geschäftsführers in Krise und Konkurs der Gesellschaft, BB 1993, 369; *Blomeyer*, Insolvenzsicherung für Versorgungsanwartschaften vor Eintritt der gesetzlichen Unverfallbarkeit, DB 1977, 585; *Cramer*, Gesellschafter-Geschäftsführer: „Nur-Pension“, BB 1995, 2054; *Ditges/Graß*, Verdeckte Gewinnausschüttung durch Umsatzantiente, BB 1996, 509; *Dötsch*, Steuerliche Anerkennung von Pensionszusagen gegenüber GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführern, BB 1994, 327; *Durchlaub*, Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung für Pensionszusagen gegenüber dem Pensionssicherungsverein, BB 1978, 1472;

Evers/Grätz/Näser, Die Gehaltsfestsetzung bei Geschäftsführern, 5. Aufl. 2001; *Felix*, Umsatztantieme als Teil der Tätigkeitsbezüge geschäftsführender GmbH-Gesellschafter, BB 1988, 277; *Felix*, Volle Substitution des Gehalts des geschäftsführenden GmbH-Gesellschafters durch Pensionszusage bei Null-Gehalt, GmbHHR 1992, 159; *Förster*, Pensionszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer, DStR 1994, 507; *Fonk*, Die betriebliche Altersversorgung für Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften, in: FS Semler, 1993, S. 139; *Forsbach*, Anpassungsprüfung im Konzern, in: Betriebliche Altersversorgung im Umbruch, 1980, S. 188; *Fritsche/Köhl*, Gewinnantien von Gesellschafter-Geschäftsführern, GmbHHR 1996, 677; *Fromm*, Verdeckte Gewinnausschüttung bei nicht rückgedeckter Pensionszusage?, GmbHHR 1996, 597; *Fromm*, Die Ernsthaftigkeit einer Pensionszusage an Gesellschafter-Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft, BB 1996, 950; *Fuchs*, Die zusätzliche Altersvorsorge – Teil II: Betriebliche Altersversorgung – Rürup-Rente, BetrAVG, 2006, 121; *Gaul*, Erfindervergütung an geschäftsführende Gesellschafter?, DB 1990, 671; *Gehrig*, Pensionsrückstellungen oder entsprechend höheres Gehalt?, GmbHHR 1987, 201; *Gosch*, Überstundenvergütung eines GmbH-Geschäftsführers als vGA, DStR 1997, 1163; *Greger*, Der Vergütungsanspruch des abberufenen Geschäftsführers, in: FS Boujong, 1996, S. 145; *Grönwoltdt*, GmbH-Geschäftsführervergütung und BMF, DB 1996, 752; *Groß*, Das Phantom des Arbeitnehmer-Geschäftsführers im Konkursausfallgeldgesetz und in der Konkursordnung, DB 1984, 1447; *Grunsky*, Der Entzug eines vertraglichen Ruhegeldanspruchs nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, JuS 1970, 16; *Gunsenheimer*, Die Besteuerung der Altersbezüge nach dem Alterseinkünftegesetz, SteuerStud 2007, 108; *Hanau/Kemper*, Zur Insolvenzsicherung der Ruhegehaltszusagen an Unternehmer, ZGR 1982, 123; *Heubeck/Schmauck*, Die Altersversorgung der Geschäftsführer in GmbH und GmbH & Co. KG, 4. Aufl. 1998; *Höfer*, Die Grundsatzentscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Anpassung von Betriebsrenten, DB 1977, 1893; *Höfer/Abt*, Insolvenzschutz bei vom Pensions-Sicherungs-Verein nicht gesicherten Gesellschafter-Geschäftsführern, BB 1982, 1501; *Höfer/Abt*, Die Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung von beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH, GmbHHR 1983, 49; *Höfer/Kisters/Kölkes*, Zur steuerlichen Anerkennung von Versorgungszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, BB 1989, 1157; *Höhne*, Zur Anpassung der Betriebsrenten von Führungskräften aus unmittelbaren Versorgungszusagen nach § 16 BetrAVG, BetrAV 1977, 49; *Hoffmann*, Ergebnisabhängige Geschäftsführer-Tantieme, GmbHHR 1994, 239; *Hoffmann*, Die Tantiemeverbindlichkeit als verdeckte Gewinnausschüttung, DStR 1995, 250; *Hoffmann*, Die steuerliche Behandlung des Gehaltsverzichts eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH und von Ausschüttungen aus dem EK 04 bei wesentlicher Beteiligung, DStR 1995, 637; *Hommelhoff/Timm*, Insolvenzschutz für Geschäftsleiter-Betriebsrente, KTS 1981, 1, 298; *Kieschke*, Betriebliche Altersversorgung zugunsten des mitarbeitenden Ehegatten, DB 1977, 837, 878; *Köhler*, Die Neuregelung der betrieblichen Altersversorgung, GmbHHR 1975, 49; *Kuckuk*, Die Tantieme eines GmbH-Geschäftsführers im Schadensersatzrecht, BB 1978, 283; *Lieb/Westhoff*, Voraussetzungen und Grenzen der Anpassung gemäß § 16 BetrAVG, DB 1976, 1958; *Lersch/Schaaf*, Nachträgliche Gehaltsvereinbarungen mit dem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG, GmbHHR 1973, 70; *Maute*, Auswirkungen des Alterseinkünftegesetzes auf GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer, GmbHHR 2004, 1198; *Michel*, Die rückwirkend vereinbarte Tätigkeitsvergütung des beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers im Zivil- und Steuerrecht, Diss. Marburg, 1998; *Mittelbach*, Rückdeckungs- und Direktversicherung bei Geschäftsführerpensionen, GmbHHR 1973, 81; *Natschke*, Nebenleistungen zum Gehalt eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers als verdeckte Gewinnausschüttungen, BB 1996, 771; *Neef*, Die Anwendung des Betriebsrentengesetzes auf Gesellschafter-Geschäftsführer, BB 1978, 314; *Neumann*, Tantiemevereinbarungen mit den beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, GmbHHR 1996, 740 und 822; *Neumann*, Verdeckte Gewinnausschüttungen bei Pensionsabfindungen an den Ge-

sellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, GmbHR 1997, 2656; *Neumann*, Insolvenzschutz für Gesellschafter-Geschäftsführer, BB 1997, 2656; *Neumann*, Das Altersvermögens- und Versorgungsänderungsgesetz, Praktische Auswirkungen auf GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer, GmbH-StB 2003, 13; *Niehues*, Das Grundgehalt des Gesellschafter-Geschäftsführers als Steuerfall, BB 1996, 151; *Onusseit*, Nachträgliche Feststellung der Sozialversicherungsfreiheit des Gesellschafter-Geschäftsführers und ihre Bedeutung im Konkurs der Gesellschaft, KTS 1992, 1; *Paulsdorff*, Die Grenzen der Einbeziehung von Gesellschafter-Geschäftsführern in das Betriebsrentengesetz, GmbHR 1977, 241; *Prühs*, Überstunden-Vergütung für Gesellschafter-Geschäftsführer, DB 1997, 2094; *Rauser*, Pensionszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer – Auswirkungen und Wahlrechte nach der neuen BFH-Rechtsprechung, DB 1983, 960; *Rehbinder*, Rechtliche Schranken der Erstattung von Bußgeldern an Organmitglieder und Angestellte, ZHR 148 (1984), 554; *Reichert*, Betriebliche Altersversorgung des GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers: Pensionszusage oder Direktversicherung?, DStR 1997, 835; *Reiners/Wierling*, Versorgungszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer, BB 1995, 87; *Risch*, Geschäftsführerentgelte und verdeckte Gewinnausschüttungen, GmbHR 2003, 15; *H. P. Reuter*, Direktversicherungen für Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften, BB Beil. 5 zu Heft 18/1986, S. 4; *H. P. Reuter*, Rückdeckungsversicherung für den Geschäftsführer der GmbH und GmbH & Co., GmbHR 1997, 19; *H. P. Reuter*, Direktversicherung für den Geschäftsführer der GmbH und der GmbH & Co. KG, GmbHR 1997, 1081; *Richardi*, Anpassung der Leistungen einer betrieblichen Altersversorgung nach § 16 BetrAVG, DB 1976, 1718; *Richardi*, Voraussetzungen einer Anpassung betrieblicher Versorgungsleistungen nach § 16 BetrAVG, DB 1977, 207; *Rieger*, Geschäftsführervergütung und persönliche Haftung des Kommanditisten, DB 1983, 1909; *Rodewald*, Geschäftsführungsregelung in der GmbH & Co. KG, GmbHR 1996, 914; *Schaub*, Einschränkung der Wettbewerbstätigkeit eines Ruhegeldberechtigten, BB 1972, 223; *Schaub*, Die Anpassung von Betriebsrenten, NJW 1978, 2076; *Schaub*, Der Entgeltfortzahlungsanspruch des GmbH-Geschäftsführers im Krankheitsfalle, WiB 1994, 637; *Andreas Schmidt*, Neues zur verdeckten Gewinnausschüttung bei zivilrechtlich unwirksamen Geschäftsführerverträgen, DStR 1996, 849; *Schmidt-Diemitz*, Ist der Pensionsanspruch eines 50%-Gesellschafter-Geschäftsführers insolvenzgesichert?, DB 1985, 1573; *Schuhmann*, Ist eine Umsatztantieme durchsetzbar?, GmbHR 1996, 8; *Schulze zur Wiesche*, Tantiemevereinbarung mit beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH, GmbHR 1993, 403; *Steindorff*, Betriebsrenten für Arbeitnehmer und Organmitglieder auf der Grundlage der bisherigen Rechtsentwicklung, BB 1973, 1129; *Tänzer*, Die angemessene Geschäftsführervergütung, GmbHR 2003, 754; *Tänzer*, Die angemessene Höhe der Geschäftsführervergütung – Marktübliche Bezüge und Nebenleistungen, BB 2004, 2757; *Tänzer*, Die aktuelle Geschäftsführervergütung 2005, GmbHR 2005, 1256; *Tillmann*, Neues zur verdeckten Gewinnausschüttung bei zivilrechtlich unwirksamen Geschäftsführerverträgen, DStR 1996, 849; *Timm*, Der Gesellschafter-Geschäftsführer im Pfändungs- und Insolvenzrecht, ZIP 1981, 10; *Vermader/Gutbier*, Betriebliche Versorgungsmaßnahmen für Gesellschafter-Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften, DB 1984, Sonderbeilage Nr. 20, S. 3; *Walther*, Die Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung im Rechtssystem, in: Pensions-Sicherungsverein (Hrsg.), 10 Jahre Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung in Deutschland, 1985, S. 73; *Wassermeyer*, Verdeckte Gewinnausschüttung im Zusammenhang mit Gesellschafter-Geschäftsführern, DStR 1991, 1065; *Wiedemann/Moll*, Der persönliche Geltungsbereich des Gesetzes zur Verbesserung der Betrieblichen Altersversorgung, RdA 1977, 13.

1. Die Rechtsstellung des Geschäftsführers

Die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers werden durch seine Organstellung, durch sein Anstellungsverhältnis und durch die gesetzlichen Regelungen bestimmt, die an seine Stellung in der Gesellschaft anknüpfen. 149

Der Geschäftsführer kann sowohl ein Gesellschafter (Gesellschafter-Geschäftsführer) als auch ein Nichtgesellschafter (Fremdgeschäftsführer) sein. Die rechtlichen Zuständigkeiten des Geschäftsführers in der internen und externen Zuständigkeitsordnung der Gesellschaft werden hiervon grundsätzlich nicht berührt. Seine Stellung zur Gesellschaft und den anderen Gesellschaftsorganen kann jedoch ganz unterschiedlich ausgestaltet sein. Auf der einen Seite kann ein Fremdgeschäftsführer weitgehend auf die Ausführung von Entscheidungen beschränkt und ein reines Vollzugsorgan sein. Auf der anderen Seite kann aufgrund von satzungsmäßigen Sonderrechten und dem Umfang seiner Beteiligung ein Gesellschafter-Geschäftsführer die Gesellschaft beherrschen oder sogar, etwa in der Einmann-GmbH, allein entscheiden. An die jeweilige Stellung des Geschäftsführers knüpfen u.a. das Arbeitsrecht, das Sozialversicherungsrecht und das Steuerrecht unterschiedliche Rechtsfolgen.

2. Bestellung und Anstellung

a) Unterschiedliche Regelungsbereiche

Von der Berufung in die organschaftliche Stellung, der „**Bestellung**“, des Geschäftsführers ist die „**Anstellung**“ des Geschäftsführers zu unterscheiden¹. 150
Durch die „Bestellung“ erhält der Geschäftsführer die Organstellung und die damit verbundenen Befugnisse. Zugleich werden ihm die organschaftlichen Pflichten auferlegt (s. bei § 6 und bei § 43). Für deren Umfang spielt es keine Rolle, ob der Geschäftsführer Gesellschafter der GmbH ist oder ein an ihr nicht beteiligter Dritter (Fremdgeschäftsführer)².

Das **Anstellungsverhältnis** regelt die persönlichen Beziehungen des Geschäftsführers zur Gesellschaft³. Dazu gehören die Vereinbarungen über die laufenden Bezüge, den Urlaub und den Umfang zulässiger Nebentätigkeit, die Rechte und Pflichten bei Beendigung der Organstellung einschließlich des Ruhegeldes, der Hinterbliebenenversorgung und des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots (zum Letzteren s. bei § 43). 151

Die Organstellung und die Anstellung sind zwar tatsächlich miteinander verbunden, stehen aber nicht in einem Verhältnis von Kausalgeschäft und abstrak-

1 Trennungstheorie; heute h.M. BGHZ 10, 187, 191; BGHZ 36, 142, 143; s. etwa BGHZ 78, 82, 85; BGHZ 79, 38, 41; BGH, WM 1992, 691; BGH, ZIP 1995, 1334; ■ersetzen durch Ulmer-Kommentar?■ Mertens, in: Hachenburg, Rdnr. 22; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 16; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, § 6 Rdnr. 18, 39; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 1; G. Hueck, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 366; a.A. Einheitstheorie: Schilling, in: Hachenburg, 6. Aufl. 1959, § 35 Rdnr. 40 mit weiteren Nachw.; Baums, Der Geschäftsleitungsvertrag, 1987, S. 53 ff.; relativierend auch Mildenberger, Geschäftsführervertrag, S. 17 ff.

2 Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 135.

3 Differenzierend: Baums, Der Geschäftsleitungsvertrag, 1987, S. 54 ff.

ter Rechtszuordnung, denn die Übernahme der Geschäftsführerstellung kann auch ohne jeglichen Anstellungsvertrag erfolgen (s. unten Rdnr. ■155)¹. Beide Rechtsverhältnisse ergänzen sich. Der Geschäftsführer wird auf der einen Seite nur zur Übernahme der Organstellung bereit sein, wenn auch ein Anstellungsvertrag geschlossen wird. Der Anstellungsvertrag wird auf der anderen Seite gerade zu dem Zweck abgeschlossen, dass der Geschäftsführer die Organstellung übernimmt und behält. Auch sprechen steuerliche Gründe (Vermeidung einer verdeckten Gewinnausschüttung) für den Abschluss eines Anstellungsvertrags. Organstellung und Anstellung sind jedoch weder rechtlich zwingend noch tatsächlich notwendig miteinander verknüpft. Insbesondere stellen sie kein einheitliches Rechtsverhältnis i.S.d. § 139 BGB dar². Sofern die Umstände nicht ergeben, dass der Amtsantritt gerade vom Abschluss eines Anstellungsvertrags abhängen soll, kann der Geschäftsführer sein Amt auch ohne Anstellungsvertrag antreten. Er kann in einem solchen Fall allerdings sein Amt niederlegen, wenn der Abschluss des Anstellungsvertrags nicht in angemessener Frist nachgeholt wird³ (es sei denn, der Abschluss eines Anstellungsvertrags war ausnahmsweise von vornherein ausgeschlossen). Auch muss weder mit der Organstellung das Anstellungsverhältnis enden, noch beendet das Anstellungsverhältnis zwingend auch die Organstellung⁴. S. dazu bei § 38 Rdnr. ■33. Im Hinblick auf die arbeitsrechtlichen, sozialversicherungsrechtlichen und steuerrechtlichen Rechtsfolgen der Geschäftsführerstellung ist zwischen dem Unternehmer-Geschäftsführer und dem abhängigen Geschäftsführer zu unterscheiden (dazu unten Rdnr. ■■ ff.). Regelmäßig wird ein Fremdgeschäftsführer auch abhängiger Geschäftsführer sein.

b) Unterschiedliche Regelungsebenen

- 152 Die persönlichen Beziehungen des Geschäftsführers zur Gesellschaft können in der Satzung oder in einem schuldrechtlichen Vertrag geregelt sein. Ob sie sich auch aus einem besonderen organisationsrechtlichen Bestellungsverhältnis ableiten lassen, ist nicht geklärt.

aa) Regelung in der Satzung

- 153 Ist die Stellung als Geschäftsführer einem Gesellschafter als Sonderrecht zugewiesen, so können zugleich in der Satzung auch die laufenden Bezüge, das Ruhegehalt, die Zulässigkeit von Nebentätigkeiten usw. geregelt werden. Im Zweifel ist dann davon auszugehen, dass es sich um „korporative Satzungsbestandteile“ (= echte Satzungsbestandteile) handelt⁵. Eines besonderen Anstellungsvertrages bedarf es in diesem Fall nicht.

1 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 16; a.A. Reuter, in: FS Zöllner, 1998, S. 487, 488; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 1; wohl auch Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, § 6 Rdnr. 18 („ihr zugrunde liegenden“).

2 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 16; abweichend Baums, Der Geschäftsleitervertrag, 1987, S. 33 ff.

3 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 16.

4 BGH, WM 1978, 110; WM 1981, 1200.

5 S. dazu Priester, DB 1979, 681.

Fehlt es an einer besonderen Zuweisung der Geschäftsführerstellung an einen Gesellschafter, so kann gleichwohl in der Satzung bestimmt werden, welchen Inhalt der Anstellungsvertrag haben soll. In diesem Fall bindet der Gesellschaftsvertrag die Gesellschafter, wenn sie den Anstellungsvertrag mit dem Geschäftsführer abschließen. Der Fremdgeschäftsführer kann aus einer solchen Satzungsregelung aber keine eigenständigen persönlichen Rechte ableiten. Eine Haftungsmilderung in der Satzung wirkt aber auch für den Fremdgeschäftsführer.

Die Regelungen über die persönlichen Beziehungen der Gesellschaft zu dem Geschäftsführer können auch ein „nicht korporativer Satzungsbestandteil“ (= unechter Satzungsbestandteil) sein (zur Abgrenzung von echten Satzungsbestandteilen s. § 3 Rdnr. ■67 ff.)¹. Ihre Änderung verlangt keine Satzungsänderung. Die bei Gelegenheit in die Satzung aufgenommenen Vereinbarungen können vielmehr in der Folge durch einfachen Gesellschafterbeschluss mit Zustimmung des betroffenen Geschäftsführers geändert werden. Ist der Geschäftsführer nicht Gesellschafter, so bedarf es zur Ausführung des Gesellschafterbeschlusses einer schuldrechtlichen Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer². 154

bb) Keine ausdrückliche Regelung im Bestellungsverhältnis

Fehlt es an ausdrücklichen Regelungen der persönlichen Verhältnisse in der Satzung und ist auch kein Anstellungsvertrag abgeschlossen, so könnte man daran denken, die Regelung der persönlichen Verhältnisse als integrierten Bestandteil aus dem organisationsrechtlichen Bestellungsverhältnis abzuleiten. Hiervon geht offensichtlich § 52 i.V.m. § 113 Abs. 1 AktG für die Aufsichtsratsmitglieder aus (s. bei § 52). Über die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder, den Ersatz für die entstandenen Aufwendungen usw. werden meist keine schuldrechtlichen Vereinbarungen getroffen. Entsprechend lassen sich auch für den Geschäftsführer beim Fehlen eines Anstellungsvertrags die Vergütung usw. aus dem Bestellungsverhältnis ableiten; denn es kann nicht erwartet werden, dass der Geschäftsführer zwar für die Gesellschaft tätig wird, dass er hierfür aber keine Vergütung erhält; bei Gesellschafter-Geschäftsführern ist durch Auslegung zu ermitteln, ob dieser eine gesonderte Vergütung erhalten soll oder ihm lediglich der mitgliedschaftliche Gewinnanspruch zusteht. Große Bedeutung erlangt diese Rechtsfrage nicht, denn in der **Praxis** wird das organisationsrechtliche Bestellungsverhältnis regelmäßig um einen schuldrechtlichen Anstellungsvertrag ergänzt und in diesem die persönlichen Verhältnisse geregelt. 155

¹ RGZ 74, 277; BGHZ 18, 205, 207 = LM § 47 GmbHG Nr. 4 mit Anm. R. Fischer; BGH, DB 1968, 2166; eingehend Priester, DB 1979, 681 sowie bei § 53.

² S. auch Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 13.

cc) Das Verhältnis schuldrechtlicher Nebenvereinbarungen zu Gesetz und Satzung

- 156 **aaa) Anstellungsvertrag und zwingendes Gesetzesrecht.** Widerspricht der Anstellungsvertrag zwingenden gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen¹, etwa Vorschriften zum Schutz der Gläubiger oder Minderheitsgesellschafter, z.B. enthält er entgegen § 51a ein Verbot, Minderheitsgesellschaftern Auskunft zu erteilen, oder widerspricht der Anstellungsvertrag sonstigem zwingendem Gesetzesrecht, das sich gerade gegen dessen Regelungsgehalt richtet (z.B. Nichtbeachtung umweltschützender Bestimmungen), so ist die einzelne Vereinbarung, gegebenenfalls der ganze Vertrag, nichtig.
- 157 **bbb) Satzungskonkretisierende und satzungsdurchbrechende schuldrechtliche Nebenvereinbarungen.** Streitig ist die Behandlung von Vereinbarungen im Anstellungsvertrag, die von den gesetzlichen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen und/oder der Satzung abweichen oder sie konkretisieren. Zu denken ist an Vereinbarungen über die zu bestellende Zahl der Geschäftsführer, über den Umfang der Geschäftsführungs- und die Art der Vertretungsbefugnis (Einzelvertretung oder Gesamtvertretung), über die Geschäftsverteilung, über die Grenzen der Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung (s. § 37 Rdnr. ■55), über die Dauer der Bestellung, über die Voraussetzungen der Abberufung, z.B. Beschränkung auf das Vorliegen wichtiger Gründe (s. § 38 Rdnr. ■55), über eine Haftungsbegrenzung oder Haftungsmilderung usw.
- 158 **Die Rechtslage ist ungeklärt².** Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, satzungsdurchbrechende Vereinbarungen im Anstellungsvertrag hätten Vorrang gegenüber der Satzung³. Nach anderer Ansicht sind solche Vereinbarungen im Anstellungsvertrag nicht „möglich“⁴. Solche Vereinbarungen seien nur bei Satzungsänderung⁵ bzw. zustimmendem Gesellschafterbeschluss⁶ wirksam. Teils wird gesagt, die Gesellschaft sei nicht gehindert, Vereinbarungen abzuschließen, die dem dispositiven Gesellschaftsrecht und der Satzung widersprechen⁷. Doch sei der Geschäftsführer bei Nichterfüllung auf Schadensersatz oder Kündigung aus wichtigem Grund beschränkt⁸. Im Übrigen wird teilweise weiter differenziert. Dispositives Gesetzesrecht habe Vorrang. Anstellungsbedingungen, die dem Gesellschaftsvertrag widersprächen, z.B. die Vereinbarung, der

1 S. OLG Stuttgart, DB 1979, 885 (betr. Vorstandsmitglied einer AG).

2 Allgemein zum Verhältnis von Gesellschaftsvertrag und Nebenvereinbarungen: BGH, ZIP 1983, 297; BGH, ZIP 1987, 293, 295; BGHZ 123, 115; Noack, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 1994, S. 107; Henze, Handbuch zum GmbH-Recht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 71 ff.; Priester, ZHR 151 (1987), 40; Winter, ZHR 154 (1990), 259; Winter, in: RWS-Forum 8, S. 131, Zöllner, in: RWS-Forum 8, S. 90.

3 Flume, Die juristische Person, 1983, S. 350; van Venrooy, GmbHR 1982, 175, 178.

4 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, § 38 Rdnr. 18 (zur schuldrechtlichen Einschränkung der Abberufbarkeit).

5 So Stein, in: Hachenburg, Rdnr. 16; s. aber auch Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 37 Rdnr. 42.

6 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 14.

7 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, § 38 Rdnr. 19 f.

8 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, § 38 Rdnr. 19; Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 141. Für das österreichische Recht: Koppensteiner, GmbHG, 2. Aufl., Wien 1999, § 15 Rdnr. 19.

Geschäftsführer sei von einem statutarischen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats entbunden, entfalteten „organisationsrechtlich keine Wirkung“, sondern hätten nur „Wirkungen auf der schuldrechtlichen Ebene“. Dagegen habe das niederrangige Organisationsrecht (Geschäftsordnung, Einzelweisung) keinen Vorrang vor den Anstellungsbedingungen¹.

Stellungnahme: Werden durch die Vereinbarung im Anstellungsvertrag lediglich gesetzliche Organisationsnormen oder Bestimmungen der Satzung konkretisiert, wird etwa einem Geschäftsführer ein bestimmtes Ressort zugewiesen, so ist die Vereinbarung wirksam. Es genügt intern ein einfacher Gesellschafterbeschluss. Die Gesellschafter können sich aber jederzeit über die Vereinbarung hinwegsetzen. Es besteht für den Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft kein Anspruch auf Erfüllung², sondern gegebenenfalls nur ein Anspruch auf Schadensersatz. Die entsprechende Vereinbarung kann aber im Einzelfall zugleich so auszulegen sein, dass sich die zustimmenden Gesellschafter gegenüber dem Geschäftsführer im Wege eines Stimmbindungsvertrags verpflichten, ihre Stimme im Sinne eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses einzusetzen (bzw. gegen dessen nicht durch wichtige Gründe gerechtfertigte Aufhebung zu stimmen). Ist dies der Fall, so soll der Geschäftsführer ausnahmsweise auch unmittelbar gegenüber der Gesellschaft Erfüllung verlangen können, wenn alle Gesellschafter der schuldrechtlichen Nebenabrede zugestimmt haben und zwischenzeitlich kein Gesellschafterwechsel stattgefunden hat³. Ob dieser auf prozess-ökonomischen Gründen beruhenden höchstrichterlichen Rechtsprechung zuzustimmen ist, ist zweifelhaft, weil durch eine solche unmittelbare Wirkung von Stimmbindungsverträgen die Grenze zwischen Organisations- und Schuldrecht aufgeweicht wird⁴.

Weichen die Vereinbarungen im Anstellungsvertrag von der Satzung ab, so liegt eine Satzungsdurchbrechung vor. Da schuldrechtliche Nebenabreden im Anstellungsvertrag in aller Regel nicht nur punktuell, sondern dauerhaft wirken, genügt intern nicht etwa ein bloßer Gesellschafterbeschluss mit qualifizierter Mehrheit⁵. Verlangt ist vielmehr als Wirksamkeitsvoraussetzung für die satzungsdurchbrechende schuldrechtliche Nebenabrede die Einhaltung der für eine Satzungsänderung geforderten Formvorschriften⁶.

Unabhängig von der Vereinbarung mit der Gesellschaft kann eine satzungsdurchbrechende Nebenabrede freilich ebenfalls als Vereinbarung zwischen dem Geschäftsführer und den zustimmenden Gesellschaftern auszulegen sein, eine Satzungsänderung herbeizuführen oder ihr mindestens zuzustimmen⁷, um die

¹ Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 11–14.

² Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, ■Anh. § 6:■ Rdnr. 11 f., 15. Teilweise abweichend aber Fleck, ZGR 1988, 123.

³ BGH, ZIP 1983, 297.

⁴ Ähnlich und weitere Bedenken bei: Winter, ZHR 154 (1990), 259, 268.

⁵ So bei punktueller Wirkung: Priester, ZHR 151 (1987), 40, 49 sowie bei § 52. Die Frage ist bisher durch die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht entschieden; s. dazu Henze, Handbuch zum GmbH-Recht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 81.

⁶ BGHZ 123, 15 = ZIP 1993, 1074 mit Bspr. Habersack, ZGR 1994, 354.

⁷ Ulmer, NJW 1987, 1849, 1851.

Wirksamkeit der Vereinbarung mit der Gesellschaft herbeizuführen. Haben alle Gesellschafter der Vereinbarung zugestimmt, und hat zwischenzeitlich kein Gesellschafterwechsel stattgefunden, kann überdies nach der Rechtsprechung auch in diesem Fall ein unmittelbarer Erfüllungsanspruch des Geschäftsführers gegen die Gesellschaft bestehen (s. oben Rdnr. ■156c).

- 162 **Weicht eine Regelung im Anstellungsvertrag von dispositivem Gesetzesrecht ab** (z.B. von § 35 Abs. 1: Gesamtvertretung, oder von § 38: freie Widerruflichkeit der Bestellung), so gelten die für Satzungsdurchbrechungen aufgestellten Regeln (s. oben Rdnr. ■156d). Zu beachten ist aber, dass für die Wirksamkeit einer von dem Gesetz abweichenden anstellungsvertraglichen Regelung die Statuierung einer Ermächtigungsnorm ausreicht. Ist eine solche statutarische Ermächtigungsnorm vorhanden oder wird sie geschaffen, so gelten wiederum die für Satzungskonkretisierungen aufgestellten Regeln (s. oben Rdnr. ■156c).
- 163 Die **Abgrenzung**, ob eine anstellungsvertragliche Regelung von dem Gesetz abweicht oder es lediglich konkretisiert, kann zweifelhaft sein. Das gilt insbesondere für die Haftung des Geschäftsführers; denn einerseits trifft das Gesetz in § 43 insoweit eine konkrete Regelung, geht aber andererseits in § 46 Nr. 5 Fall 3, Nr. 8 davon aus, dass die Gesellschafter in jedem Einzelfall mit einfacher Mehrheit darüber entscheiden, ob der Geschäftsführer sich ihrer Ansicht nach sorgfaltsgemäß oder sorgfaltswidrig verhalten hat und ihm Entlastung erteilt wird oder ob sie gegebenenfalls Schadensersatzansprüche gegen ihn geltend machen wollen. Letzteres könnte dafür sprechen, dass für die Wirksamkeit einer anstellungsvertraglichen Haftungsregelung ein bloßer Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit ausreicht. Das wird namentlich dann anzunehmen sein, wenn die anstellungsvertragliche Regelung in erster Linie eine Konkretisierung der Geschäftsführerpflichten beinhaltet. Eine generelle Haftungsmilderung (oder -verschärfung) stellt dagegen eine Abweichung von § 43 dar und bedarf daher einer statutarischen Grundlage (Einzelfallregelung oder Ermächtigungsnorm). Die Stimmbindungsvereinbarung mit den Gesellschaftern kann sich auf eine dauerhafte Regelung in der Satzung oder auf die Entlastung im Einzelfall beziehen.
- 164 **ccc) Verpflichtung zur Bestellung.** Für entsprechende schuldrechtliche Vereinbarungen besteht sicher ein wirtschaftliches Bedürfnis. So wird sich ein Nicht-gesellschafter u.U. nur dann bereitfinden, seine bisherige Stellung bei einem anderen Unternehmen aufzugeben, wenn sich die Gesellschaft zur Bestellung verpflichtet. Hinter der Frage steht das bereits angesprochene allgemeine Problem, ob sich eine Gesellschaft schuldrechtlich dazu verpflichten kann, dass bestimmte gesellschaftsinterne Befugnisse nicht oder in bestimmter Weise ausgeübt werden. Organzuständigkeiten können nicht auf Dritte übertragen werden. Auch entsprechende Verpflichtungen sind unwirksam¹. Daher kann sich die Gesellschaft auch nicht verpflichten, die Auswahl des Geschäftsführers einem Dritten zu überlassen.

¹ Zum außerordentlichen Kündigungsrecht und Schadensersatzanspruch wegen vertragswidrig nicht erfolgter Bestellung zum Geschäftsführer BAG, GmbHR 2003, 105 ff.

Davon zu unterscheiden ist die schuldrechtliche Vereinbarung, eine bestimmte Person als Geschäftsführer zu bestellen. Ein **Erfüllungsanspruch** kann insoweit nur begründet werden, wenn *erstens* die Satzung entsprechend geändert, insbesondere zum Schutze des zu Bestellenden die Abberufung auf wichtige Gründe beschränkt wird, sowie *zweitens* die Gesellschafter im Einzelfall dem Anstellungsvertrag mit dem Geschäftsführer zustimmen. Einfache Mehrheit genügt für diese Zustimmung. Wenn freilich die Gesellschafter in der Folge die Satzung ändern, ist der Fremdgeschäftsführer nicht und der Gesellschafter-Geschäftsführer nur geschützt, wenn er die Satzungsänderung angreifen kann. Der Anstellungsvertrag selbst führt nicht zu einer organisationsrechtlichen Bindung. Es entstehen demgemäß nur **Schadensersatzansprüche**, wenn eine Satzungsbestimmung, die die Abberufung hindert, fehlt und die Gesellschafter sich intern nicht an die Vereinbarung halten¹. 165

In Betracht kommen auch Vereinbarungen, die unselbständige Nebenpflichten für die Gesellschaft begründen, z.B. das Recht des Geschäftsführers, bei Gesellschafterversammlungen anwesend sein zu dürfen. Sie begründen keine Erfüllungspflichten. Der Geschäftsführer kann aber gegebenenfalls sein Amt niederlegen und u.U. berechtigt sein, den Anstellungsvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen. 166

3. Der Anstellungsvertrag

a) Die Rechtsnatur

aa) Wird der Geschäftsführer unentgeltlich tätig, was insbesondere bei der gemeinnützigen GmbH oder bei Gesellschaften vorkommt, bei denen der Geschäftsführer in seiner Eigenschaft als Gesellschafter Gewinn entnehmen kann, handelt es sich bei dem Anstellungsvertrag um einen Auftrag i.S.d. §§ 662 ff. BGB². Wird der Geschäftsführer auf entgeltlicher Basis tätig, was im Zweifel zu vermuten ist (vgl. §§ 612, 632 BGB), kann man wie folgt unterscheiden: In sehr seltenen Fällen wird der Geschäftsführer als freier Mitarbeiter auf der Grundlage eines Werkvertrags tätig, wenn er seine Arbeitszeit zeitlich und örtlich frei einteilt und seine Entlohnung davon abhängen soll, in welchem Umfang er für die Gesellschaft Leistungen erbringt. So ist im Umfeld von Forschungseinrichtungen und Universitäten aufgrund des Nebentätigkeitsrechts eine Gestaltung anzutreffen, bei der der Geschäftsführer hauptberuflich bei einer Universität angestellt ist und er als Geschäftsführer von der GmbH nur dann entlohnt wird, wenn er für die GmbH eine Erfindung gemacht oder einen Auftrag akquiriert hat. In den allermeisten Fällen schuldet der Geschäftsführer jedoch keinen konkreten Erfolg, sondern sein Bemühen um die Belange der Gesellschaft. Ob in einem solchen Fall ein Dienst- oder ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist umstritten: 167

¹ Wie hier eingehend: *Fleck*, ZGR 1988, 104, 121 ff.

² BAGE 55, 137, 144; HansOLG Hamburg, NZG 2000, 698; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 172; *Koppensteiner*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Rdnr. 78; *Paefgen*, in: *Ulmer*, Rdnr. 136.

- 168 **bb)** Das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers wird nicht nur durch das allgemeine Vertragsrecht und eine umfangreiche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹, die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts² sowie des Bundessozialgerichts³ ausgestaltet, sondern es wird wie kaum ein anderes Vertragsverhältnis durch das Steuerrecht und die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (*Knobbe-Keuk*: „Unerwünschte Rechtsquelle“) bestimmt.
- 169 Nach Ansicht des **Bundesgerichtshofs**, insbesondere des II. Senats⁴ und nach überwiegender Ansicht in der **Lehre**⁵ ist der entgeltliche Anstellungsvertrag des Geschäftsführers kein Arbeitsvertrag, sondern ein Dienstvertrag des selbständig Tätigen.
- 170 Das **Bundesarbeitsgericht** geht wie der Bundesgerichtshof davon aus, dass der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers in der Regel kein Arbeitsvertrag ist⁶. Für bestimmte Fallgruppen gelten jedoch Besonderheiten⁷:
- 171 – Werde ein Arbeitnehmer zunächst in einem Arbeitsverhältnis erprobt, so sei im Zweifel anzunehmen, dass mit der Bestellung und dem Abschluss des Anstellungsvertrags das Arbeitsverhältnis beendet sein soll⁸. Durch die Einführung des Schriftformerfordernisses für die Kündigung von Arbeitsverhältnissen in § 623 BGB mit Wirkung zum 1. 5. 2000 lässt sich diese Ansicht nur aufrecht erhalten, wenn der Anstellungsvertrag zum Geschäftsführer schriftlich geschlossen wurde und er ausdrücklich oder konkludent das Arbeitsverhältnis aufhebt. Ansonsten ruht das Arbeitsverhältnis während der Zeit der Bestellung zum Geschäftsführer⁹.

1 S. dazu *Fleck*, WM Sonderbeil. 3/1968; *Fleck*, WM Sonderbeil. 3/1981; *Fleck*, WM 1985, 677; *Fleck*, WM 1994, 1957; *Goette*, DStR 1998, 1137.

2 S. dazu *Reinecke*, ZIP 1997, 1525; *Uwe H. Schneider*, GmbHR 1993, 10.

3 Dazu *Figge*, DNotZ 1998, 20; BSG, NZA-RR 2005, 542–545 (Mutterschaftsgeld); BSG, GmbHR 2004, 497 f. (Arbeitslosengeld); BSG, NZS 2000, 147 ff. (Beitragspflicht in der Unfallversicherung).

4 BGHZ 10, 187, 191; BGHZ 12, 1, 8; BGHZ 36, 142, 143; BGHZ 49, 30, 31; BGHZ 79, 38, 41; BGHZ 91, 1, 3 sowie aus jüngerer Zeit etwa BGH, ZIP 2007, 910, 911; zusammenfassend *Goette*, DStR 1998, 1137.

5 *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 174; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 6 Rdnr. 3; *Stein*, in: Hachenburg, Rdnr. 170; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 78; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, § 6 Rdnr. 41; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 136, 144; eingehend *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 197; *G. Hueck*, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 365; *G. Hueck*, ZfA 1985, 25; *Henssler*, RdA 1992, 289; *Hümmerich*, NJW 1995, 1177; *Bauer/Grager*, ZIP 1997, 2177; *Boemke*, ZfA 1998, 209; *Nebendahl*, NZA 1992, 289, 290 f.; *Holthausen/Steinkraus*, NZA-RR 2002, 281, 282; a.A. *Reuter*, in: FS Zöllner, 1998, S. 487, 501: „Amtswahrnehmungsvertrag“.

6 BAGE 49, 81; BAG, ZIP 1980, 1014; BAG, ZIP 1994, 319; BAG, GmbHR 1994, 547 = ZIP 1994, 1044; BAG, BB 1999, 1276; ferner BAG, EZA § 611 BGB, Arbeitnehmerbegriff Nr. 37, 39; BAG, ZIP 2006, 821, 822 Rdnr. 18.

7 S. auch *Groß*, Das Anstellungsverhältnis, S. 303, 375 ff.; *Diller*, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, 1994, S. 65 ff., 129 ff. jeweils mit weiteren Nachw.

8 BAG, GmbHR 1994, 547 = ZIP 1994, 319.

9 *Holthausen/Steinkraus*, NZA-RR 2002, 281, 287 f.; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 173 a.E. mit weiteren Nachw.

– Die Rechtsprechung hat (von dem vorgenannten Sonderfall abgesehen) zunächst angenommen, dass bei einem Angestellten, der zum Geschäftsführer bestellt werde, im Zweifel anzunehmen sei, dass das ursprüngliche Arbeitsverhältnis ruhe. Werde er später abberufen, so werde das Arbeitsverhältnis auf den ursprünglichen Zustand zurückgeführt¹. Wenn nichts anderes vereinbart sei, was möglich ist², so sei in diesem Fall davon auszugehen, dass der Geschäftsführer den erworbenen Bestandsschutz seines Arbeitsverhältnisses nicht aufgeben wollte, ohne dafür einen finanziellen Ausgleich zu erhalten („modifizierte Mutationstheorie“). Später hat das *Bundesarbeitsgericht* diese Rechtsprechung aufgegeben und angenommen, das Arbeitsverhältnis erlösche im Zweifel³. Dies ist konsequent, denn die GmbH wird den Dienstvertrag erkennbar nur abschließen wollen, wenn er das Arbeitsverhältnis ersetzt. Vor dem Hintergrund der Einführung des § 623 BGB wird man diese Wirkung jedoch nur dann annehmen können, wenn der Anstellungsvertrag mit dem Geschäftsführer schriftlich geschlossen wurde und sich ein ausdrücklicher oder durch Auslegung ermittelter Willen zur Beendigung des zuvor bestehenden Arbeitsverhältnisses ergibt⁴. Enthält der schriftliche Anstellungsvertrag weder eine ausdrückliche noch eine durch Auslegung zu ermittelnde Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, ruht das Arbeitsverhältnis⁵. Fehlt es an der Schriftform des Anstellungsvertrags, sei dem Geschäftsführer die Berufung auf die Formunwirksamkeit der Kündigung oder des Aufhebungsvertrags nach § 242 BGB zu versagen. Es handele sich um ein *venire contra factum proprium*, wenn der Geschäftsführer zwar alle Vorteile aus der Geschäftsfüh-

1 BAGE 49, 81; 55, 137; BAG, ZIP 1986, 1213; BAG, GmbHR 1994, 1044 und GmbHR 1997, 837; a.A. *Hohlfeld*, GmbHR 1987, 255; *Martens*, AP Anm. zu § 5 ArbGG 1979.

2 BAGE 55, 137.

3 BAG, NZA 2000, 1013 = NJW 2000, 3732, 3733; BAG, GmbHR 2006, 592, 594 mit zustimmender Anm. *Haase*, GmbHR 2006, 596 f.; BAG, GmbHR 2006, 1101, 1103 mit zustimmender Anm. *Haase*, GmbHR 2006, 1104 f.

4 LAG Stuttgart, GmbHR 2007, 707; *Henssler*, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2005, § 623 Rdnr. 25; *Müller-Glöge*, in: Erfurter Komm. z. ArbR, 7. Aufl. 2006, § 623 BGB Rdnr. 12; *Baeck/Hopfner*, DB 2000, 1914, 1915; *Kamanabrou*, DB 2002, 146, 150; *Nägele*, BB 2001, 305, 308; *Niebler/Schmiedl*, NZA-RR 2001, 281, 285; *Sasse/Schnitger*, BB 2007, 154 ff.; LAG Hannover v. 26. 6. 2006 – 5 Sa 2100/05; LAG Kiel v. 16. 3. 2003 – 4 Sa 494/05; a.A. *Dollmann*, BB 2003, 1838, 1840; *Rost*, in: FS Wissmann, 2005, S. 61, 67. A.A. auch *Fischer*, NJW 2003, 2417, 2418; *Haase*, GmbHR 2004, 279, 285 ff., die davon ausgehen, dass eine „konkludente Aufhebung“ ausscheidet. Damit unterstellen sie, dass das Schriftformerfordernis eine Auslegung des Dienstvertrags verbietet. Dies ergibt sich aber weder aus allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, noch lässt es sich aus den Gesetzgebungsmaterialien ableiten, vgl. RegE zum Arbeitsgerichtsbeschleunigungsg, BT-Drucks. 14/626, S. 11. Der Gesetzgeber hatte bei der Schaffung des § 623 BGB die isoliert abgeschlossenen, konkludenten Aufhebungsverträge vor Augen und betonte die Warn- und die Beweisfunktion. Im Ergebnis ebenso für das Formerfordernis des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB BAG, ZIP 2007, 87, 89.

5 Ebenso *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 173 a.E.; *Lenz*, in: Michalski, Rdnr. 112; *Haase*, GmbHR 2004, 279, 287; *Baeck/Hopfner*, DB 2000, 1914, 1915; *Bauer*, GmbHR 2000, 767, 770; *Fischer*, NJW 2003, 2417, 2418 ff.; für die Fortgeltung der alten Rechtsprechung dagegen OLG Düsseldorf, NZG 2004, 478, 480 f.; anders auch *Krause*, ZIP 2000, 2284, 2286, der § 623 BGB einschränkend anwenden will. Das BAG konnte die Frage bislang offen lassen, BAG, ZIP 2006, 821, 823; BAG, GmbHR 2006, 1101, 1103.

ertätigkeit in Anspruch nehmen, sich aber dennoch auf Schutzrechte aus dem Arbeitsverhältnis berufe¹. Dies überzeugt nicht, denn damit würde § 623 BGB regelmäßig ausgeschlossen. Die Berufung auf die Treuwidrigkeit einer Formvorschrift greift jedoch nur in Ausnahmefällen². Zudem will § 623 BGB sicherstellen, dass der Arbeitnehmer gerade für den Fall der mündlichen Abrede gewarnt wird und langwierige Streitigkeiten über das Vorliegen eines Aufhebungsvertrags vermieden werden³. Diese gesetzgeberische Zielsetzung erfasst aber auch eine vom Arbeitnehmer zum Geschäftsführer aufgestiegene Person. Daher ist eine Berufung auf § 623 BGB nicht per se treuwidrig, sondern es müssen besondere Umstände (z.B. Arglist) hinzutreten. Auch kommt keine teleologische Reduktion der Vorschrift in Frage⁴, denn die vom Gesetzgeber bezweckte Warn- und Dokumentationsfunktion soll jeden Arbeitnehmer, mithin auch einen solchen, der zum Geschäftsführer befördert wird, schützen. Fehlt es also an einem schriftlichen Anstellungsvertrag, aus dem sich eine Aufhebung des Arbeitsverhältnisses ergeben könnte, ruht dieses während der Dauer des Anstellungsverhältnisses⁵.

- 173 – Allein durch die Abberufung wandelt sich das Anstellungsverhältnis nicht zum Arbeitsverhältnis⁶. Ein Arbeitsverhältnis könne aber ausdrücklich oder konkludent neu begründet werden, wenn der Geschäftsführer nach der Beendigung seiner Organstellung weiterbeschäftigt werde⁷.
- 174 Zum Geschäftsführer eines Konzernunternehmens mit Anstellungsvertrag zum herrschenden Unternehmen s. Rdnr. ■165 ff.
- 175 cc) Der Ansicht des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts und der überwiegenden Ansicht in der Lehre ist, trotz der malignen Verknöcherung des Arbeitsrechts nur mit Einschränkungen, nämlich für den **Mehrheitsgeschäftsführer**, zu folgen, nicht jedoch für den Fremdgeschäftsführer und den Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer, also den abhängigen Geschäftsführer⁸. Auch nach der Gegenansicht sind eine Reihe von arbeitsrechtlichen

1 Niebler/Schmiedl, NZA-RR 2001, 281, 285 ff.; Nägele, BB 2001, 305, 308; a.A. Henssler, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2005, § 623 Rdnr. 25; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 4a. S. auch Henssen, DB 2006, 1613 ff.

2 BAG, NJW 2005, 844 f. (zu § 623 BGB).

3 RegE zum Arbeitsgerichtsbeschleunigungsg, BT-Drucks. 14/626, S. 11.

4 So aber Krause, ZIP 2000, 2284, 2286.

5 So jetzt auch LAG Bremen, NZA-RR 2006, 321, 322.

6 BAGE 24, 383; BAG, ZIP 1986, 797; BAG, ZIP 1988, 91; BAG, ZIP 1994, 1044; BAG, GmbHR 1997, 837.

7 BAG, AP Nr. 19 zu § 5 ArbGG 1953; BAG, GmbHR 1987, 266; Grunsky, ZIP 1988, 76; Krauss, Status und Kündigungsschutz von arbeitnehmerähnlichen Vorstandsmitgliedern der AG, 1989, S. 208; Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 138.

8 Wie hier mit Abweichungen im Einzelnen: Groß, Das Anstellungsverhältnis, S. 219; Wehrmeyer, Die arbeitsrechtliche Einordnung der Organe juristischer Personen, 1988; Krauss, Status und Kündigungsschutz von arbeitnehmerähnlichen Vorstandsmitgliedern der Aktiengesellschaft, 1989, S. 129 ff.; Brachert, Organmitgliedschaft und Arbeitnehmerstatus, 1991; Mohr, Der Arbeitnehmerbegriff im Arbeits- und Steuerrecht, 1994, S. 255; Nordhues, Arbeitsrechtliche Einordnung von Organmitgliedern, 1996, S. 179 ff., 243 ff.; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 11. Aufl. 2005, S. ■81 f.; Miller, ZIP 1981, 578; Köhl, DB 1996, 2597, 2600; s. auch Beuthien, in: FS 25 Jahre BAG, 1997, S. 1.

Normen teils ohne Rücksicht auf die Stellung des Geschäftsführers, teils nur für den abhängigen Geschäftsführer entsprechend anzuwenden, weil sie durch den Gedanken „der Sicherung der persönlichen und wirtschaftlichen Existenz im Rahmen einer typischerweise langfristigen und ausschließlichen Bindung oder durch besondere Vertrauenswartungen geprägt sind“¹. So soll etwa unabhängig von der Stellung des Geschäftsführers ein Anspruch auf Zeugniserteilung nach § 630 BGB² bestehen. Pfändungsschutz nach §§ 850 ff. ZPO genießen alle Geschäftsführer³. In der Diskussion mit der h.A. geht es demnach nur um die Frage, ob darüber hinaus zwischen dem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer auf der einen Seite und dem Geschäftsführer, der nicht oder nicht wesentlich an der Gesellschaft beteiligt ist (abhängiger Fremdgeschäftsführer und Arbeitnehmer-Geschäftsführer mit Vermögensbeteiligung), auf der anderen Seite zu unterscheiden ist.

Die Gegenansicht verweist darauf, dass der Geschäftsführer notwendiges Organ sei und bestimmte **gesetzliche Mindestpflichten** habe, von denen er weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch die Gesellschafter befreit werden könne⁴. Er nehme als Vertretungsorgan der Gesellschaft **Arbeitgeberfunktionen** wahr⁵. Dem ist entgegenzuhalten, dass auch leitende Angestellte Arbeitgeberfunktionen ausüben können, obgleich sie selbst Arbeitnehmer sind. Vorgetragen wird ferner, es **fehle an der Unselbständigkeit** im Sinne der Unterworfenheit unter ein arbeitsrechtliches Weisungsrecht⁶. Zutreffend ist insoweit, dass sich dem nicht entgegenhalten lässt, der Geschäftsführer sei von den Gesellschaftern weisungsabhängig. Denn die Folgepflicht ergibt sich aus der organisationsrechtlichen Stellung des Geschäftsführers innerhalb der gesellschaftsinternen Zuständigkeitsordnung. Es handelt sich aber nicht um Weisungen arbeitsrechtlicher Art.

Der Schutzzweck des Arbeitsrechts ist jedoch nicht darin begründet, dass der Arbeitnehmer weisungsabhängig ist. Geschützt werden soll er nicht gegen unzumutbare Weisungen. Entscheidend ist vielmehr, **wie man die Stellung des abhängigen Geschäftsführers bewertet**, der seine Arbeitskraft bindet, ohne zugleich wesentlich am Unternehmensergebnis beteiligt zu sein, wie man seinen sozialen Schutz sichert, und systematisch, wie man Regel und Ausnahme zueinander ins Verhältnis setzt. Weitgehend Einigkeit besteht wohl in der Beurteilung der tatsächlichen Ausgangslage. Dabei unterscheiden sich der Fremdgeschäftsführer und der Gesellschafter-Geschäftsführer, der nicht auf Grund der Höhe seiner Beteiligung oder der Ausgestaltung der Satzung einen beherrschenden Einfluss hat, vielfach nicht vom leitenden Angestellten. Befolgt er die tatsächlichen Vorgaben durch den beherrschenden Gesellschafter oder die Gesell-

1 Für die AG: Mertens, in: KölnKomm. AktG, § 84 Rdnr. 35; vgl. auch Henze, Handbuch zum GmbH-Recht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 1241.

2 BGHZ 49, 31.

3 S. bei Rdnr. ■198. Eine Zusammenstellung der einschlägigen Vorschriften findet sich bei Lieb/Eckardt, Der GmbH-Geschäftsführer in der Grauzone zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, 1987, S. 78.

4 Fleck, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 203.

5 BGHZ 36, 142; BGHZ 49, 30 f.

6 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 174.

schaftermehrheit nicht, verliert er Brot und Organstellung, sein persönliches Einkommen und seine Anstellung. Gleichwohl meint die Gegenansicht, es bedürfe, um den Sozialschutz des Geschäftsführers sicherzustellen, keines Rückgriffs auf die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts. Zum einen seien wichtige Schutzpflichten der GmbH (Anspruch auf Urlaub usw.) schon aus dem Organverhältnis abzuleiten. Zum anderen dürfe man aber auch nicht den Sozialschutz des Geschäftsführers überspannen. Eine Gleichstellung des Geschäftsführers mit einem Arbeitnehmer wäre rechtspolitisch verfehlt¹. Teilweise wird dann auch eine entsprechende Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften, von wenigen Ausnahmen abgesehen, abgelehnt².

- 178 **dd)** Die Folgen der unterschiedlichen Ansichten werden **überbewertet**. Da weitgehend Einigkeit über das Erfordernis eines begrenzten Sozialschutzes der Geschäftsführer, die nicht oder nicht nennenswert an der Gesellschaft beteiligt sind, besteht³, prüft die h.M. von Fall zu Fall, ob sich aus den Fürsorgepflichten der Gesellschaft entsprechende Rechtsfolgen ergeben⁴, oder ob die arbeitsrechtlichen Vorschriften entsprechend heranzuziehen sind (zur Kündigungsfrist s. Rdnr. ■226).
- 179 Dazu bedarf es aber jeweils besonderer Begründung, um die Analogie zu rechtfertigen⁵. Folgt man dagegen der hier vertretenen Ansicht, so ist gesondert zu begründen, wann arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen für den abhängigen Geschäftsführer nicht anzuwenden sind⁶.
- 180 Dabei ist die Stellung des Geschäftsführers zu berücksichtigen. Die Nichtanwendbarkeit von arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen kann sich zum einen unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, wie etwa aus § 14 Abs. 1 KSchG (zu den Ausnahmen s. bei Rdnr. ■228), aus § 5 Abs. 2 BetrVG, aus § 5 Abs. 1 Satz 3 und § 22 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG⁷. Die Nichtanwendbarkeit kann zum anderen auch aus der Stellung des Geschäftsführers folgen, der mit besonderen Pflichten belastet ist, der besondere Verantwortung trägt und der ständig das Vertrauen der Gesellschafter in den Erfolg seiner Unternehmensleitung neu erwerben muss. Folgt man diesen Überlegungen, so sind etwa
- § 622 Abs. 1 BGB (s. Rdnr. ■226)⁸,
 - der Anspruch auf Zeugniserteilung, § 630 BGB (dazu unten Rdnr. ■244)⁹,

1 So vor allem: *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 178; *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 197; *G. Hueck*, ZfA 1985, 25.

2 So insbesondere: *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 177 ff.

3 *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 226: „... Tendenz ... durchaus zu begrüßen ...“.

4 *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 199.

5 Zu den Maßstäben für die Analogie: *Fleck*, WM 1985, 677.

6 Der Begriff „arbeitnehmerähnliche Person“ wird teilweise allerdings so verstanden, dass das materielle Arbeitsrecht gerade nicht anwendbar ist; s. *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 55.

7 Erfasst ist auch der bei der KG angestellte Geschäftsführer der GmbH, BAGE 107, 165 = BAG, GmbHR 2003, 1208, 1210 mit Anm. *Zimmer/Rupp*, GmbHR 2006, 572 ff.

8 BGHZ 79, 291; BGHZ 91, 217, 220; BGHZ 112, 103, 105 mit Anm. *Priester*, EWiR 1990, 1209.

9 BGHZ 49, 31.

- der Mutterschutz¹, insbesondere des Kündigungsschutzes nach § 9 MuSchG²,
 - die §§ 850 ff. ZPO³,
 - die §§ 183 ff. SGB III (Insolvenzgeld, dazu unten Rdnr. ■256),
 - § 42 Abs. 3 GKG⁴,
 - die Vorschriften des BetrAVG (für abhängige, dazu unten Rdnr. ■203 ff.),
- für den Geschäftsführer anzuwenden.

Fremdgeschäftsführer und Gesellschafter-Geschäftsführer mit geringer Beteili- 181
gung können sich gegenüber der Gesellschaft hinsichtlich der Höhe des Gehalts
und einer Erfolgsbeteiligung auf den **arbeitsrechtlichen Grundsatz der Gleich-
behandlung** berufen⁵. Dagegen kann der Anspruch auf Altersversorgung nur
durch besondere vertragliche Zusage begründet werden. Der Geschäftsführer
kann sich also nicht auf eine Ruhegeldordnung, eine betriebliche Übung oder
den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz berufen⁶.

Mit der h.M. **nicht anzuwenden** sind aber insbesondere 182

- die Entgeltfortzahlung nach §§ 2, 3 EFZG⁷, denn es findet § 616 BGB Anwen-
dung,
- das Bundesurlaubsgesetz (s. Rdnr. ■168),
- Elternzeit nach den §§ 15 ff. BEEG⁸,
- ein Tarifvertrag, da der Geschäftsführer die Rolle des Arbeitgebers wahr-
nimmt (es kann aber auf einen Tarifvertrag verwiesen werden)⁹,
- die Regeln über den Übergang von Arbeitsverhältnissen beim Betriebsüber-
gang, § 613a BGB¹⁰,

1 BAG, NJW 1999, 3731 ff.; *Henssler*, RdA 1992, 289, 296; *Wank*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 587, 594; *Oberrath*, MDR 1999, 134, 138 f.; *Hümmerich*, NJW 1995, 1177, 1181; a.A. *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 178; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 144.

2 BAG, NJW 1999, 3731 ff.; a.A. *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 146.

3 BGH, GmbHR 1978, 38.

4 BGH, WM 1981, 567 zu § 17 Abs. 3 GKG a.F.; anders noch BGH, WM 1978, 1106.

5 BGH, GmbHR 1990, 389 = ZIP 1990, 859 mit Anm. *Schaub*, EWiR 1990, 789; *Henze*, Handbuch zum GmbH-Recht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 1243; *Wank*, in: FS Wiedemann, 2002, S. ■587; a.A. *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 178.

6 BGH, ZIP 1994, 206, 207 mit Anm. *Heubeck/Oster*, EWiR 1994, 327; s. auch BGH, WM 1978, 1402, 1403; a.A. *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 218 (im Vergleich zu leitenden Angestellten); *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 36.

7 *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 177; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 144; a.A. *Wimmer*, DStR 1997, 247, 249; *Wank*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 587, 609 f. (für Fremdgeschäftsführer).

8 *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 144.

9 BAG, ZIP 1998, 605 ff.; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 178; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 144.

10 BAG, NZA 2003, 552; OLG Hamm, GmbHR 1991, 466, 467; LAG Hamm, ZInsO 2001, 282, 284; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 178; *Henssler*, RdA 1992, 289, 296; *Preis*, in: Erfurter Komm. z. ArbR, 7. Aufl. 2006, § 613a BGB Rdnr. 67; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 144; *Wank*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 587, 608; zu Recht differenzierend *Müller-Glöge*, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2005, § 613a Rdnr. 82,

- die §§ 74 ff. HGB zum Wettbewerbsverbot¹,
- die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes²,
- die Vorschriften des ArbeitnehmererfindungsG (s. Rdnr. ■195)³,
- der Kündigungsschutz nach §§ 85 ff. SGB IX (s. Rdnr. ■230).
- Aufgrund des Schutzzweckes des SGB IX wird der schwerbehinderte Geschäftsführer einer GmbH, der zugleich Mehrheitsgesellschafter ist, nicht auf die Zahl der Pflichtplätze für Schwerbehinderte nach § 73 SGB IX angerechnet⁴.
- Das schwerbehinderte Organmitglied ist auch kein Arbeitgeber i.S.d. § 75 Abs. 3 SGB IX⁵.

b) Der Anstellungsvertrag im Konzern und bei der GmbH & Co. KG

- 183 Ausnahmsweise soll auch nach h.M. die Übernahme der Geschäftsführerstellung unselbständiger Bestandteil eines Arbeitsvertrages sein können, wenn etwa ein Angestellter des herrschenden Unternehmens im Konzern die Leitung eines abhängigen Konzernunternehmens übernimmt und das Anstellungsverhältnis mit dem herrschenden Unternehmen fortbesteht⁶. Entsprechendes soll für den Anstellungsvertrag des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH mit der Kommanditgesellschaft gelten⁷. Zwar hat das BAG seine bisherige Rechtsprechung, wonach der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer KG

der Fremdgeschäftsführer ausnimmt; grundlegend anders *Annuß*, ZInsO 2001, 344, 347, der meint, dass schon der Tatbestand des § 613a BGB nicht erfüllt sei, weil der Aufgabenkreis des Geschäftsführers bei der veräußerten GmbH verbleibe.

- 1 BGHZ 49, 30; 91, 1; BGH, ZIP 1992, 543; BGH, NJW 2002, 1875, 1876; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 74 Rdnr. 3.
- 2 *Neumann*, Arbeitszeitgesetz, 14. Aufl. 2004, § 2 Rdnr. 21 f. (es gilt allgemeiner Arbeitnehmerbegriff); *Anzinger/Koberski*, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, 2. Aufl. 2005, § 2 Rdnr. 71; *Schliemann/Förster/Meyer*, Arbeitszeitrecht, 1997, Rdnr. 133 (allerdings mit der Begründung, der Geschäftsführer könne wegen Weisungsfreiheit kein Arbeitnehmer sein).
- 3 BGH, GRUR 1965, 302, 304; BGH, GmbHR 1990, 160, 161; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 64, 178.
- 4 BSG, GmbHR 1993, 357; BVerwG, NJW-RR 1994, 1252; weitergehend *Neumann*, in: *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen*, Sozialgesetzbuch IX, 11. Aufl. 2005, § 73 Rdnr. 46 f. – keine Anrechnung auch der Fremdgeschäftsführer.
- 5 BSG, GmbHR 1993, 357; BVerwG, NJW-RR 1994, 1252; *Neumann*, in: *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen*, Sozialgesetzbuch IX, 11. Aufl. 2005, § 75 Rdnr. 15.
- 6 BAG, AP Nr. 2 zu § 611 BGB (gemischter Vertrag) = DB 1972, 2358; BAG, GmbHR 1996, 547; OLG Frankfurt, GmbHR 1997, 1106 (gerichtliche Zuständigkeit); *G. Hueck*, ZfA 1985, 25, 36; *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag, 1987, S. 61 f.; *Wiesner*, in: MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 21 Rdnr. 2; *Bauer*, BB 1994, 857; *Reinecke*, ZIP 1997, 1525, 1529; s. auch *Martens*, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 437, 441: arbeitnehmerähnlich; im Ergebnis wohl auch *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 165, 175 a.E.; a.A. *Hommelhoff/Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, Anh. § 6 Rdnr. 75; *Fleck*, ZHR 149 (1985), 387. Einzelfragen behandelt *Schäfer*, NZA, Beil. 1/1988, S. 31, 34.
- 7 BAGE 24, 383 = AP Nr. 4 zu § 626 BGB (Ausschlussfrist); BAG, GmbHR 1993, 35, 36; BAG, WM 1983, 797; a.A. OLG Celle, GmbHR 1980, 32, 35; *Bauer*, GmbHR 1981, 109; *Fleck*, ZHR 149 (1985), 387, 400.

Arbeitnehmer der KG sein könne, aufgegeben. Jedoch bezieht sich die Entscheidung auf § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG. Die dort enthaltene Fiktion gilt unabhängig davon, ob das der Organstellung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis materiell-rechtlich ein freies Dienstverhältnis oder ein Arbeitsverhältnis ist¹. Aus der Rechtswegzuständigkeit allein lässt sich daher für die hier zu beurteilende Frage des materiellen Rechts nichts ableiten².

Die h.M. nimmt jedoch nur dann einen einheitlich gemischten Vertrag an, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: ein gleichzeitiger Vertragsabschluss, ein einheitlicher Inhalt der verschiedenen Vereinbarungen, eine gleiche rechtliche Behandlung und ihre gegenseitige Abhängigkeit voneinander³. Entscheidend ist dann das wirtschaftliche Schwergewicht des Vertragswerks⁴.

Damit ergeben sich die folgenden Fallgestaltungen⁵:

- Ein Mitarbeiter des herrschenden Unternehmens wird zum Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft bestellt. Er bleibt jedoch **auch für das herrschende Unternehmen in nicht unwesentlichem Umfang tätig**. Hat er nur mit dem herrschenden Unternehmen einen Vertrag, so ist die Übernahme der Geschäftsführertätigkeit bei der Tochtergesellschaft ein unselbständiger Teil seines Arbeitsvertrages⁶. Das kann freilich nur gelten, wenn der Geschäftsführer nicht Mehrheitsgesellschafter des herrschenden Unternehmens ist⁷. 184
- Ein Angestellter, der bisher beim herrschenden Unternehmen tätig war, wird zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft bestellt. **Er ist nur bei der Tochtergesellschaft tätig**. Die Bestellung zum Geschäftsführer führt nicht zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mit der Obergesellschaft⁸. Nur im Verhältnis zur Tochter-GmbH gilt der Geschäftsführer nicht als Arbeitnehmer⁹. Der Geschäftsführer kann auch mit der Tochter-GmbH einen Anstellungsvertrag schließen. In diesem Fall ruht das Arbeitsverhältnis mit der Muttergesellschaft. Wird der Geschäftsführer abberufen, so wird das Arbeitsverhältnis auf den ursprünglichen Zustand zurückgeführt¹⁰. Das gilt jedoch nicht, wenn der künftige Geschäftsführer zunächst in einem Arbeitsverhältnis seine Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft zeigen soll; denn bei einer solchen Vorgehensweise ist im Zweifel anzunehmen, dass bei Abschluss des Anstel- 186

1 BAG, NJW 2003, 3290, 3291.

2 Anders aber *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 175 Fn. 408.

3 BAG, DB 1972, 2358; vgl. aber auch BAGE 24, 383.

4 BAG, DB 1969, 1108; zum Anstellungsvertrag im Konzern s. auch *Weinmann*, ZGR 1984, 460; s. ferner BAG, GmbHR 1987, 265.

5 Einzelheiten bei: *Uwe H. Schneider*, GmbHR 1993, 10; *Fiebig*, DB 1993, 582; *Knott/Schröter*, GmbHR 1996, 238.

6 OLG Frankfurt, GmbHR 1997, 1106 f.

7 S. dazu BAG, GmbHR, 1998, 929.

8 BAG, GmbHR 1984, 70 ff.; BAG, GmbHR 1996, 289; anders bei GmbH & Co. KG, deren Arbeitnehmer zum Geschäftsführer der Komplementär-GmbH bestellt wird: BAG, GmbHR 1993, 35. Kritisch *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 165.

9 BAG, GmbHR 1994, 547.

10 BAGE 49, 81; 55, 137; krit. *Bauer*, BB 1994, 857; a.A. *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 169.

lungsvertrags das ursprüngliche Arbeitsverhältnis beendet sein soll (s. auch Rdnr. ■159e)¹.

- 187 – Problematisch ist der dritte Fall. Der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft ist zugleich auch für das herrschende Unternehmen tätig, und er hat **mit beiden Gesellschaften Verträge**. Hier ist zu fragen, ob beide Verträge eine Einheit bilden oder ob sie sich trennen lassen. Bestimmte Umstände sprechen dabei für einen einheitlich gemischten Vertrag. Solche Umstände sind der gleichzeitige Vertragsabschluss, ein einheitlicher Inhalt der verschiedenen Vereinbarungen und die gegenseitige Abhängigkeit der Vereinbarungen voneinander. Entscheidend ist dann das wirtschaftliche Schwergewicht dieses einheitlichen gemischten Vertrages. Liegt der Schwerpunkt in der Tätigkeit als Geschäftsführer, so ist der Vertrag, wenn man der herrschenden Ansicht folgt, ein Dienstvertrag des selbständig Tätigen. Liegt der Schwerpunkt in der nachgeordneten Tätigkeit beim herrschenden Unternehmen, so handelt es sich um einen Arbeitsvertrag. Sprechen die Gesamtumstände gegen einen einheitlich gemischten Vertrag, so sind die einzelnen Verträge getrennt rechtlich zu beurteilen. Der eine Vertrag etwa kann gekündigt werden, während der andere Vertrag fortbesteht; für den einen Vertrag mag Kündigungsschutz bestehen und für den anderen nicht.
- 188 Auch bei bestehender Konzernlage ergeben sich die Rechte und Pflichten aus dem Anstellungsvertrag nur im Verhältnis zum Vertragspartner. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit den Geschäftsführern der anderen Konzernunternehmen besteht nicht². Ein solcher Anspruch wäre im Blick auf die ganz unterschiedliche Größe und Bedeutung der einzelnen Konzernunternehmen gewiss nicht gerechtfertigt. Geboten ist aber eine Anpassung des Anstellungsvertrags an die Konzernlage (Wettbewerbsverbot; konzerninterne Versetzung; Beachtung der Konzern-Führungsgrundsätze; Anrechnung von Dienstzeiten bei anderen Konzernunternehmen für Höhe des Ruhegehalts etc.).

XII. Abschluss und Änderung des Anstellungsvertrages

1. Die Gesellschaft als Vertragspartner

- 189 Vertragspartner des Anstellungsvertrages ist in der Regel die Gesellschaft. Der Vertrag kommt jedoch nicht automatisch mit der Bestellung zustande³. Es bedarf zumindest einer besonderen Vereinbarung über den wesentlichen Teil des Vertrages, nämlich die Vergütung des Geschäftsführers. Der Vertrag kann aufschiebend bedingt, nämlich abhängig von der Bestellung, und befristet, nämlich bis zur Beendigung der Organstellung, abgeschlossen werden. Zur Sicherung der Interessen des Geschäftsführers ist auch der Abschluss eines Vorvertrages möglich. Rechtliche Beziehungen zu den Gesellschaftern oder zu den Gläubigern der Gesellschaft werden durch den Anstellungsvertrag nicht begründet, sofern dies

¹ BAG, GmbHR 1994, 243; zustimmend ■Stein, in: Hachenburg, Rdnr. 190.

² BGH, GmbHR 1990, 389; im Ergebnis auch Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 178, die die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes generell ablehnen.

³ Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 166.

nicht ausdrücklich vereinbart ist. Insbesondere wird den Geschäftsführern keine Pflicht gegenüber den Gesellschaftern oder den Gläubigern zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung auferlegt. Ausnahmsweise sollen den Geschäftsführern jedoch Schutzpflichten zugunsten der Gesellschafter auferlegt sein (s. dazu bei § 43).

2. Anstellungsvertrag mit Dritten

Schuldrechtliche Verträge von Aufsichtsratsmitgliedern mit Dritten, in denen sich das Aufsichtsratsmitglied den Weisungen des Dritten unterstellt, hält die wohl h.M. für unzulässig. Hierdurch werde die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds unterlaufen¹. Mit entsprechenden Überlegungen werden auch gegen einen Abschluss des Anstellungsvertrages des Geschäftsführers mit einem Dritten teilweise Bedenken erhoben². Zwar seien die Organstellung und das Anstellungsverhältnis zu unterscheiden. Es handle sich dabei aber nur um zwei verschiedene Seiten des Geschäftsführerteams.

Durch eine Verpflichtung gegenüber einem Dritten werden jedoch die organ-schaftlichen Pflichten nicht berührt (s. § 37 Rdnr. ■56b). Weisungen durch den Dritten aus dem Anstellungsvertrag können zwar bei dem Geschäftsführer zu einer Pflichtenkollision führen. Das ist jedoch keine Besonderheit, sondern aus anderem Zusammenhang bekannt³. Vertragspartner des Geschäftsführers kann daher auch ein Dritter und zwar sowohl ein Gesellschafter als auch ein Nicht-gesellschafter sein⁴.

Typische Beispiele hierfür sind der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers eines Konzernunternehmens mit der Obergesellschaft⁵ und der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH mit der KG (s. Rdnr. ■165 ff.)⁶.

1 *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, § 25 Anm. 78; *Ulmer/Habersack/Henssler*, MitbestG, § 25 Rdnr. 79; *Raiser*, MitbestG, § 25 Rdnr. 122; *Raiser*, ZGR 1978, 399; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl. 2002, Rdnr. 411; a.A. *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG, § 25 Anm. 100; *Uwe H. Schneider*, ZGR 1977, 335, 339.

2 Unzulässig: *Winter*, GmbHR 1965, 196; *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, S. 197; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, Rdnr. 165: bedarf der Grundlage in der Satzung oder der Zustimmung des zuständigen Organs.

3 Zu den Bankenvertretern im Aufsichtsrat: *Lutter*, ZHR 145 (1981), 224 und *Werner*, ZHR 145 (1981), 252.

4 H.Rspr.: BGH, WM 1964, 1320 = GmbHR 1965, 194 mit Anm. *Winter*; BAG, NJW 2003, 3290; OLG München, ZIP 2003, 1367; *Feine*, S. 480; *Koppensteiner*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Rdnr. 79; *Nägele*, BB 2001, 305, 308 f.; *Herschel*, in: *GS Rudolf Schmidt*, 1966, S. 335; *Fleck*, ZHR 149 (1985), 387; *G. Hueck*, ZfA 1985, 36 f.; *Uwe H. Schneider*, GmbHR 1993, 10; *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag, 1987, S. 89: aber Unterlassungsklage der Gesellschafter bei dienstvertraglichen Weisungen.

5 BGH, WM 1964, 1320; BAG, AP Nr. 2 zu § 611 BGB (gemischter Vertrag) = DB 1972, 2358; OLG Celle, GmbHR 1980, 32; *Martens*, in: *FS Hilger/Stumpf*, 1983, S. 466; *G. Hueck*, ZfA 1985, 36.

6 BGH, LM § 109 HGB Nr. 7; BAGE 24, 383 = AP Nr. 4 zu § 626 BGB (Ausschlussfrist); BAG, WM 1983, 797; BGH, ZIP 1995, 377 = GmbHR 1995, 306 = EWiR § 35 GmbHG 1/95, 479 (*Kort*); BAG, NJW 2003, 3290; s. auch *Reiserer*, BB 1996, 2461.

- 193 Die Anstellung durch den Dritten braucht auch nicht im Gesellschaftsvertrag oder durch das zuständige Gesellschaftsorgan gebilligt zu sein¹. Fehlendes „Einverständnis“ der GmbH führt nicht zur schwebenden Unwirksamkeit².

3. Vertretung bei Abschluss, Änderung und Kündigung

- 194 Zur **Bestellung** und in Anknüpfung hieran auch zur Anstellung, also zur Entscheidung über den Abschluss des Anstellungsvertrags, sind die Gesellschafter berufen, § 46 Nr. 5³. Sie vertreten auch wegen des engen Sachzusammenhangs die Gesellschaft (Annexkompetenz)⁴ bzw. die Vor-GmbH⁵. Die Mitgeschäftsführer sind zum Abschluss weder zuständig noch vertretungsbefugt. Entsprechendes gilt in Anknüpfung an die Zuständigkeit der Gesellschafter zur Abberufung für die Änderung, Aufhebung und Kündigung. Zuständig sind die Gesellschafter⁶. Die früher abweichende höchstrichterliche Rechtsprechung ist mit Recht aufgegeben. Hiernach waren die Mitgeschäftsführer für die Änderung des Anstellungsvertrags und dessen Aufhebung zuständig und vertretungsbefugt. Die Gesellschafter sollten nur in Ausnahmefällen, wenn ein weiterer Geschäftsführer fehlte⁷ oder wenn die Satzung die Zuständigkeit dem Aufsichtsrat zugewiesen hatte, dieser aber funktionsunfähig war⁸, entscheiden und die Gesellschaft vertreten.
- 195 Die Gesellschafter entscheiden über den Anstellungsvertrag sowie seine Änderung, Kündigung und „eilvernehmliche“ Aufhebung mit Mehrheit. Entsprechend gilt für die Aktivvertretung der **Grundsatz der Mehrheitsvertretung**. Vertreten wird die Gesellschaft nicht durch alle Gesellschafter, sondern nur durch die Gesellschafter, die für ein entsprechendes rechtsgeschäftliches Handeln stimmten⁹.

1 Jetzt auch *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 170; a.A. *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 165; *Stein*, in: Hachenburg, Rdnr. 175; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 9; *Winter*, GmbHR 1965, 196; *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, S. 197; *Fleck*, ZHR 149 (1985), 388: Einverständnis der GmbH erforderlich.

2 A.A. *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 9; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 79.

3 BGH, LM § 46 GmbHG Nr. 3: „Einheit“; *Goette*, DStR 1998, 1137.

4 BGH, GmbHR 2000, 876, 877; BGH, NJW 1990, 387 f.; BGH, NJW 1991, 1680. Zu den Grenzen vollmachtloser Vertretung: *Stein*, AG 1999, 28, 42.

5 *Fleck*, WM 1985, 677; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 171; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 6.

6 BGH, GmbHR 1991, 363; BGH, GmbHR 1995, 373; BGH, DStR 1995, 1360 mit Anm. *Goette*; BGH, DStR 1997, 1053 mit Anm. *Goette*; BGH, DStR 1997, 2036 mit Anm. *Goette*; BGH, DStR 1998, 459; BGH, GmbHR 2000, 876, 877; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 167; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 6, § 46 Rdnr. 13; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 17 ff., § 38 Rdnr. 43, 49; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, § 6 Rdnr. 43; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 171; *Baums*, ZGR 1993, 141, 151; *Gach/Pfüller*, GmbHR 1998, 64; *Goette*, DStR 1998, 1139.

7 BGHZ 18, 211; BGH, WM 1970, 249.

8 BGHZ 12, 337; BGH, WM 1970, 251.

9 OLG Frankfurt, WM 1981, 1210; *Mertens*, AG 1981, 217; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 22; a.A. *Gach/Pfüller*, GmbHR 1998, 64, 66.

Die Gesellschafter können stattdessen auch einen „besonderen Vertreter“ zur Vertretung gegenüber dem Geschäftsführer bestellen¹, der auch ein Nichtgesellschafter sein kann. Sie können die Entscheidung auch auf ein anderes Organ delegieren (s. Rdnr. ■174). 196

■Hinweis von Uwe H. Schneider beachten■ Klärungsbedürftig ist die Frage, ob alle Gesellschafter, jeder einzelne Gesellschafter und/oder ein Mitgeschäftsführer zur Entgegennahme von Willenserklärungen, also **passiv vertretungsbefugt** sind, wenn ein Geschäftsführer erklärt, dass er sein Amt niederlegt, oder wenn er eine Erklärung abgibt, die das Anstellungsverhältnis betrifft, z.B. den Anstellungsvertrag kündigt. Bei der Lösung sind drei Aspekte zu trennen: (1) Für die Empfangszuständigkeit des Mitgeschäftsführers spricht, dass – auch wenn die Gesellschafter für den Abschluss des Anstellungsvertrags zuständig sind – Partei des Anstellungsvertrags die Gesellschaft ist. Daher ist ihr gegenüber der Rücktritt bzw. die Kündigung zu erklären, so dass die Regelung über die Passivvertretung gegenüber der Gesellschaft Anwendung findet (§ 35 Abs. 2 Satz 2). Dass der Geschäftsführer keine Entscheidungskompetenz über die dann notwendige Neuanstellung hat, ist kein überzeugender Einwand². Denn die Passivvertretung bei der Entgegennahme von Willenserklärungen und die Entscheidung über die Neubesetzung der Geschäftsführerstellung sind zwei unabhängige Fragen, für die die Kompetenzen jeweils einzeln zu bestimmen sind. Daher muss die Erklärung gegenüber einem Mitgeschäftsführer ausreichen (s. Rdnr. ■224)³, auch wenn Kollektivvertretung besteht⁴. (2) Da die Regelung des § 35 Abs. 2 Satz 2 gerade dazu dient, außenstehenden Dritte einen erleichterten Zugang ihrer Willenserklärungen an die juristische Person zu ermöglichen, muss die Willenserklärung erst recht als zugegangen angesehen werden, wenn sie die Ebene des Vertretenen, also die der Gesellschafter, erreicht, die für die Bestellung und Anstellung intern zuständig sind. Dass eine Kündigung auch gegenüber den Gesellschaftern möglich sein muss, zeigt gerade der Fall, dass der einzige Geschäftsführer seinen Rücktritt/seine Kündigung erklärt. Wird der Rücktritt/die Kündigung also gegenüber dem Organ erklärt, dass auch für die Bestellung und Anstellung zuständig ist, also gegenüber den Gesellschaftern bzw. dem Aufsichtsrat, wenn ein solcher bestellt ist (§ 52 Abs. 1 GmbHG, § 112 AktG), ist sie ebenfalls zugegangen (s. Rdnr. ■224)⁵. (3) Zu Recht verweist der BGH darauf, dass bei dem Zugang an Gesamtvertreter oder ein Kollegialorgan der Zugang zu einem Vertreter bzw. Organmitglied ausreichend sein muss. Es sei ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz, dass im Rahmen der Gesamtvertretung eine Willenserklärung mit Wirksamkeit gegenüber einem Gesamtvertreter abgegeben werden könne, wie die Regelungen der § 170 Abs. 3 197

1 OLG Frankfurt, ZIP 1997, 451; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 171; s. auch § 30 BGB sowie bei § 46.

2 So aber *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, Rdnr. 16.

3 BGH, GmbHR 1961, 48 = NJW 1961, 507; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 52; *Heyder*, in: Michalski, § 6 Rdnr. 201.

4 § 35 Abs. 2 Satz 2, vgl. OLG Hamm, NJW 1960, 872; *Flume*, Die juristische Person, 1983, S. 347; abw. *Plander*, ZHR 133 (1970), 327, 357 ff.

5 Ebenso *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 52; *Heyder*, in: Michalski, § 6 Rdnr. 201.

ZPO, § 28 Abs. 2 BGB, § 35 Abs. 2 Satz 3 GmbHG, § 78 Abs. 2 Satz 2 AktG, § 25 Abs. 1 Satz 3 GenG und § 125 Abs. 2 Satz 3 HGB zeigten. Daher reicht die Erklärung gegenüber einem der Gesellschafter¹ bzw. einem Aufsichtsratsmitglied² aus.

- 198 Wird der Anstellungsvertrag des **Geschäftsführers der Tochtergesellschaft** mit dem herrschenden Unternehmen abgeschlossen, so ist deren Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan für die Entgegennahme der Kündigung/des Rücktritts des Geschäftsführers zuständig, also im Falle einer GmbH deren Geschäftsführer (§ 35 Abs. 2 Satz 3). Das gilt auch, wenn der Anstellungsvertrag zwar mit der Tochtergesellschaft abgeschlossen, die Muttergesellschaft aber alleinige Gesellschafterin ist. In diesem Fall nimmt der Geschäftsführer der Mutter die Erklärung als Vertreter für die Mutter in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin der Tochter entgegen.

4. Vorwirkende und nachwirkende Zuständigkeit und Vertretung

- 199 Die Gesellschafter sind auch zuständig und vertreten die Gesellschaft, wenn der Anstellungsvertrag schon vor der Bestellung abgeschlossen („vorwirkende Zuständigkeit“) oder nach der Abberufung oder Amtsniederlegung geändert, gekündigt oder aufgehoben wird („nachwirkende Zuständigkeit“). Ein enger zeitlicher Zusammenhang mit der Bestellung, Abberufung oder Amtsniederlegung muss nicht bestehen. Die Rechtsprechung verlangt aber einen sachlichen Zusammenhang („Zuständigkeitskontinuität“)³. Was man unter einem „sachlichen Zusammenhang“ zu verstehen hat, ist nicht geklärt. Daran soll es fehlen, wenn es um den Abschluss eines nicht mit der Organstellung zusammenhängenden Dienstverhältnisses geht⁴. Nicht der „sachliche Zusammenhang“ mit der Anstellung, sondern der Zusammenhang mit der bisherigen Organstellung ist indessen maßgebend für die Zuständigkeitsverlagerung; denn diese erfolgt bei der Anstellung nicht nur wegen der Verknüpfung mit der Bestellung, sondern auch wegen der Zweifel, ob die Mitgeschäftsführer die Interessen der Gesellschaft angemessen wahrnehmen. Alle Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit Geschäftsführern sind, soweit es sich nicht um Umsatzgeschäfte handelt, der Gesellschafterversammlung zugewiesen. Die „Zuständigkeitskontinuität“ bezieht sich entsprechend auf alle Rechtsgeschäfte ausgeschiedener Geschäftsführer, soweit es sich nicht um Umsatzgeschäfte handelt (zur Abgrenzung s. Rdnr. 30 ff.). Beispiele sind der Verkauf des Hauses an den ausgeschiedenen Geschäftsführer, das dieser während seiner Amtszeit von der Gesellschaft gemietet hatte.

1 BGH, GmbHR 2002, 26, 27; a.A. Heyder, in: Michalski, § 6 Rdnr. 201.

2 Hüffer, AktG, § 112 Rdnr. 4; Heyder, in: Michalski, § 6 Rdnr. 201 (gegenüber Aufsichtsratsvorsitzendem oder Beiratsvorsitzendem).

3 BGH, NJW 1995, 1750 = GmbHR 1995, 373 = ZIP 1995, 643; anders die frühere Rechtsprechung; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, § 46 Rdnr. 38; ■ Hüffer, in: Hachenburg, § 46 Rdnr. 49.

4 BGH, WM 1984, 532; BGH, NJW 1995, 1751; OLG Köln, GmbHR 1993, 1388: sachlicher Zusammenhang fehlt, wenn Geschäftsführer abberufen und Tätigkeit als Angestellter fortsetzt.

5. Abweichende Regelung in der Satzung

Die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung ist nicht zwingend. Die Satzung kann vielmehr die Zuständigkeit zum Abschluss, zur Änderung und Kündigung des Anstellungsvertrags auf ein anderes Gremium übertragen¹. Wird ein fakultativer Aufsichtsrat eingerichtet, ist dieser nach § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 112 AktG für die Anstellung zuständig, sofern die Satzung nichts Abweichendes regelt². Auch kann etwa die Höhe der Vergütung von der Zustimmung eines einzelnen Gesellschafters abhängig gemacht werden.

6. Zuständigkeit bei der mitbestimmten GmbH

a) Liegt die GmbH im Anwendungsbereich des **MontanMitbestG**, so liegt die Zuständigkeit sowohl für die Bestellung als auch für den Abschluss des Anstellungsvertrages und für dessen Änderung beim **Aufsichtsrat**³.

b) Ist ein Aufsichtsrat nach dem **DrittelbG** einzurichten, so bleiben die **Gesellschafter** nicht nur für die Bestellung, sondern auch für den Abschluss des Anstellungsvertrages zuständig⁴. Dem Aufsichtsrat fehlt die Entscheidungsbefugnis, den Inhalt des Anstellungsvertrages zu bestimmen. Er ist als obligatorisches Kontroll- und Informationsorgan ausgebildet. Der fehlenden Entscheidungsbefugnis entspricht die fehlende Vertretungsmacht.

■ Hier Hinweis von Uwe H. Schneider beachten ■ c) Ist die GmbH im Anwendungsbereich des **MitbestG 1976**, so ist nach h.M. in Rechtsprechung und Lehre für den Abschluss des Anstellungsvertrages zwingend der **Aufsichtsrat** zuständig⁵. Nach a.A. soll zwar der Aufsichtsrat zuständig sein; doch könne durch die Satzung oder durch Gesellschafterbeschluss die Zuständigkeit auf ein anderes Organ übertragen werden⁶. Für die zwingende Zuständigkeit des Aufsichtsrats spreche entscheidend der enge sachliche Zusammenhang zwischen Bestellung und Anstellung. Tatsächlich und rechtlich könnten sie erhebliche Auswirkun-

1 BGH, GmbHR 1999, 1140, 1141; BGH, BB 2000, 1751, 1752; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 6 und 8; Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 17; Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 171.

2 BGH, GmbHR 1999, 1140 ff. mit Anm. Goette, DStR 1999, 1745 f.; Tillmann/Mohr, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 446.

3 Boldt, MitbestG, § 12 Anm. 4a, b und 5; Kötter, MitbestG, § 12 Anm. 3 und 4; Spieker, Der Aufsichtsrat der mitbestimmten Montan-GmbH, 1960, S. 91.

4 Eb. W. Schmidt, NJW 1952, 1355; Bergmann, NJW 1953, 82; Loos, DB 1974, 823; Ballerstedt, GmbHR 1952, 179 – Doppelzuständigkeit (zu § 77 BetrVG 1952) sowie Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 167, § 52 Rdnr. 229 (zum DrittelbG).

5 BGHZ 89, 48 = GmbHR 1984, 151 f.; BGH, NJW 1991, 1727, 1728; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 167, § 52 Rdnr. 275; Fitting/Wlotzke/Wißmann, MitbestG, § 31 Anm. 35; Fleck, WM 1985, 677; ■ Mertens, in: Hachenburg, Rdnr. 27; Konzen, GmbHR 1983, 93; Krieger, Personalentscheidungen im Aufsichtsrat, 1981, S. 280; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 6; Overlack, ZHR 141 (1977), 133; Raiser, MitbestG, § 31 Rdnr. 24; Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 18; Ulmer/Habersack/Henssler, § 31 MitbestG Rdnr. 5; Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 172; Zöllner, ZGR 1977, 321.

6 Hoffmann/Neumann, GmbHR 1976, 185.

gen aufeinander haben. Wer als Organmitglied vorgesehen sei, werde in aller Regel dieses Amt nicht ohne Einigung über die Anstellungsbedingungen übernehmen. Der Zweck des § 31 MitbestG, wonach der Aufsichtsrat für die Bestellung der Geschäftsführer zuständig sei, verbiete es, die Zuständigkeit auf die Bestellung zu beschränken und nicht auch auf die Anstellung zu erstrecken¹.

- 204 Gegen diese Ansichten wird eingewandt, die Bestellung und die Organmitgliedschaft auf der einen Seite und das Anstellungsverhältnis auf der anderen Seite könnten ein ganz unterschiedliches Schicksal haben. Der Anstellungsvertrag könne sogar durch einen Dritten abgeschlossen werden. An einem Anstellungsvertrag mit der Konzernobergesellschaft könne der Geschäftsführer eines beherrschten mitbestimmten Unternehmens auch ein besonderes Interesse haben². Fehle aber eine Vorschrift, die die Zuständigkeit zur Anstellung verlagert, bleibe es bei der gesetzlichen Zuständigkeit der Gesellschafter³. Die Gesellschafter könnten daher die Anstellungsbedingungen auch in der Satzung festlegen⁴, zumindest können sie in der Satzung in allgemeiner Form die Rahmenbedingungen festlegen (z.B. Höchstgehalt).
- 205 Das MitbestG 1976 regelt die Frage der Bestellung und des Widerrufs der Geschäftsführer zwingend (§ 31 Abs. 1, 5 MitbestG). Wenn es zutreffend ist, dass die Kompetenz zum Abschluss des Anstellungsvertrags eine Annexkompetenz zur Bestellungskompetenz ist, muss folglich auch der Aufsichtsrat für den Abschluss, die Änderung und die Kündigung des Anstellungsvertrags zuständig sein. Hierfür spricht auch der Umstand, dass § 52 bei Vorhandensein eines Aufsichtsrats bei der GmbH auf § 112 AktG verweist.
- 206 Allerdings stellt sich die Frage, ob diese Zuständigkeit zwingend ist. An sich lässt das MitbestG den gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsspielraum unangestastet. Das von der Bundesregierung mit dem Gesetzentwurf verfolgte Ziel bestand nämlich allein in der Einführung der Mitbestimmung. Eine grundlegende Reform des Gesellschafts- oder Unternehmensrechts wollte man dagegen nicht durchführen⁵. Deshalb fanden sich in dem Gesetzentwurf auch keine Regelungen, mit denen herkömmliche gesellschaftsrechtliche Strukturen geändert oder aufgehoben werden sollten. An dieser Selbstbeschränkung hat die Regierung trotz der Einwände des Bundesrats⁶ und der sonstigen Kritik⁷ festgehalten⁸. Auch der zuständige Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung (11. Ausschuss)⁹ hielt diese Beschränkung für sinnvoll. Sie wurde deshalb unverändert

1 BGHZ 89, 48 ff.

2 Gegen Zulässigkeit aber: *Fleck*, ZHR 149 (1985), 389.

3 *W. Werner*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 822; *Rittner*, DB 1979, 973; OLG Hamburg, GmbHR 1983, 98, 99 ff.; *Uwe H. Schneider*, Vorauf. (9. Aufl.) Rdnr. 177.

4 Vgl. etwa BGHZ 18, 205, 207.

5 RegE, BT-Drucks. 7/2172, S. 1, 17, 20, 28, 33.

6 Vgl. BT-Drucks. 7/2172, S. 31.

7 *Hölters*, BB 1975, 797, 799 f.; *Martens*, ZHR 138 (1974), 179, 217 ff. sowie die Nachweise bei *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, Vorb. Rdnr. 72.

8 BT-Drucks. 7/2172, S. 32 f.

9 Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (11. Ausschuss) vom 10. 3. 1976, BT-Drucks. 7/4845, S. 1 f.

beibehalten und liegt der später Gesetz gewordenen Fassung des MitbestG zugrunde¹. Aus dieser gesetzgeberischen Selbstbeschränkung folgt, dass der Grad der Mitbestimmung (1.) von den gesellschaftsrechtlichen Kompetenzen des Aufsichtsrats der jeweiligen Rechtsform und (2.) von in der Satzung zulässigerweise getroffenen Regelungen zur Organisationsverfassung abhängig ist. Das Ausmaß der Mitbestimmung ist also gleich doppelt rechtsformabhängig². Wenn das MitbestG 1976 also nur die Frage der Bestellung und ihres Widerrufs (§ 31 MitbestG) zwingend regelt und bei einer nicht mitbestimmungspflichtigen GmbH die Kompetenz für Bestellung/Widerruf einerseits und Abschluss des Anstellungsvertrags andererseits verschiedenen Organen zugewiesen werden kann, könnten man daher argumentieren, dieser Gestaltungsspielraum bleibe auch bei der mitbestimmten GmbH erhalten. Im Ergebnis überzeugt diese Sichtweise jedoch nicht, denn die Gesellschafterversammlung könnte auf diese Weise eine ihr nicht genehme Entscheidung des Aufsichtsrats konterkarrieren, indem man dem vom Aufsichtsrat bestellten Geschäftsführer so schlechte Bedingungen bietet, dass dieser die Organstellung nicht übernimmt oder niederlegt. Eine Pattsituation zwischen Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung wäre vorprogrammiert. Daher ist der Aufsichtsrat der mitbestimmten GmbH zwingend auch für den Abschluss, die Änderung und die Kündigung des Anstellungsvertrags zuständig (s. Rdnr. ■176). Um allerdings den Vorstellungen des Mitbestimmungsgesetzgebers gerecht zu werden und die gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit möglichst weitgehend zu erhalten, darf die Gesellschafterversammlung allgemeine Richtlinien über die Vergütung, Gewinnbeteiligung und Pensionsberechtigung der Geschäftsführer aufstellen. Diese müssen von der Person des konkreten Amtsinhabers unabhängig sein, um die Auswahlentscheidung des Aufsichtsrats nicht zu präjudizieren³. Im Übrigen kann der Aufsichtsrat seine Entscheidungen über den Anstellungsvertrag auf einen Ausschuss delegieren⁴.

7. Die Form

Der Vertrag und seine Abänderung bedarf grundsätzlich keiner Form⁵. § 2 207 NachwG⁶ gilt für die Geschäftsführer einer GmbH nicht⁷. Der Vertrag kann daher auch durch konkludentes Verhalten der Vertragsparteien zustande kom-

1 Vgl. BR-Drucks. 200/76, in der keine Änderungen gegenüber dem Gesetzgebungsvorschlag in der geänderten Fassung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung enthalten sind.

2 Sethe, Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1996, S. 102 mit weiteren Nachw.; Hölters, BB 1975, 797 ff.

3 Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 173.

4 Fitting/Wlotzke/Wißmann, MitbestG, § 31 Anm. 36; Raiser, MitbestG, § 31 Rdnr. 27; Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 18, § 52 Rdnr. 36; Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 172.

5 Zur Schriftformklausel: BFH, GmbHR 1997, 133; Schuhmann, GmbHR 1993, 79.

6 Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (Nachweisgesetz – NachwG) vom 20. 7. 1995, BGBl. I 1995, 946.

7 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, § 52 Rdnr. 168.

men¹ oder – was in der Praxis etwas häufiger vorkommen dürfte – verlängert werden. Allerdings werden die Parteien schon aus Beweisgründen regelmäßig die Schriftform wahren. Auch können steuerliche Gesichtspunkte dies ratsam erscheinen lassen. So verlangt der BFH für den **beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer** eine **klare und von vornherein abgeschlossene Vereinbarung**, die auch durchgeführt wird, weil andernfalls eine verdeckte Gewinnausschüttung angenommen werden könne². Dies gilt auch in Bezug auf nachträglich vereinbarte Gehaltserhöhungen³. Ein Formzwang kann sich jedoch durch den rechtlichen Zusammenhang mit einem formbedürftigen Rechtsgeschäft ergeben⁴. Übernimmt etwa der Geschäftsführer zugleich einen Geschäftsanteil, so ist die Form des § 15 Abs. 3, 4 einzuhalten. Weiterhin kann sich ein Formzwang auch aus der Abrede der Parteien ergeben. Soll eine mündliche Vereinbarung erst nach schriftlicher Fixierung gültig sein (§ 154 Abs. 2 BGB), trägt die Partei, die die Schriftform behauptet, dafür die Beweislast⁵. Wird die Vereinbarung dann ohne Einhaltung der Form einverständlich vollzogen, ist sie gültig⁶.

8. Fehlerhafter Anstellungsvertrag

- 208 Für Mängel des Anstellungsvertrages gelten **bis zur Aufnahme der Tätigkeit** durch den Geschäftsführer uneingeschränkt die allgemeinen Regeln des BGB. Die Parteien können sich auf die Nichtigkeit des Anstellungsvertrags berufen. Allerdings ist der bislang wichtigste Fall der Nichtigkeit, nämlich der vorsätzliche Verstoß gegen § 30 nach Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung entfallen. Bislang wurde in Anwendung von § 134 BGB die Nichtigkeit des Anstellungsvertrags angenommen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht nunmehr davon aus, dass sich die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Kapitalerhaltungsgebot auch dann ausschließlich nach § 31 richten, wenn es den Beteiligten auf die Umgehung der Kapitalerhaltungsvorschriften ankommt⁷. Die Parteien können auch eine Erklärung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung (§§ 119 ff. BGB) mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (§ 142 Abs. 1 BGB) anfechten. Ein Anfechtungsrecht kann der Gesellschaft insbesondere wegen Irrtums oder wegen arglistiger Täuschung (auch durch pflichtwidriges Verschweigen) über persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse des Geschäftsführers, z.B. mangelnde Fachkenntnisse, Unzuverlässigkeit, Vorstrafen u.ä., zustehen. **Nach Aufnahme der Tätigkeit** können Mängel des Anstellungsvertrages grundsätzlich nur mit Wirkung für die Zukunft geltend gemacht werden, da eine Rückwirkung wegen der mit dem

1 BGH, GmbHR 1952, 152; BGH, DB 1994, 419 = ZIP 1994, 206 (Ruhegehaltszusage); BGH, DStR 1997, 459 mit Anm. Goette und BGH, DStR 1997, 932 mit Anm. Goette; LG Frankfurt/Oder, GmbHR 2000, 979 mit Anm. Peetz.

2 BFH, GmbHR 1993, 46 und BFH, GmbHR 1996, 60; krit. Tiedtke, DStR 1993, 933; Neumann, GmbHR 1996, 743.

3 BFH, GmbHR 1992, 119.

4 Einsele, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2006, § 125 Rdnr. 32 ff.

5 BGH, GmbHR 1997, 548; Kramer, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2006, § 154 Rdnr. 23.

6 BGH, GmbHR 1997, 548.

7 BGH, WM 1997, 1621 = WuB, II C. § 30 GmbHG 1.97 (Bayer); anders aber noch etwa für den Anstellungsvertrag: OLG Düsseldorf, GmbHR 1990, 134; s. eingehend bei § 30.

Geschäftsführeramts verbundenen Pflichtenstellung nicht interessengemäß und die Rückabwicklung des Anstellungsverhältnisses nach Bereicherungsgrundsätzen im Allgemeinen nicht sachgerecht und häufig auch gar nicht möglich wäre¹. Wurde die Gesellschaft bei Abschluss des Anstellungsvertrages durch ein hierfür nicht zuständiges Organ vertreten, ist der Geschäftsführer bestimmte Zeit tätig gewesen und wurde die fehlende Zuständigkeit nicht gerügt, so kann die fehlende Vertretungsbefugnis nicht mehr geltend gemacht werden².

Die **Beendigung** des fehlerhaften Anstellungsverhältnisses erfolgt durch Erklärung der zur Geltendmachung des Mangels berechtigten Partei, die aber nach einer in Kenntnis des Mangels erfolgten Bestätigung (§§ 141, 144 BGB) und beim Vorliegen eines Anfechtungstatbestandes nach Ablauf der gesetzlichen Frist (§§ 121, 124 BGB) ausgeschlossen ist. Die Beendigungsfolgen eines in Vollzug gesetzten Vertrags entsprechen denen bei der Kündigung (s. Rdnr. ■243 ff.)

Die vorstehenden Grundsätze können nicht angewandt werden, wenn und soweit sie im Einzelfall mit überwiegenden Interessen der Allgemeinheit oder eines Beteiligten in Widerspruch stehen³. Überwiegende Interessen der Allgemeinheit liegen etwa vor, wenn der Vertragsschluss gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) verstößt und die Verbotsnorm gerade auch Interessen der Allgemeinheit schützen soll, oder wenn ein grober Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt. Überwiegende Interessen eines Beteiligten sind beispielsweise betroffen, wenn es sich um den Schutz Geschäftsunfähiger oder beschränkt Geschäftsfähiger handelt⁴. Auch aus § 242 BGB können sich beim fehlerhaften Anstellungsverhältnis besondere Grenzen der Rechtsausübung ergeben⁵.

XIII. Der Inhalt des Anstellungsvertrages

1. Die Pflichten des Geschäftsführers

a) Allgemeines

Durch den Anstellungsvertrag⁶ wird der Geschäftsführer zum einen verpflichtet, die Organstellung zu übernehmen, die Aufgaben, die sich aus der Organstellung ergeben, höchstpersönlich wahrzunehmen, und zum anderen den unabhängig hiervon begründeten anstellungsvertraglichen Pflichten nachzukommen. Der Geschäftsführer kann daher sowohl aufgrund seiner korporativen Stellung als auch durch den Anstellungsvertrag verpflichtet sein, für bestimmte

1 Vgl. BGHZ 41, 282, 287, 288; BGHZ 65, 190; BGH, WM 1973, 506 (betr. jeweils Vorstand einer AG); BGH, ZIP 1995, 377 = GmbHR 1995, 306 = EWiR § 35 GmbHG; 1/95, 479 (Kort); KG, NZG 2000, 43, 44; zust. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 170; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 73; Kuhn, WM 1966, 53; Gerlach, AG 1965, 257; Veith, DB 1965, 807; abl. Spieker, DB 1964, 1287; zum Ganzen auch Baums, Der Geschäftsleitervertrag, 1987, S. 195.

2 Vgl. BGHZ 65, 195; allgem. Stein, AG 1999, 28.

3 S. dazu BGHZ 25, 335 u.a.

4 BGHZ 17, 160, 168 (zur KG).

5 Zur Versorgungszusage in fehlerhaften Anstellungsverträgen: Hengeler, in: FS Barz, 1974, S. 129.

6 Standardformulare s. beispielhaft im nachgewiesenen Schrifttum vor Rdnr. ■149.

Maßnahmen der Geschäftsführung die Zustimmung der Gesellschafter einzuholen. Zum Inhalt der vertraglichen Pflichten und ihrem Verhältnis zu den Organpflichten sowie zu Treuepflichten s. bei § 37 und § 43. Der Geschäftsführer ist zur sorgfältigen Führung der übernommenen Geschäfte verpflichtet; zu Einzelheiten s. bei § 43.

- 212 Sofern nichts Abweichendes vereinbart ist, hat der Geschäftsführer seine gesamte Arbeitskraft dem Unternehmen zur Verfügung zu stellen. An bestimmte Arbeitszeiten ist der Geschäftsführer nicht gebunden¹. Das gilt trotz § 2 Abs. 2 ArbZG auch für Geschäftsführer, die ihren Anstellungsvertrag mit dem herrschenden Unternehmen haben (s. Rdnr. ■165 ff.). Im Anstellungsvertrag kann aber eine bestimmte Arbeitszeit vorgesehen werden².
- 213 Zur Ergänzung des Anstellungsvertrags können neben den §§ 611 ff. BGB auch die Vorschriften über den Auftrag Anwendung finden. Der Geschäftsführer kann daher unter den in § 665 BGB genannten Voraussetzungen von Weisungen abweichen. Er hat daher alles, was er im Rahmen seiner Tätigkeit erlangt, an die Gesellschaft herauszugeben (§ 667 BGB). Ihn trifft nach § 666 BGB eine Auskunfts- und Rechenschaftspflicht.
- 214 Gemäß § 269 BGB ist der Sitz der Gesellschaft Erfüllungsort sowohl für Geldforderungen der Gesellschaft gegen einen Geschäftsführer aus der Organstellung oder aus dem Anstellungsvertrag als auch für Geldforderungen des Geschäftsführers gegen die Gesellschaft. Zwar hat der Schuldner grundsätzlich an seinem Wohnsitz zu erfüllen, doch ergibt sich aus der Natur des Anstellungsvertrags, dass der Erfüllungsort der Betriebssitz des Arbeitgebers ist. Der gemeinsame Erfüllungsort ergibt sich aus der durch den Anstellungsvertrag begründeten personenrechtlichen Bindung. Sie verpflichtet den Geschäftsführer, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich am Betriebssitz die gesamte betriebliche Einrichtung für die Abwicklung von Zahlungen befindet und die Bücher geführt werden³. Der Erfüllungsort der Tätigkeit des Geschäftsführers ist regelmäßig der Betrieb, wenn nichts Abweichendes vereinbart ist.

b) Wettbewerbsverbot

- 215 S. hierzu bei § 43 Rdnr. ■153; zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot s. bei § 43 Rdnr. ■172.

c) Kreditgewährung an Geschäftsführer

- 216 Zur Kreditgewährung der Gesellschaft an den Geschäftsführer s. bei § 43a.

¹ BGH, GmbHR 1988, 138 (zur AZO).

² Zu den steuerlichen Folgen: FG Saarland, GmbHR 1988, 85.

³ BGH, GmbHR 1985, 190; OLG München, GmbHR 1999, 981, 982; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 264.

2. Die Rechte des Geschäftsführers

a) Die Festvergütung

aa) Grundlagen

Sofern nicht eine unentgeltliche Übernahme der Organstellung vereinbart ist (s. Rdnr. ■■■), steht dem Geschäftsführer ein Anspruch auf die vertragsmäßige bzw. angemessene Vergütung zu. Sie kann in einem Grund- oder Festgehalt, in variablen Bezügen, also in Erfolgsbeteiligung in Form von Provisionen von Geschäftsabschlüssen, von Tantiemen, von Naturalvergütungen oder in Verbindung aller oder einzelner dieser Formen vereinbart sein. Hinzu können sonstige Vergütungen (Zusatzleistungen) kommen, die von zinslosen Darlehen und der Übernahme der Beiträge für die Kranken-, Haftpflicht-, Invaliditäts- und Pflegefallversicherung¹, über die private Nutzung von betriebseigenen Fahrzeugen² bis hin zu Amortisationsraten für Hypotheken reichen können³. Bei der Bemessung der Vergütung steht den Gesellschaftern ein Ermessensspielraum zu, denn sie selbst können am besten beurteilen, welche Vergütung ihnen ein bestimmter Geschäftsführer Wert ist. Innerhalb des Ermessensspielraums kann ein bestimmter Vergütungsbetrag nicht deswegen als unangemessen bezeichnet werden, weil eine andere Bemessung sich ebenso gut oder besser vertreten ließe⁴. Ob die Grenzen des Ermessensspielraums eingehalten sind, beurteilt sich im Einzelfall anhand folgender Kriterien: Art, Branche, Größe und Ertragslage des Unternehmens sowie Alter, Ausbildung, Berufserfahrung, Fähigkeiten, Leistung des Geschäftsführers und Bedeutung seiner Stellung. Bei der Prüfung der Angemessenheit seiner Bezüge sind alle Vergütungsbestandteile einzubeziehen⁵. Hinsichtlich der genauen Grenzen der Festlegung der Vergütung ist im Einzelnen zwischen Fremdgeschäftsführern und Gesellschafter-Geschäftsführern zu unterscheiden.

217

bb) Vergütung der Fremdgeschäftsführer

Für Fremdgeschäftsführer besteht volle Vertragsfreiheit hinsichtlich Höhe und Bewertungsgrundlage. Die in § 87 AktG enthaltenen Beschränkungen der Bezüge von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft sind im GmbH-Recht nicht entsprechend anwendbar. Ein dem Aktienrecht gleichgelagertes öffentliches Interesse, das eine Kontrollfunktion des Aufsichtsrats über die Höhe der Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder erfordert, besteht weder für die einfache GmbH⁶

218

1 S. §§ 3 Nr. 62, 40b EStG, § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG (s. unten Rdnr. ■203) sowie BSG, GmbHR 1972, 104.

2 BGH, DStR 1991, 421.

3 BGH, GmbHR 1990, 345; *Henninger*, GmbHR 1971, 115.

4 BGHZ 111, 224, 227.

5 Einen Überblick über die üblichen Vergütungsbestandteile gibt *Tänzer*, GmbH 2003, 754 ff.; *Tänzer*, BB 2004, 2757 ff.; *Tänzer*, GmbHR 2005, 1256 ff.

6 OLG Frankfurt, GmbHR 2005, 550, 554; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 183; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 31; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 98; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 182; a.A. OLG Naumburg, GmbHR 2004, 423 f.

noch für die mitbestimmte GmbH¹. Die Grenze bildet daher einerseits § 138 BGB² und andererseits die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht³, so dass ein Beschluss über eine überhöhte Vergütung mit existenzgefährdender Wirkung nichtig ist. Zudem findet der Grundsatz der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung Anwendung⁴, so dass eine Gleichbehandlung mit anderen Geschäftsführern und im Einzelfall mit leitenden Angestellten im selben Unternehmen erfolgen muss. Dies bedeutet jedoch nicht, dass alle Fremdgeschäftsführer gleich zu bezahlen sind. Vielmehr ist auch hier eine unterschiedliche Bemessung nach sachlichen Kriterien, wie Ausbildung, Berufserfahrung, Leistung und hierarchischer Stellung möglich.

cc) Vergütung der Gesellschafter-Geschäftsführer

- 219 Die Vergütung für den **Gesellschafter-Geschäftsführer** ist zum Schutz der Gläubiger an § 30 und im Interesse der Mitgesellschafter am gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Treuepflicht und der Gleichbehandlung zu messen. Die Vergütung ist angemessen, wenn sie bei gleicher Tätigkeit in dieser Höhe auch einem Fremdgeschäftsführer gezahlt würde („Grundsatz des Fremdvergleichs“). Dabei ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände erforderlich; zu ihnen gehören insbesondere Art, Größe und Leistungsfähigkeit des Betriebes, Alter, Ausbildung, Berufserfahrung und Fähigkeiten des Geschäftsführers sowie Umfang und Bedeutung seiner Tätigkeit⁵.
- 220 Eine überhöhte Vergütung ist nach § 30 unzulässig, wenn die **Zahlung aus dem gebundenen Vermögen** erfolgt⁶. Allerdings führt die Verletzung des § 30 selbst dann nicht zur Nichtigkeit des Anstellungsvertrags nach § 134 BGB, wenn es den Parteien auf die Verletzung der Vorschriften über die Kapitalerhaltung ankommt⁷. Die Rechtsfolgen bei Verletzung der Vorschriften über die Kapitalerhaltung ergeben sich vielmehr ausschließlich aus § 31. Im Übrigen folgt daraus auch, dass eine angemessene Vergütung an den Gesellschafter-Geschäftsführer auch bei bestehender Unterbilanz bezahlt werden darf, denn das Kapitalerhal-

1 *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 182; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 98; wohl auch *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 183; a.A. *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 31; *Ulmer/Habersack/Henssler*, § 31 MitbestG Rdnr. 40.

2 LG Heidelberg, GmbHR 1957, 60; KG, GmbHR 1996, 613 f.; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 98; krit. zum Urteil des KG *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 182.

3 LG Mainz, NZG 2002, 918; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 183 – jeweils zur überhöhten Vergütung sowie *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 100 zur unangemessenen niedrigen Vergütung.

4 BGH, GmbHR 1990, 389; *Baumann*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2004, § 14 Rdnr. 36; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 186; a.A. *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 178.

5 BGHZ 111, 224, 227 f. = GmbHR 1990, 344, 345; BGH, GmbHR 1992, 605, 606; OLG Naumburg, GmbHR 2004, 423, 424; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 184.

6 BGH, GmbHR 1992, 605.

7 BGH, GmbHR 1997, 790; Einzelheiten bei § 30.

tungsgebot zwingt ihn nicht dazu, seine Tätigkeit gegen einen geringere Vergütung als ein Fremdgeschäftsführer zu erbringen¹.

Eine erhöhte Vergütung verstößt auch bei **Zahlung aus dem freien Vermögen** 221 gegen den gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Treuepflicht und der Gleichbehandlung („Verbot gleichheitswidriger Sondervorteile“)², wenn sie nicht angemessen sind (es sei denn, alle Gesellschafter haben dem Beschluss zugestimmt). Unangemessen ist sie etwa dann, wenn dem Mehrheitsgeschäftsführer eine so hohe Festvergütung gewährt wird, dass in schlechteren Geschäftsjahren für die Minderheitsgesellschafter kein verteilungsfähiger Gewinn übrig bleibt. Denn auch die nicht in die Geschäftsführung eingebundenen Gesellschafter müssen hinreichend am Gewinn der GmbH teilhaben können³. Ein solcher Beschluss ist anfechtbar⁴. Der Gesellschaft steht ein Erstattungsanspruch zu⁵.

Ein solcher steht der GmbH regelmäßig⁶ auch dann zu, wenn es zu verdeckten 222 Gewinnausschüttungen kommt⁷: Vergütungen an Gesellschafter-Geschäftsführer sind nur dann als Betriebsausgabe abzugsfähig, wenn sie nicht unangemessen sind. Zahlungen an den Gesellschafter-Geschäftsführer, die unangemessen sind, stellen eine verdeckte Gewinnausschüttung i.S.d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG 1999 dar⁸. Diese sind dem Einkommen der GmbH hinzu zu rechnen. Sie erhöhen damit den körperschaftsteuerlichen Gewinn der Gesellschaft und den Gewerbeertrag (§ 7 GewStG). Auf Ebene des Gesellschafters ist zu unterscheiden: Besteht die verdeckte Gewinnausschüttung in einem überhöhten Entgelt für den Geschäftsführer, kommt es bei ihm steuerlich zu einer Umschichtung der Einkunftsart von Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit zu Einkünften aus Kapitalvermögen⁹. Besteht die verdeckte Gewinnausschüttung in Aufwendungen, die die Kapitalgesellschaft für den Gesellschafter übernimmt, führt dies dazu, dass dieser die Ausgaben erspart. Auf Gesellschafterebene wird nun unterstellt, dass die Gesellschaft dem Gesellschafter diese Aufwendungen als Gewinnausschüttung gezahlt hat. Dieser muss sie folglich als Einkünfte aus Kapitalvermögen versteuern, kann aber seine fiktiven Ausgaben als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abziehen. Je nach Fallgestaltung sind auch die

1 OLG Naumburg, GmbHR 2004, 423, 424; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 183.

2 BGHZ 111, 224, 227 = BGH, GmbHR 1990, 344, 345; BGH, GmbHR 1996, 111, 112; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 183; *Lutter/Hommelhoff*, § 29 Rdnr. 50 f.

3 OLG Frankfurt, GmbHR 2005, 550, 555.

4 OLG Hamm, GmbHR 1996, 768, 769 ff.

5 *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 185 mit weiteren Nachw.

6 Es kann jedoch durchaus zum Auseinanderfallen von gesellschaftsrechtlicher und steuerrechtliche vGA kommen, OLG Frankfurt, GmbHR 2005, 550, 557 f.

7 Zu den gesellschaftsrechtlichen Rechtsfolgen s. etwa BGH, GmbHR 1996, 111, 112; *Bitter*, ZHR 168 (2004), 302, 340 ff.; *Rosengarten*, ZHR 168 (2004), 708, 719 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 893 f. und oben § 29 Rdnr. 107 ff. – jeweils mit weiteren Nachw.

8 Umfassend *Bascopé/Hering*, GmbHR 2005, 741; *Briese*, GmbHR 2005, 597. Grundle- und rechtsvergleichend zur verdeckten Gewinnausschüttung *Fleischer*, WM 2007, 909 ff.

9 Allerdings wird die vGA häufig erst entdeckt, wenn die Einkommensteuerbescheide des Gesellschafters bereits bestandskräftig sind. Dieses Problem löst nun § 32a KStG.

Anschaffungskosten von Wirtschaftsgütern zu erhöhen. Ähnlich ist zu verfahren, wenn dem Gesellschafter ein zinsloses Darlehen gewährt wird. Der Gesellschafter muss die ersparten Zinsen als Einkünfte aus Kapitalvermögen versteuern. Diente das Darlehen jedoch beispielsweise der Finanzierung eines Mietshauses, kann er die Zinsen als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung geltend machen.

- 223 Steuerrechtlich liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs eine verdeckte Gewinnausschüttung bei einer Vermögensminderung vor, „die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht“¹. Die Bezüge eines Gesellschafter-Geschäftsführers sind hieran, unter Würdigung aller Umstände im Einzelfall², zu messen. Dabei nimmt die Steuerrechtsprechung eine Verursachung im Gesellschaftsverhältnis an, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter (§ 43 Abs. 1) den Vermögensvorteil einer Person, die nicht Gesellschafter ist, unter sonst gleichen Umständen nicht gewährt hätte³. Eine steuerrechtliche verdeckte Gewinnausschüttung liegt daher in der Regel nicht nur vor bei unangemessen hohen Bezügen, sondern auch bei Tantiemeversprechen, die insgesamt den Satz von 50% des Jahresüberschusses übersteigen⁴, bei Vergütungen von Überstunden⁵, bei Pensionszusagen⁶, bei zinslosen oder außergewöhnlich niedrig verzinsten Darlehen⁷, bei (teilweise) unentgeltlichen Warenlieferungen⁸ und bei gewährten Kreditsicherheiten⁹ zugunsten des Gesellschafter-Geschäftsführers vor.
- 224 Das BMF hat mit Schreiben vom 14. 10. 2002 diese von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien aufgegriffen¹⁰. Es wird nun in einer dreistufigen Prüfung

1 BFH, GmbHR 2007, 384, 385 ff. (Feiertagszuschläge); BFH, GmbHR 2006, 1339, 1340 (Umsatzprovisionen); BFH, GmbHR 2006, 1163, 1164 (Überstundenvergütung); BFH, GmbHR 2005, 1065, 1066 f. (private Auslandsreise); BFH/NV 2000, 750 (vGA bei vertragsgemäß unentgeltlicher Geschäftsführungstätigkeit); BFH, GmbHR 1995, 385, 386 (Tantieme von mehr als 50%); BFHE 173, 412 = GmbHR 1994, 416 (Umsatzrückvergütungen); s. ferner *Evers/Grätz/Näser*, Die Gehaltsfestsetzung bei GmbH-Geschäftsführern, 5. Aufl. 2001, Rdnr. 231 ff.; *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 178 ff., 228 ff., 251 ff.; *Tänzer*, GmbHR 1993, 728; *Doetsch*, BB 1994, 327; *Goecke*, BB 1995, 2467; *Hoffmann*, DStR 1995, 637; *Altmüller*, DB 1996, 1003; *Ditges/Graß*, DB 1996, 509; *Fromm*, GmbHR 1996, 597; *Grönwoldt*, DB 1996, 752; *Natschke*, DB 1996, 771; *Niehues*, BB 1996, 151; ■ *Niehues?* ■ *Niehus*, DStR 1997, 1157; *Tillmann*, DStR 1996, 849; *Neumann*, GmbHR 1997, 292.

2 BFHE 170, 119 = GmbHR 1993, 232.

3 BFHE 89, 208; BFH, GmbHR 2005, 1143, 1144.

4 BFH, GmbHR 1995, 385, 386 f. und BFH/NV 1996, 437.

5 BFH, GmbHR 2006, 1163; BFH, GmbHR 1997, 711 und BFH, GmbHR 1997, 1167; *Gosch*, DStR 1997, 1163; *Prühs*, DB 1997, 2094.

6 *Bascope/Hering*, GmbHR 2005, 741, 745 ff. mit weiteren Nachw.

7 BFH, GmbHR 2004, 1402, 1403; zur gesellschaftsrechtlichen Seite BGH, GmbHR 2004, 302, 303; zu beidem *Frotscher*, in: FS Raupach, 2006, S. 363 ff.

8 BFH/NV 1990, 433; BFH, GmbHR 1985, 201.

9 BFHE 115, 359, 361 ff. = WM 1975, 1187, 1188 f.

10 Schreiben des BMF vom 14. 10. 2002 – IV A 2 – S 2742 – 62/02, BStBl. I 2002, 972 = GmbHR 2002, 1152; dazu *Krupske*, GmbHR 2003, 208; *Kulemann/Harle*, GmbHR 2003, 941; *Rischar*, GmbHR 2003, 15; *Zimmermann*, DB 2003, 786.

festgestellt, ob und in welcher Höhe eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt. (1) Zunächst sind alle vereinbarten Vergütungsbestandteile einzeln danach zu beurteilen, ob sie **dem Grunde nach** als durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst anzusehen sind. Ist dies der Fall, führt die Vermögensminderung, die sich durch die Vereinbarung ergibt, in vollem Umfang zu einer verdeckten Gewinnausschüttung. (2) Die verbleibenden Vergütungsbestandteile sind danach zu beurteilen, ob sie **der Höhe nach** als durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst anzusehen sind. Soweit dies der Fall ist, liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor. (3) Alle verbliebenen (nicht durch das Gesellschaftsverhältnis veranlassten) Vergütungsbestandteile sind daraufhin zu überprüfen, ob sie **in der Summe als angemessen** angesehen werden können. Soweit die Vergütung die Grenze der Angemessenheit übersteigt, führt dies zu einer verdeckten Gewinnausschüttung.

Gesellschaftsrechtsrechtlich ist es unbedenklich, wenn die Vergütung des Geschäftsführers nur mündlich vereinbart wurde, wenn es an einer eindeutigen und klaren Regelung fehlt und die Höhe der Vergütung nur im Wege der Auslegung zu ermitteln ist und wenn die Vergütung rückwirkend erhöht wird. Anders ist dies im Steuerrecht, das höhere Anforderungen stellt: Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs deutet es bei Leistungen an **beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer** auf eine verdeckte Gewinnausschüttung hin, wenn die Leistung nicht auf einer im Vorhinein getroffenen („**Rückwirkungsverbot**“¹), klaren und eindeutigen („**Klarheitsgebot**“²) Vereinbarung beruht oder die maßgebliche Vereinbarung nicht abredgemäß durchgeführt wird („**Durchführungsgebot**“³). Unübliche Zeiträume für Gehaltszahlungen⁴, eine deutliche Erhöhung des laufenden Geschäftsführergehalts in kurzen Zeitabständen⁵ oder die unterlassene Geltendmachung von Gehaltsansprüchen⁶ begründen nach der Rechtsprechung eine Vermutung der mangelnden Ernsthaftigkeit der Vergütungsabrede und damit der Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung. Diese erhöhten Anforderungen gelten auch im Verhältnis zum nicht beherrschenden Gesellschafter, wenn eine Kapitalgesellschaft sowohl an einen beherrschenden als auch an einen nicht beherrschenden Gesellschafter Leistungen erbringt und die Gesellschafter bei der Beschlussfassung über die Leistungen gemeinsame Interessen verfolgt haben⁷.

1 BFH, GmbHR 1982, 267; BFH, GmbHR 1987, 493, 494; BFH, GmbHR 1997, 34 ff.; BFH, GmbHR 2003, 1502; *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 259 ff.; *Wassermeyer*, GmbHR 1986, 29; *Michel*, Die rückwirkend vereinbarte Tätigkeitsvergütung des beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers im Zivil- und Steuerrecht, Diss. Marburg 1998.

2 BFH, BStBl. II 1985, 345 = GmbHR 1985, 380 f.; BFH, GmbHR 1997, 34 ff.; BFH, GmbHR 2003, 1502 ff.; s. auch *Goette*, DStR 1997, 933; *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 267.

3 BFH, BStBl. II 1988, 301 sowie BFH/NV 1994, 345; *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 271.

4 BFH/NV 1997, 622.

5 BFH, GmbHR 2005, 1143 (Verdopplung des Gehalts innerhalb von 2 1/2 Monaten).

6 BFH, GmbHR 1998, 148

7 BFH, GmbHR 2003, 1502 ff.

dd) Überstunden und Arbeitszeitkonto

- 226 Mit dem Festgehalt sind Überstunden und sonstige Mehrarbeit abgegolten, denn Geschäftsführer werden nicht nach Stunden, sondern für ihren gesamten Arbeitseinsatz bezahlt, der regelmäßig über dem normaler Angestellter liegt. Nur wenn ausdrücklich die Vergütung für Überstunden oder deren Buchung auf einem Arbeitszeitkonto vereinbart ist, schuldet die GmbH eine entsprechende Bezahlung bzw. einen Ausgleich¹.

b) Die Tantieme

- 227 Dem Geschäftsführer kann zusätzlich neben seiner Festvergütung oder auch ausschließlich („Nur-Tantieme“)² eine variable Vergütung in Form einer Tantieme zugesagt werden. Die vielfältigen Gestaltungsformen reichen von der Gewinn tantieme über die Umsatz tantieme bis hin zur Ermessens-, Garantie- und Fest tantieme³. Die Vereinbarung einer Mindest tantieme (Fix tantieme)⁴ kann zur Vermeidung von Streit über die Geschäfts-, insbesondere die Investitions politik der Gesellschafter beitragen; denn die Geschäftspolitik bestimmt die künftige Höhe der Tantieme⁵. Die Mindest tantieme ist auf die Gewinn- bzw. Umsatz tantieme anzurechnen, sofern nichts anderes vereinbart ist. Die Berechnungsgrundlage für die Höhe der Tantieme sollte bereits im Anstellungsvertrag bis in Einzelheiten festgelegt werden. Ist dies versäumt worden, so ist im Wege der Auslegung und des § 315 BGB zu bestimmen, wie die Tantieme zu berechnen ist⁶. Das Tantiemeversprechen kann auch mit einer Verlustbeteiligung verbunden werden⁷.

Grundlage bildet die Handels-, nicht die Steuerbilanz⁸. Von der Steuerbilanz ist nur bei ausdrücklicher Vereinbarung auszugehen, wobei hier im Zweifel der Gewinn vor Abzug der Körperschaftsteuer gemeint ist⁹. Der Anspruch entsteht am Ende des Geschäftsjahres und wird mit der Feststellung der Bilanz fällig.

- 228 **aa) Die Gewinntantieme**¹⁰ berechnet sich nach dem vollen, in der Handelsbilanz ausgewiesenen Jahresgewinn. Die Tantieme des Geschäftsführers selbst¹¹

¹ Zur steuerlichen Anerkennung *Ziegenhagen/Schmidt*, DB 2006, 181 ff.

² *Neumann*, GmbHR 1996, 741 ff. (I), 822 ff. (II). Zur steuerlichen Anerkennung s. Rdnr. ■185a.

³ *Evers/Grätz/Näser*, Die Gehaltsfestsetzung bei GmbH-Geschäftsführern, 5. Aufl. 2001, Rdnr. 68 ff.; *Neumann*, GmbHR 1998, 741 ff. (I), 822 ff. (II); *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 285 ff.; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 88; zur Verbreitung *Tänzer*, BB 2004, 2757.

⁴ BGH, WM 1975, 94; BGH, GmbHR 1992, 605, 606; LG Hannover, ZIP 1983, 448, 449; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 88.

⁵ Zur Bemessungsgrundlage *Schnittker/Best*, GmbHR 2002, 565 ff.

⁶ Zur „Ermessentantieme“: BGH, WM 1975, 761; BGH, GmbHR 1994, 546, 547; OLG Oldenburg, NZG 2000, 939, 940 ff.; *Baumann*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxis handbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2004, § 14 Rdnr. 37.

⁷ Zu den Grenzen: BGH, BB 1974, 252 mit Anm. *Hadding*, ZfgG 25 (1975), 64.

⁸ BGH, GmbHR 1965, 92; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 89.

⁹ BGH, GmbHR 1963, 26 mit Anm. *Sudhoff*.

¹⁰ Allgemein: *Fritsche/Köhl*, GmbHR 1996, 677.

¹¹ BGH, LM, § 35 GmbHG Nr. 4 = WM 1976, 1227.

und Rücklagen sind von der Berechnungsgrundlage nicht abzuziehen¹, wohl aber der Gewinnvortrag aus dem Vorjahr, die Körperschaftsteuer, die Geschäftsführergehälter und ein außerordentlicher Gewinn², es sei denn, es handelt sich um die Auflösung von bislang nicht berücksichtigten Rücklagen³. Soll die Tantieme vom „steuerpflichtigen Reingewinn“ berechnet werden, so ist der Gewinn vor Abzug der Betriebssteuern zugrunde zu legen⁴.

Die **Anrechnung eines Verlustvortrags** aus dem Vorjahr hat dann zu erfolgen, wenn der Verlust in der Zeit der Tantiemespflicht entstanden ist. Entsteht der Verlust aus der vor der Tantiemevereinbarung liegenden Zeit, so ist die Anrechnung dieses Verlustes zweifelhaft. Sie wird nur erfolgen können, wenn sich aus dem Anstellungsvertrag Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Tantiemespflicht erst nach der Tilgung des Verlustes entstehen soll⁵. Tritt die Tantiemespflicht erst im Laufe des Geschäftsjahres ein oder scheidet der Geschäftsführer innerhalb des Jahres aus, so steht ihm mangels anderer Vereinbarung im Vertrag ein der Zeit seiner Tätigkeit entsprechender Anteil am Jahresgewinn zu⁶.

bb) Die Umsatztantieme ist in der Praxis weniger üblich⁷; dies hat vor allem steuerliche Gründe⁸, ist aber in den allermeisten Fällen auch wirtschaftlich unvernünftig. Sie empfiehlt sich nur bei neu anlaufenden, noch gewinnschwachen Unternehmen. Welcher „Umsatz“ (= Preis x Menge) zur Berechnung heranzuziehen ist, bestimmt sich nach dem Zweck der Tantieme aus der Sicht der Gesellschaft, nämlich den Waren- oder Leistungsumsatz der Gesellschaft im Rahmen des laufenden Geschäftsbetriebs zu erhöhen oder zumindest zu halten. Maßstab sind demnach alle Lieferungen und sonstigen Leistungen, die die Gesellschaft im Rahmen des laufenden Betriebs ausgeführt hat und für die die Gegenleistung bewirkt ist. Ausgaben für Anschaffungen und Einnahmen aus Veräußerungen von Betriebsvermögen sowie Lieferungen an Gesellschafter zum Selbstkostenpreis bleiben in der Regel unberücksichtigt. Etwas anderes dürfte für konzerninterne Umsätze gelten⁹.

1 ■ Stein, in: Hachenburg, Rdnr. 222; Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 89; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 32; Felix, BB 1988, 277; a.A. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 188, die § 86 Abs. 2 AktG a.F. anwenden wollen.

2 Heining, GmbHR 1953, 201; Ganßmüller, GmbHR 1965, 92; Felix, GmbHR 1974, 219.

3 BGH, WM 1975, 763.

4 BGH, WM 1963, 55 = GmbHR 1963, 26 mit Anm. Sudhoff.

5 Ganßmüller, GmbHR 1965, 93.

6 ■ Stein, in: Hachenburg, Rdnr. 221; Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 89.

7 Eingehend: Felix, BB 1988, 277; ferner Henze, Handbuch zum GmbH-Recht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 1247 ff.

8 Der BFH, GmbHR 1996, 299; BFH, GmbHR 1999, 484, 486; BFH, GmbHR 2005, 111, 112, hat sie regelmäßig als verdeckte Gewinnausschüttung angesehen; s. auch Schuck, in: FS Wassermeyer, 2005, S. 95 ff.; Schuhmann, GmbHR 2005, 921 ff.; Tillmann/Mohr, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 299. Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt dagegen nicht vor, wenn eine zusätzliche Fixvergütung vom Erreichen einer Umsatzschwelle abhängt und in ihrer Höhe angemessen ist, BFH, GmbHR 2002, 1148, 1149.

9 Zum Einfluss eines Organschaftsvertrages auf Tantiemevereinbarung: BGH, NJW 1960, 721.

- 230 Wird dem geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafter in einem Gesellschafterbeschluss durch die Stimme des Mehrheitsgesellschafters eine Umsatztantieme zugewilligt, so ist dies allein noch nicht so außergewöhnlich und unüblich, dass daraus schon auf einen Missbrauch des Stimmrechts geschlossen werden und der Gesellschafterbeschluss aus diesem Grund für nichtig bzw. anfechtbar erklärt werden könnte¹.
- 231 **cc)** Tantiemen an Gesellschafter-Geschäftsführer müssen, wie jede Form der Vergütung, „angemessen“ sein, um nicht in voller Höhe oder mit dem überschießenden Anteil gesellschaftsrechtlich als unzulässige Zahlung („verbotswidriger Sondervorteil“) und steuerrechtlich als verdeckte Gewinnausschüttung („Gewinnabsaugung“) qualifiziert zu werden. In mehreren Entscheidungen hatte der BFH Maßstäbe für eine angemessene Tantieme formuliert. Hiernach waren Tantiemeversprechen gegenüber mehreren Geschäftsführern i.d.R. verdeckte Gewinnausschüttungen, wenn sie insgesamt 50% des Gewinns übersteigen² und wenn die Bezüge bei Vorhandensein nur eines Gesellschafter-Geschäftsführers i.d.R. zu weniger als 75% aus festen und zu mehr als 25% aus erfolgsabhängigen Bestandteilen (Tantieme) bestehen³, wobei in der Anlaufphase der Gesellschaft⁴ und bei starken Umsatzschwankungen⁵ eine großzügigere Betrachtung vorgenommen werden könne. Auch eine Nurtantieme kann steuerlich anerkannt werden, wenn die zu beurteilende Tantiemevereinbarung für die Gesellschaft wirtschaftlich sachgerecht ist und sich auch eine Fremdgeschäftsführer auf sie eingelassen hätte⁶. Im Jahre 2002 hat das BMF diese Rechtsprechung aufgegriffen und Grundsätze zur Ermittlung der Angemessenheit der Tantieme⁷ erlassen. Abweichend von diesem Rundschreiben nimmt der BFH allerdings keine Angemessenheitskontrolle der einzelnen Vergütungsbestandteile vor, sondern eine so genannte „Bandbreitenbetrachtung“⁸. Die feste 75/25-Regel, also die Begrenzung einer „angemessenen“ Gewinnntantieme auf höchstens 25% der Gesamtbezüge, wird aufgegeben. Sie ist lediglich noch ein – widerlegbares – Indiz für das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung.

1 BGH, WM 1976, 1226, 1227 f. = JZ 1977, 267, 268 mit krit. Anm. *Verhoeven*; *Goette*, DStR 1998, 1138; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 88.

2 BFH, GmbHR 1995, 385 ; sowie zuvor schon BFH, GmbHR 1989, 475; *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 295; *Tillmann/A. Schmidt*, GmbHR 1995, 798; *Hoffmann*, DStR 1995, 250; *Ditges/Graß*, BB 1996, 509; *Neumann*, GmbHR 1996, 740, 822; *Schuhmann*, GmbHR 1996, 108.

3 BFH/NV 1996, 437 = GmbHR 1996, 554.

4 BFH, GmbHR 2000, 1158, 1159; BFH, GmbHR 2004, 672, 673 f.

5 BFH, GmbHR 2003, 1365.

6 BFH, GmbHR 2002, 793.

7 BMF-Schreiben vom 1. 2. 2002 – IV A 2 – S 2742 – 4/02, BStBl. I 2002, 219 = GmbHR 2002, 291; dazu etwa *Derlien*, DStR 2002, 622; *Happe*, StuB 2002, 432; *Schnittker/Best*, GmbHR 2002, 565.

8 BFH, GmbHR 2003, 1214, 1215 f.; BFH, GmbHR 2003, 1365, 1366; dazu OFD Düsseldorf, Verfügung vom 17. 6. 2004, GmbHR 2004, 1114 f.; *Friedrich/Steidle*, BB 2004, 2665, 2668 f.

c) Ergebnisabhängige Vorzugsdividende und anwachsende Beteiligung des Gesellschafters-Geschäftsführers

Anstelle einer Tantieme im Dienstvertrag kann dem Gesellschafter-Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag eine ergebnisabhängige Vorzugsdividende als Sonderrecht¹ oder gegebenenfalls durch Vereinbarung mit den Gesellschaftern ein Anwachsen seiner Beteiligung zugesagt werden. Vorzugsdividenden dürfen aber bei bestehender Unterbilanz und Überschuldung nicht ausgezahlt werden, § 30. Ob solche Zuflüsse steuerlich als Einkünfte aus unselbständiger Tätigkeit oder aus Kapitalvermögen zu bewerten sind und ob solche Gestaltungen steuerlich attraktiv sind, hängt von der künftigen Entwicklung des Steuerrechts und vom individuellen Einzelfall ab². Jedenfalls kann es weiterer Vereinbarungen bedürfen, wenn der Geschäftsführer abberufen wird, ob die zusätzlichen Geschäftsanteile mit Stimmrecht versehen sein sollen.

d) Die Gratifikation und der Dienstwagen

Gratifikationen (Jubiläumsgratifikationen, Weihnachtsgratifikationen, Urlaubsgeld, Jahresbonus, Übergangsgeld, vermögenswirksame Leistungen) sind dem Grunde oder der Höhe nach freiwillige Leistungen des Arbeitgebers, auf die jedoch ein Anspruch besteht, wenn sie mehrfach vorbehaltlos gewährt wurden. Das gilt auch für den Fremdgeschäftsführer und den Geschäftsführer mit Minderheitsbeteiligung³. Sind jedoch nur bei der Belegschaft Gratifikationen üblich, so ergibt sich aus dem Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung nicht auch ein Anspruch des Geschäftsführers⁴. Die steuerrechtliche Behandlung von Gratifikationen richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Gratifikationen an den beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer müssen daher im Voraus so festgelegt sein, dass allein durch Rechenvorgänge die Höhe der Vergütung ermittelt werden kann, ohne dass es noch der Ausübung eines Ermessens seitens der Gesellschaft bedarf⁵.

Nicht zuletzt mit Blick auf steuerliche Vorteile und wegen seiner Bedeutung als Statussymbol ist in der Praxis die Bereitstellung eines Dienstwagens und dessen Überlassung auch zur privaten Nutzung üblich⁶. Die Vertragsgestaltung ist vielfältig. Wenn keine detaillierte Regelung getroffen wird, sollte im Anstellungsvertrag zumindest die Höhe des Anschaffungspreises bzw. eine Marken- und Typenbezeichnung sowie die Frage der Kostentragung und die steuerliche Behandlung des geldwerten Vorteils der privaten Nutzung geregelt werden.

1 S. Walk, Die zweckmäßige Gewinnverwendungsklausel in der GmbH, 1993; Kort, NJW 1994, 1398 sowie oben bei § 29 Rdnr. 78a.

2 S. oben § 29 Rdnr. 78a mit weiteren Nachw.

3 BGH, GmbHR 1990, 389 (arbeitnehmerähnlicher Geschäftsführer); OLG München, WM 1984, 896, 897 f. (Geschäftsführer mit Minderheitsbeteiligung).

4 Heuer, GmbHR 1954, 176; Becker, GmbHR 1956, 186.

5 BFH, DStR 1992, 614, 615; BFH, DStR 1985, 385.

6 Zur den ertragsteuer-, umsatzsteuer- und sozialversicherungsrechtlichen Folgen statt vieler Goerdeler/Hofstetter/Oesterreicher, SteuerStud 2006, 457 ff.

e) Die Vergütung bei vorübergehender Verhinderung

- 235 Zum Leistungsstörungenrecht s. Rdnr. ■247 ff.

f) Die Wertsicherung

- 236 Um die laufende Anpassung des Geschäftsführergehalts und des Ruhegehalts sicherzustellen, wodurch zugleich steuerrechtlich problematische Nachzahlungen vermieden werden, sind **Wertsicherungsklauseln** üblich. Deren Zulässigkeit bestimmte sich früher nach § 3 WährG¹. Die Vorschrift wurde durch Art. 9 Euro-Einführungsgesetz aufgehoben und durch § 2 Preisangaben- und PreisklauselG ersetzt². Eine einmal erteilte Genehmigung behält ihre Wirkung auch nach Außerkrafttreten des WährG und gilt für fortbestehende Verträge weiter (§ 8 Satz 1 PreisklauselVO³). Nach § 2 Preisangaben- und PreisklauselG darf der Betrag von Geldschulden nicht unmittelbar und selbsttätig durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden, die mit den vereinbarten Gütern oder Leistungen nicht vergleichbar sind. Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) (Frankfurter Straße 29–35, D-65760 Eschborn, <http://www.bafa.de>) kann aber Ausnahmen genehmigen, wenn Zahlungen, wie etwa eine Geschäftsführervergütung, langfristig zu erbringen sind oder besondere Gründe des Wettbewerbs, was gerade auch für Führungskräfte gilt, eine Wertsicherung rechtfertigen und die Preisklausel nicht eine der Vertragsparteien unangemessen benachteiligt. Die Genehmigungsvoraussetzungen und die Genehmigungsfähigkeit bei langfristigen Zahlungen ergeben sich aus der **PreisklauselVO**.
- 237 **Genehmigungsfrei** ist dagegen eine **Spannungsklausel**, bei der die in ein Verhältnis zueinander gesetzten Güter oder Leistungen im Wesentlichen gleichartig oder zumindest vergleichbar sind (§ 1 Nr. 2 PreisklauselVO). Es ist also zulässig, das Geschäftsführergehalt in Bezug zur Entwicklung bestimmter Tarifgehälter zu setzen. Möglich ist auch eine **genehmigungsfreie Leistungsvorbehaltsklausel** (§ 1 Nr. 1 PreisklauselVO), also eine Klausel, die hinsichtlich des Ausmaßes der Änderung der geschuldeten Vergütung einen Ermessensspielraum belässt, der es den Vertragsparteien oder einem Dritten ermöglicht, die Anpassung der Vergütungshöhe nach Billigkeitsgrundsätzen zu bestimmen (§§ 315, 316 BGB).
- 238 Ist eine vertragliche Wertsicherungsklausel wegen fehlender Genehmigung nichtig, kann eine Umdeutung in eine genehmigungsfreie Klausel in Betracht kommen. Scheidet die Umdeutung aus, ist die Lücke ggf. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung durch eine genehmigungsfreie oder genehmigungsfähige Klausel zu füllen⁴. Haben sich beide Parteien wirksam auf eine Wertsicherungsklausel eingelassen, so müssen sie das in ihr enthaltene Risiko hinneh-

1 Grundsätze der Bundesbank, BAnz. Nr. 109 vom 15. 6. 1978 sowie hierzu: *Willms/Wahlig*, BB 1978, 973.

2 Einzelheiten bei *Schmidt-Räntsch*, NJW 1998, 3166.

3 PreisklauselVO vom 23. 9. 1998, BGBl. I, 3043.

4 OLG Dresden v. 4. 6. 2006 – 6 U 195/06, ■Juris Dokument, Rdnr. 36 ff.

men, dass die Anpassung über die allgemeine Preisentwicklung hinausgeht oder hinter ihr zurückbleibt oder gar eine negative Entwicklung eintritt (ausführlich dazu Rdnr. ■213 mit weiteren Nachw.).

g) Die Anpassung

Die Anpassung des Gehalts nach oben oder nach unten verlangt grundsätzlich eine Vertragsänderung, also eine Einigung beider Parteien. Auf eine langjährige Übung, wonach den Arbeitnehmern der Gesellschaft alle Tarifierhöhungen in der Branche zugute kommen, kann sich der Geschäftsführer nicht berufen¹. Anders ist die Lage bei Geschäftsführern mit arbeitnehmerähnlichem Status, also bei dem Fremdgeschäftsführer und dem Gesellschafter-Geschäftsführer mit geringer Beteiligung. Sie können sich auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz berufen und bei Vorliegen der Voraussetzungen in Anwendung hiervon eine Gehaltserhöhung verlangen². 239

Hiervon abgesehen kommt ein Anspruch des Geschäftsführers auf **Erhöhung** des Gehalts nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht, und zwar in der Regel nur bei unbefristeten Anstellungsverträgen. Zweifelhaft ist nur die Begründung. Bei den **Personengesellschaften** geht die Rechtsprechung³ drei Begründungswege. *Erstens* könne ein widersprechender Gesellschafter im Interesse einer verständigen Weiterverfolgung des Gesellschaftszwecks in extremen Ausnahmefällen aufgrund seiner Treuepflicht zur Vertragsanpassung verpflichtet sein. Das gelte auch für eine im Gesellschaftsvertrag festgesetzte Tätigkeitsvergütung⁴. *Zweitens* könne eine Anpassung über die Auslegung des Gesellschaftsvertrages unter Anwendung von § 157 BGB geboten sein⁵. Und *drittens* kommt eine Anwendung der Lehre von der Änderung oder zum Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht⁶. Diese Rechtsprechung zum Recht der Personengesellschaften kann **nicht vorbehaltlos auf die GmbH** übertragen werden, weil sich die Gründe für die Tätigkeitsvergütung bei den Personengesellschaften und bei der GmbH wesentlich unterscheiden können; denn bei den Personengesellschaften ist die Vergütung für den persönlich haftenden Gesellschafter zugleich das Entgelt für die übernommene persönliche Haftung⁷. Indessen kommt auch bei einer GmbH in Verknüpfung des Treuepflichtgedankens⁸ mit den Folgen einer Änderung der Geschäftsgrundlage für Gesellschafter-Geschäftsführer ein Anspruch auf Anpas- 240

1 BGH, WM 1975, 763.

2 BGH, GmbHR 1990, 389; Heyder, in: Michalski, § 6 Rdnr. 153; a.A. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 178; Nebendahl, NZA 1992, 289 ff.

3 Zum Ganzen s. auch A. Hueck, ZGR 1972, 235, 245; Konzen, AcP 172 (1972), 336; Zöllner, Die Anpassung von Personengesellschaftsverträgen an veränderte Umstände, 1979, S. 59.

4 BGHZ 44, 40 f.; BGH, WM 1967, 1099; BGH, WM 1974, 375, 376.

5 BGH, GmbHR 1978, 12 f.

6 S. auch dazu schon BGHZ 44, 40; BGH, WM 1978, 1230 f.

7 Ebenso ■Formulierung jetzt passt nicht ganz! jetzt Heyder, in: Michalski, § 6 Rdnr. 151; a.A. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 187.

8 So Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 34.

sung des Gehalts in Betracht¹. Maßgebend ist, dass die Interessen des tätigen Gesellschafters nicht unerträglich beeinträchtigt sein dürfen. Für Fremdgeschäftsführer ist allein auf die Änderung der Geschäftsgrundlage abzustellen². Zu denken ist etwa an schwerwiegende Geldentwertung, völlig unerwartetes Wachstum des Unternehmens, wesentliche Änderung der Geschäftsverteilung jeweils verbunden mit der Folge schwerer Äquivalenzstörung.

- 241 Hat sich die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft wesentlich verschlechtert und wäre die Weitergewährung der Bezüge in der bisherigen Höhe für die Gesellschaft eine schwere Unbilligkeit, so können die Gesellschafter die Anpassung verweigern und u.U. sogar die **Herabsetzung** des Gehalts verlangen. Zum Teil wird die Anwendung von § 87 Abs. 2 AktG analog befürwortet³. Dies ist jedoch aus den in Rdnr. ■180a genannten Gründen anzulehnen. Stattdessen ist auf die organschaftliche Treuepflicht abzustellen⁴. Der Geschäftsführer ist aufgrund seiner Treuepflicht gehalten, der Herabsetzung der Bezüge zuzustimmen, wenn er hierdurch mit dazu beiträgt und zu erwarten ist, dass das Unternehmen gesundet. Die Herabsetzung der Bezüge muss für die Gesellschaft objektiv erforderlich und dem Geschäftsführer subjektiv zumutbar sein. Objektiv erforderlich ist die Herabsetzung der Vergütung dann, wenn sich nach der Einstellung des Geschäftsführers die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft so sehr verschlechtert, dass deren Existenz gefährdet ist⁵; der konkrete Eintritt einer Unterbilanz aufgrund der Weiterbezahlung der Geschäftsführergehälter ist nicht erforderlich. Die Herabsetzung muss subjektiv zumutbar sein, d.h. sie muss in ihrer Höhe und Dauer angemessen sein und darf nicht zu einer Existenzgefährdung bei dem Geschäftsführer führen. Diese Pflicht zur Zustimmung zu einer Herabsetzung trifft gleichermaßen Gesellschafter-Geschäftsführer wie Fremdgeschäftsführer. Bei mehreren Geschäftsführern ist die Verpflichtung zur Zustimmung für jeden einzeln zu prüfen. Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen der Notwendigkeit der Herabsetzung trägt die Gesellschaft⁶. Der allgemeine Hinweis auf Verluste genügt nicht. S. auch zur Kürzung einer zugesagten Versorgung Rdnr. ■210.

1 Näher: Uwe H. Schneider, in: FS Semler, 1993, S. 347, 362; zur Verknüpfung beider Lösungswege auch H. P. Westermann, in: FS Hefermehl, 1976, S. 239 f.; im Ergebnis auch Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 187.

2 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 187; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 34; Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 197; a.A. ■Stein, in: Hachenburg, Rdnr. 204.

3 OLG Naumburg, GmbHR 2004, 423 f.; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 187; Marsch-Barner/Diekmann, in: MünchHdb. GmbH, 2. Aufl. 2003, § 43 Rdnr. 24; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Aufl. 2006, § 32 Rdnr. 50; Uwe H. Schneider, Vorauf. (9. Aufl.) Rdnr. 191.

4 BGH, GmbHR 1992, 605, 607; BGH, GmbHR 1995, 654, 655; BFH, GmbHR 2001, 580, 582; Fleck, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 197, 219; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 34a; Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 100; Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 193.

5 BGH, GmbHR 1992, 605, 607; BGH, GmbHR 1995, 654, 655; weitergehend Bauder, BB 1993, 369, 370 f. (konkrete Existenzgefährdung nicht erforderlich).

6 BGH, GmbHR 1992, 605; OLG Naumburg, GmbHR 2004, 423, 424; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 34a; s. auch BAG, ZIP 1985, 893 (Ruhegehalt).

h) Der Auslagenersatz

Der Anspruch des Geschäftsführers auf Auslagenersatz richtet sich nach 242 §§ 669 f., 675 BGB. Besteht kein Anstellungsvertrag, so folgt der Ersatzanspruch aus §§ 713 BGB, 110 HGB analog; für § 683 BGB ist deshalb kein Raum, weil zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer jedenfalls eine Rechtsbeziehung aufgrund der Organstellung besteht, die eine GoA ausschließt¹. Zu erstatten sind alle Ausgaben, die der Geschäftsführer im Rahmen der Unternehmensleitung für notwendig halten durfte und die er verauslagt hat, wie etwa Fahrt- und Übernachtungskosten anlässlich von Dienstreisen, Zollgebühren², Unterhaltungs- und Wartungskosten für Dienstwagen, auch wenn privat genutzt³, usw. Zu erstatten sind weiterhin Schäden, die der Geschäftsführer unverschuldet bei der Ausübung seiner Tätigkeit erlitten hat⁴. Um den Verwaltungsaufwand gering zu halten, stellen viele Unternehmen den Geschäftsführern heute Kreditkarten zur Verfügung. Deren Benutzung allein zu dienstlichen Zwecken sollte der Anstellungsvertrag ausdrücklich regeln. Auslagenersatz ist nach § 3 Nr. 50 EStG grundsätzlich steuerfrei (es sei denn, es handelt sich um Spesenzahlungen, mit denen Ausgaben ersetzt werden, die beim Geschäftsführer als Werbungskosten einzustufen sind).

Der Geschäftsführer hat keinen Anspruch auf Übernahme von Geldstrafen, 243 Bußgeldern⁵ und Verfahrenskosten⁶, wenn das Verfahren zu einer Verurteilung geführt hat. Führt ein Strafverfahren oder ein Ordnungswidrigkeitsverfahren zum Freispruch, so sind die Verfahrenskosten, die nicht ohnehin erstattet werden, durch die Gesellschaft zu tragen⁷. Eine **vorweg** getroffene Vereinbarung, wonach die Gesellschaft Geldstrafen oder Geldbußen erstattet, ist nichtig, mit Ausnahme bei fahrlässiger Begehung. Zulässig ist auch die Vereinbarung, dass Verfahrenskosten oder der Versicherungsbeitrag für eine entsprechende Rechtsschutzversicherung durch die Gesellschaft übernommen werden. Geldbußen, Geldstrafen und Verfahrenskosten dürfen auch **nachträglich** freiwillig durch die Gesellschaft erstattet werden⁸. Die gesellschaftsrechtlichen Normen über die Haftung des Geschäftsführers und die Zweckbindung des gesellschaftlichen Vermögens stehen dem nicht entgegen. Auch strafrechtlich ist die Bezahlung

1 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 65; Heyder, in: Michalski, § 6 Rdnr. 181; a.A. noch Uwe H. Schneider, Voraufl. (9. Aufl.) Rdnr. 192 (§ 683 BGB) ■ Hinweis, dass Uwe H. Schneider seine Meinung geändert hat in dieser Auflage in § 52? ■ Bedenklich: BFH, GmbHR 1977, 48 f.

2 Vgl. BAG, BB 1975, 1344.

3 BGH, WM 1978, 109, 111; BGH, WM 1990, 1025, 1026.

4 Sprau, in: Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 670 Rdnr. 8 ff.; Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 241.

5 Für die Personengesellschaften: Baumbach/Hopt, HGB, § 110 Rdnr. 14 („in der Regel“); eingehend: Rehbindner, ZHR 1948 (1984), 555; ebenso im Arbeitsrecht: BAG, NJW 1983, 1693; Gumpert, BB 1965, 1033; Brüggemann, ■ GA 1968, 161, 166.

6 Weiter gehend: MünchHdb. AG/Wiesner, 3. Aufl. 2007, § 21 Rdnr. 63.

7 Im Allgemeinen: ■ Stein, in: Hachenburg, Rdnr. 307.

8 Wiesner, in: MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 21 Rdnr. 63 mit weiteren Nachw. Wiesner geht davon aus, dass eine nachträgliche Erstattung nur zulässig ist, wenn die Tat keine Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft ist, da sonst ein Verstoß gegen § 93 AktG vorliege.

einer Geldstrafe oder die Gewährung eines Darlehens zur Bezahlung der Geldstrafe unbedenklich. Es liegt keine Strafvereitelung (§ 258 StGB) vor¹.

- 244 Der Geschäftsführer ist verpflichtet, sich im Rahmen der Unternehmensleitung rechtmäßig zu verhalten. Auf die Einhaltung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit können die Gesellschafter im voraus nicht verzichten. Vereinbart werden kann aber der **Ausschluss der Haftung für die fahrlässige Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung**². Das gilt auch, soweit fahrlässig gesetzliche Vorschriften verletzt wurden und hierdurch der Gesellschaft Schaden entstanden ist. Entsprechend kann auch im voraus die Erstattung von Geldbußen vereinbart werden, soweit sie auf der fahrlässigen Begehung von Ordnungswidrigkeiten beruhen. Ausgeschlossen ist dies wegen des besonderen Unrechtsgehalts bei fahrlässig begangenen Vergehen und bei allen vorsätzlich begangenen Taten.

Im Nachhinein kann die Gesellschaft auf **Schadensersatzansprüche verzichten** (s. bei § 43 Rdnr. ■264), wenn dies im Interesse der Gesellschaft liegt. Die Grenze bildet § 30. Das gilt auch, soweit der Schaden vorsätzlich verursacht wurde. Unter denselben Voraussetzungen kann auch die Erstattung von Geldstrafen, und zwar auch aufgrund von vorsätzlich begangenen Vergehen und von Geldbußen erfolgen³. Zuständig ist jeweils die Gesellschafterversammlung.

- 245 Hatte der Geschäftsführer **Schmiergelder** bezahlt, so kann er selbst dann keine Erstattung verlangen, wenn das dadurch zustandegebrachte Rechtsgeschäft für das Unternehmen günstig war⁴; denn erstattungsfähig sind nur solche Aufwendungen, die der Geschäftsführer für erforderlich halten durfte. Erforderlich sind jedoch nur rechtmäßige Aufwendungen. Anders ist die Lage nur dann zu beurteilen, wenn die Schmiergeldzahlung im Ausland vorgenommen, der Bewirkung eines rechtmäßigen Verhaltens dient und in dem betreffenden Land üblich und nicht als grobe Verletzung des geschäftlichen Anstandes empfunden wird⁵.

Vorauslagt der Geschäftsführer im Interesse der GmbH **Bewirtungsspesen**, die mangels ordnungsgemäßer Belege als Betriebsausgaben nicht anerkannt werden können, so steht ihm ein Aufwendungsersatzanspruch insoweit nicht zu⁶. Zu den Aufwendungsersatzansprüchen nach Auflösung einer Vor-GmbH: BGH, DB 1983, 278.

1 BGHSt 37, 226.

2 Str., s. bei § 43 Rdnr. ■254 ff. und Uwe H. Schneider, in: FS Werner, 1984, S. 814.

3 Enger: *Rehbinder*, ZHR 148 (1984), 555, 568.

4 BGH, LM Nr. 12 zu § 670 BGB = NJW 1965, 293; vgl. auch BGHZ 37, 258, 263 und BGHZ 94, 268, 273; *Soergel/Mühl*, BGB, 11. Aufl., § 670 Anm. 6; *Seiler*, in: Münch-Komm. BGB, 4. Aufl. 2005, § 670 Rdnr. 10 sowie eingehend: Uwe H. Schneider, AG 1983, 205 ff., 216; *Sethe*, WM 1998, 2309, 2322.

5 Uwe H. Schneider, AG 1983, 205, 211 mit weiteren Nachw.; *Sethe*, WM 1998, 2309, 2325.

6 OLG Karlsruhe, GmbHR 1962, 135; OLG Hamburg, BB 1963, 998: Kilometergeld.

i) Erfindungen

Nach herrschender Ansicht ist für Erfindungen des Geschäftsführers das Arbeitnehmererfindungsgesetz nicht anwendbar¹. Die zunächst im Entwurf zum Arbeitnehmererfindungsgesetz von 1957 enthaltene Bestimmung über eine entsprechende Anwendung wurde später gestrichen². Die von dem Geschäftsführer entwickelten Erfindungen stehen ihm daher selbst zu. Aus dem Anstellungsvertrag folgt jedoch für Dienstserfindungen eine Anbieterspflicht gegenüber der Gesellschaft, wenn die Erfindung in den Geschäftsbereich der Gesellschaft fällt³. Verlangen kann der Geschäftsführer die nach § 612 BGB angemessene Vergütung. Für die Vergütungshöhe sind einerseits die Vergütungsrichtlinien des Arbeitnehmererfindungsgesetzes nicht entsprechend anwendbar⁴. Der Geschäftsführer kann andererseits auch nicht die Lizenzgebühr verlangen, die ein freier Erfinder erhalten würde⁵. Zu berücksichtigen sind vielmehr weitere Umstände, etwa ob die Erfindung im Rahmen des Betriebes mit betrieblichen Mitteln oder als freie Erfindung erfolgte, welche Aufgaben dem Geschäftsführer zugewiesen waren usw.⁶. 246

j) Der Urlaub

Das BUrlG gilt nicht für Geschäftsführer⁷. Fehlt eine Vereinbarung im Anstellungsvertrag, so ist aber aus der Treue- und Fürsorgepflicht der Gesellschaft ein Anspruch auf angemessenen Erholungsurlaub im laufenden Jahr abzuleiten⁸. Wenn eine Freizeit wegen der Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht mehr möglich oder sie im Unternehmensinteresse ausgeschlossen ist, besteht 247

1 BGH, GRUR 1965, 302, 304; BGH, GmbHR 1990, 160; OLG Düsseldorf, GmbHR 1999, 1093; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 64; Stein, in: Hachenburg, Rdnr. 170; Bartenbach/Volz, ArbNERfG, 4. Aufl. 2002, § 1 Rdnr. 68; Gaul, DB 1990, 671, 673; Henssler, RdA 1992, 289, 296; Jestaedt, in: FS Nirk, 1992, S. 493 ff.; Sack, in: MünchHdb. ArbR, 2. Aufl. 2000, § 101 Rdnr. 6; s. auch Kaube, in: Reimer/Schade/Schippel, ArbNERfG, 6. Aufl. 1993, § 38 Rdnr. 4; a.A. Miller, in: Meyer-Landrut/Miller/Niehus, §§ 35–38 Rdnr. 182; Heyll, Die Anwendung von Arbeitsrecht auf Organmitglieder, 1994, S. 129, 260; Miller, ZIP 1981, 578, 582; zum Ganzen: Trimborn, Erfindungen von Organmitgliedern, 1998.

2 Amtl. Begr. zu § 1 RegE, BT-Drucks. Nr. II/1648 vom 19. 5. 1955.

3 Gaul, GmbHR 1982, 101, 103; Gaul, DB 1990, 671.

4 BGH, GmbHR 1990, 160.

5 BGH, GRUR 1962, 509, 513.

6 BGH, GmbHR 1990, 160; Bartenbach/Volz, ArbNERfG, 4. Aufl. 2002, § 1 Rdnr. 75; Heyder, in: Michalski, § 6 Rdnr. 186.

7 H.M.; BGH, WM 1980, 192; Stein, in: Hachenburg, Rdnr. 308; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 29; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, § 6 Rdnr. 42, 72; Oberrath, MDR 1999, 134, 137; a.A. Gissel, Arbeitnehmerschutz für GmbH-Geschäftsführer, 1987, S. 129; Miller, ZIP 1981, 581; Wank, in: FS Wiedemann, 2002, S. 587.

8 BGH, WM 1975, 761; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 177; Stein, in: Hachenburg, Rdnr. 308; Haase, GmbHR 2005, 338, 342 ff.

ein Anspruch auf Abgeltung¹. Bei Gesellschafter-Geschäftsführern liegt in der Abgeltung daher keine verdeckte Gewinnausschüttung².

k) Die Verjährung

- 248 Die Verjährung der Ansprüche auf Vergütung und Auslagen richtet sich nach § 195 BGB (drei Jahre nach dem Schluss des Fälligkeitsjahres, § 199 Abs. 1 BGB). Das gilt auch für Versorgungsansprüche.

l) Abtretung

- 249 ■Hinweis von Uwe H. Schneider beachten■ Der Vergütungsanspruch kann durch den Geschäftsführer abgetreten werden. Drei Konstellationen sind zu unterscheiden. (1) Wird dem Geschäftsführer ein festes Gehalt bezahlt, ist mit einer Abtretung keine Offenbarung von Betriebsinterna verbunden. Die Gesellschaft kann allenfalls ein Interesse daran haben, die Höhe der Vergütung geheim zu halten, um Neid zwischen mehreren Geschäftsführern zu verhindern. Dies allein stellt kein sachliches Interesse dar, das eine Geheimhaltung nach § 85 und damit ein Abtretungsverbot rechtfertigt³. (2) Wird eine erfolgsbezogene Vergütung (Tantieme) bezahlt, führt die Abtretung dazu, dass der Geschäftsführer die Höhe der Tantieme und damit die Höhe des Gewinns der Gesellschaft offenbaren muss (§ 402 BGB). Aber auch in diesem Fall ist die Abtretbarkeit nicht generell ausgeschlossen. Denn der maßgebliche Gewinn einer GmbH bzw. der GmbH & Co. KG ist gemäß § 325 HGB bzw. § 264a HGB im Jahresabschluss zu publizieren, so dass ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der GmbH i.S.d. § 85 nach Entstehen der jeweiligen Offenlegungspflicht aus § 325 HGB fehlt⁴. (3) Sollte die Gesellschaft ausnahmsweise ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung der Vergütung haben (z.B. weil diese an einen nicht publizitätspflichtigen Tatbestand gekoppelt ist), führt dies ebenfalls nicht zu einem Abtretungsverbot. Die Rechtsprechung zur Abtretung von Arzt- und Anwaltsforderungen kann mangels Vergleichbarkeit der Sachverhalte nicht übertragen werden⁵. Anleihen lassen sich aber aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bankgeheimnis machen. Der BGH hatte entschieden, dass aus der vertraglich begründeten Verschwiegenheitspflicht kein dinglich wirken-

1 BGH, LM § 35 GmbHG Nr. 5; OLG Düsseldorf, GmbHR 2000, 278, 281; OLG Celle, NZG 1999, 78, 79; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 29; enger *Heyder*, in: Michalski, § 6 Rdnr. 185, der eine Abgeltungspflicht nur für den vertraglich vereinbarten Urlaub annimmt, mithin also Fälle ausnimmt, in denen der Urlaub nicht ausdrücklich geregelt ist.

2 BFH, DStR 2004, 680.

3 BGH, GmbHR 1996, 612, 613; BGH, GmbHR 2000, 85, 86 f.; im Ergebnis auch OLG Köln, NZG 2000, 210; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 35; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 164; a.A. OLG Frankfurt, GmbHR 1995, 656, 657.

4 BGH, GmbHR 2000, 85, 87; *Schulze-Osterloh/Servatius*, in: Baumbach/Hueck, § 85 Rdnr. 13; *Tiedemann*, Vorauf. (9. Aufl.), § 85 Rdnr. 25; differenzierend *Armbrüster*, GmbHR 1997, 56, 59; a.A. *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, WuB IV A. § 399 BGB 1.00; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 192.

5 BGH, GmbHR 1996, 612, 613; BGH, GmbHR 2000, 85, 86; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 192.

des Abtretungsverbot folge. Hierzu bedürfe es einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Parteien i.S.d. § 399 Alt. 2 BGB. Zudem sei mit der Abtretung nicht zwingend eine Offenbarung vertraulicher Information aus der Bankbeziehung verbunden, denn § 402 BGB sei abdingbar¹. Diese Überlegungen lassen sich ohne weiteres auf die vorliegende Fallgestaltung übertragen. Will der Geschäftsführer seinen Vergütungsanspruch abtreten, muss er § 402 BGB abbedingen und die Forderung für den Zessionar einziehen. Auf die Tatsache, dass das Bankgeheimnis im Gegensatz zum Betriebsgeheimnis nicht durch eine eigenständigen Straftatbestand geschützt ist, kommt es also nicht an. Vor diesem Hintergrund kommt eine Anwendung des § 134 BGB i.V.m. § 85 GmbHG damit nicht in Betracht².

m) Die Pfändung

Die Pfändungsschutzbestimmungen (§§ 850 ff. ZPO) gelten auch für die Vergütungs- und Ruhegehaltsansprüche des Geschäftsführers, „der an der Gesellschaft nicht oder nicht wesentlich beteiligt ist“³. Ob diese Änderung der Rechtsprechung auch für den – beherrschenden – Gesellschafter-Geschäftsführer gilt, ist ausdrücklich offengelassen, aber angesichts vergleichbarer Voraussetzungen, Schutz des Lebensunterhalts, zu bejahen⁴.

n) Der Ruhegehaltsanspruch

aa) Voraussetzung und Berechnung

Dem Geschäftsführer und seinen Hinterbliebenen können Ruhegehaltsansprüche aus der **gesetzlichen Rentenversicherung zustehen** (zur Sozialversicherungspflicht s. unten Rdnr. ■264 ff.). Unabhängig davon, ob Ansprüche aus der gesetzlichen Rentenversicherung bestehen oder nicht, ist eine betriebliche Altersversorgung für die Geschäftsführer jedoch regelmäßig von besonderer Bedeutung, da die gesetzliche Rente nicht den gewohnten Lebensstandard absichert. Die Zusage einer betrieblichen Versorgung anstelle oder neben den Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung ist daher in der Praxis üblich⁵. Die Gesellschaft kann sich entweder im Wege der **Direktzusage**⁶ zur Zahlung

1 BGH, ZIP 2007, 619, 621; Roth, in: MünchKomm. BGB, 5. Aufl. 2007, § 402 Rdnr. 2.

2 Im Ergebnis auch Schulze-Osterloh/Servatius, in: Baumbach/Hueck, § 85 Rdnr. 13; a.A. Uwe H. Schneider, Vorauf. (9. Aufl.) Rdnr. 197a; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 35; Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 164.

3 BGH, GmbHR 1978, 38, 39; a.A. noch BGHZ 41, 288.

4 Ebenso: Stein, in: Hachenburg, Rdnr. 213; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 35; Timm, ZIP 1981, 10, 11; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 104; Hüßtege, in: Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl. 2007, § 850 Rdnr. 6; Stöber, in: Zöllner, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 850 Rdnr. 9; Brehm, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 850 Rdnr. 38; wohl auch Goette, DStR 1998, 1137; a.A. Fleck, WM 1968, Sonderbeil. 3, S. 1.

5 Zahlenangaben bei Tillmann/Mohr, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 332; Tänzer, GmbHR 2003, 754 ff.; Tänzer, GmbHR 2005, 1256, 1259.

6 Dazu Reuter, BB Beil. 5 zu Heft 18/1986, S. 4.

eines Ruhegehalts verpflichten¹ oder eine private **Direktversicherung abschließen**, für die sie die Zahlung der Versicherungsbeiträge übernimmt². Größere Gesellschaften bedienen sich mitunter selbstständiger Pensions- und Unterstützungskassen, die die Altersversorgung für ein oder mehrere Unternehmen abwickeln, oder zahlen in einen Pensionsfonds ein (s. auch Rdnr. ■■■). Allerdings setzen diese Wege der mittelbaren Altersversorgung wegen der Anwendbarkeit des Betriebsrentengesetzes voraus, dass der Geschäftsführer einen arbeitnehmerähnlich Status hat (s. im Einzelnen Rdnr. ■■■ ff.).

- 252 Es steht der Gesellschaft grundsätzlich aber frei, ob und in welchem Umfang sie Versorgungsleistungen erbringen will³. Ein Anspruch auf Ruhegehalt entsteht nur, wenn dies im Anstellungsvertrag von Anfang an oder nachträglich vereinbart wurde. Durch Branchenüblichkeit oder eine betriebliche Übung in Form einer umfassenden Versorgung der Arbeitnehmer der Gesellschaft erwächst dem Geschäftsführer kein Anspruch⁴. Selbst eine gerade die Geschäftsführer der Gesellschaft betreffende Übung genügt nicht, denn die Zusage des Ruhegehalts wird jeweils nur einmalig erteilt, so dass die Voraussetzung einer betrieblichen Übung, nämlich die mehrfach vorbehaltlose Gewährung der Leistung, nicht erfüllt ist⁵. Zur Anwendbarkeit des arbeitsrechtlichen Grundsatzes der Gleichbehandlung s. Rdnr. ■164a. Der Grundsatz, wonach die Gewährung einer betrieblichen Altersversorgung freiwillig ist, hat eine Durchbrechung erfahren. Ein abhängiger Geschäftsführer i.S.d. Betriebsrentengesetzes (s. im Einzelnen Rdnr. ■■■ ff.) kann von seinem Arbeitgeber verlangen, dass von seinem Entgelt ein Betrag von bis zu 4% der Bemessungsgrundlage der Rentenversicherung durch Entgeltumwandlung für die betriebliche Altersversorgung verwandt wird (§ 1a Abs. 1 Satz 1 BetrAVG). Da diese Versorgung nicht von der GmbH, sondern vom Geschäftsführer finanziert wird, kann man den genannten Grundsatz nun dahingehend umformulieren, dass die Gewährung von Mitteln der GmbH für die betriebliche Altersversorgung freiwillig ist.
- 253 Zuständig ist das Organ, das auch den Anstellungsvertrag abschließt (s. Rdnr. ■171 ff.)⁶. Die zivilrechtliche Wirksamkeit der Vereinbarung hängt nicht von der Einhaltung einer besonderen Form ab⁷, wohl aber die Möglichkeit der steuerwirksamen Bildung von Rückstellungen bei Direktzusagen (§ 6a Abs. 1

1 Einzelheiten bei *Heubeck/Schmauck*, Die Altersversorgung der Geschäftsführer in GmbH und GmbH & Co. KG, 4. Aufl. 1998, S. 44, 127, 138; *Förster*, DStR 1994, 507; *Harle/Kulemann*, GmbHR 2005, 1275; *Reichert*, DStR 1997, 835; *Reiners/Wierling*, BB 1995, 87; *Wanninger*, BB 2002, 2470.

2 BGH, WM 1978, 1122; *Reuter*, GmbHR 1985, 28; *Reuter*, GmbHR 1997, 1081.

3 Zur Späthenklausel: BAG, WM 1979, 503.

4 RGZ 169, 302; BGH, WM 1969, 686; BGH, WM 1978, 1402, 1403; BGH, GmbHR 1994, 112, 113 mit Anm. *Heubeck/Oster*, EWiR 1994, 327; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, § 6 Rdnr. 56; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 93; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 218; a.A. *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 194.

5 BGH, WM 1969, 688; BGH, WM 1973, 506; BGH, WM 1978, 1402: für die Anpassung des Ruhegehalts.

6 BGH, GmbHR 1991, 363.

7 Zur konkludenten Zusage einer Pension BGH, GmbHR 1994, 112, 113.

Nr. 3 EStG). Der Anspruch auf Ruhegehalt darf freilich aus steuerlichen Gründen weder zu früh¹ noch zu spät² begründet werden.

Das Ruhegehalt dient der Versorgung und hat zugleich den **Charakter eines Entgelts** für die geleisteten Dienste³. Es ist die besondere Vergütung dafür, dass der Geschäftsführer lange Zeit für die Gesellschaft tätig war und die Chancen einer persönlichen Verbesserung seiner Bezüge usw. durch den Wechsel des Unternehmens ausschlug⁴. 254

Berechnet wird die Pension üblicherweise in **Bruchteilen des letzten Einkommens** (z.B. Durchschnittseinkommen der letzten drei Jahre), oder sie wird mit einem bestimmten Wertmesser, z.B. einer Beamtenpension⁵, ins Verhältnis gesetzt. Ist vom Endgehalt auszugehen, so ist bei Fehlen anderweitiger Bestimmungen im Vertrag das Gesamteinkommen, also das Festgehalt zuzüglich Tantieme gemeint. Andere Nebenleistungen wie Provision, Gratifikation und Naturalleistungen sind nur bei besonderer Vereinbarung als Teil der Gesamtvergütung zu behandeln. 255

Ist das **Ruhegehalt mit der Pension eines Beamten ins Verhältnis gesetzt**, so ist die Vergleichsleistung das gesamte Beamtengehalt, also einschließlich der Zulagen und Zuschläge⁶. Die Verweisung kann sich auch zum Nachteil des Berechtigten auswirken⁷. 256

bb) Anwendung des BetrAVG auf Pensionszusagen

Die Pensionsvereinbarungen mit Geschäftsführern unterliegen unter bestimmten Voraussetzungen den Bestimmungen der §§ 1 ff. BetrAVG. Ziel des Betriebsrentengesetzes ist die Sicherung der Anwartschaft und des Ruhegelds durch den Grundsatz der Unverfallbarkeit (§ 1b BetrAVG), das Auszahlungsverbot (Anrechenbarkeit anderer Versorgungsbezüge, § 5 BetrAVG), die Verpflichtung zur regelmäßigen Anpassung (§ 16 BetrAVG) und die Insolvenzsicherung (§§ 7 ff. BetrAVG). Das Gesetz ist jedoch nur anwendbar, wenn die im Folgenden erörterten persönlichen und sachlichen Voraussetzungen vorliegen⁸. 257

1 BFH/NV 1993, 330; BFH, GmbHR 2002, 977 f.; BFH, GmbHR 2004, 261, 262.

2 BFH, GmbHR 1995, 388; BFH, GmbHR 1998, 944: „Erdienenszeitraum“; Tillmann/A. Schmidt, GmbHR 1995, 801.

3 BGHZ 55, 274, 278; BGHZ 61, 31, 36; BGHZ 108, 330, 335 ff. = GmbHR 1990, 72, 74; BGH, NJW-RR 1989, 286, 290; Goette, in: FS Wiedemann, 2002, S. 873, 882; Hilger, RdA 1981, 6, 8 f.; anders wohl Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 194.

4 BGH, GmbHR 1984, 75, 76.

5 Vgl. z.B. BGH, WM 1984, 900; OLG München, GmbHR 1987, 478 f.

6 BGH, DB 1976, 2394 einerseits, BGH, NJW 1976, 2342 andererseits, s. auch BGH, WM 1970, 131; BGH, WM 1971, 507 und BGH, WM 1980, 192 (betr. Weihnachtzulage).

7 BGH, WM 1984, 900.

8 Einzelheiten s. in den einschlägigen Kommentaren, insbesondere bei Ahrend/Förster/Rühmann, Betriebsrentengesetz, 10. Aufl. 2005; Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 4. Aufl. 2006; Höfer/Reiners/Wüst, BetrAVG (Stand 06/2006); Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Bode/Pühler, BetrAVG, 2. Aufl. 2005; zur Praxis s. auch das Merkblatt des Pensions-Sicherungs-Vereins, Nr. 300/M 1, Stand 1.05: „Insolvenzversicherung für Versorgungszusagen an (Mit-)Unternehmer (persönlicher und sachlicher Geltungsbereich des Betriebsrentengesetzes)“.

aaa) Persönlicher Geltungsbereich

- 258 Das Gesetz ist „hauptsächlich ein Arbeitnehmerschutzgesetz“¹. Es ist daher nur auf Geschäftsführer anzuwenden, die „**betriebsrentenrechtliche Arbeitnehmer**“ sind, § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG (abhängiger Geschäftsführer). Aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen ist der Unternehmer-Geschäftsführer.

Welcher Geschäftsführer „betriebsrentenrechtlicher Arbeitnehmer“ und damit „abhängiger Geschäftsführer“ ist, ist insbesondere im Blick auf den Umfang des Insolvenzschutzes (s. Rdnr. ■256) streitig. Das Landgericht und das Oberlandesgericht Köln, die in erster und zweiter Instanz für Klagen gegen den Pensions-Sicherungs-Verein zuständig sind, hatten die Ansicht vertreten, dass die in der Geschäftsführung tätigen Gesellschafter vom Insolvenzschutz ausgeschlossen sind; denn dieser Personenkreis könne die Ausgestaltung von Ruhegeldzusagen erheblich beeinflussen. Ein solches Organmitglied trete dem Unternehmen „vertrags-paritätisch“ gegenüber und muss daher nicht durch das Betriebsrentengesetz geschützt werden².

- 259 Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist dem in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt. Sie hat den gesicherten Personenkreis näher definiert und dabei stark differenziert. Das BetrAVG sei in erster Linie ein Arbeitnehmerschutzgesetz. Daher könnten solche Personen nicht den Schutz des Gesetzes in Anspruch nehmen, die selbst Unternehmer sind, d.h. sowohl vermögensmäßig als auch einflussmäßig mit der Gesellschaft so sehr verbunden sind, dass sie das Unternehmen als ihr eigenes betrachten können³. Nicht entscheidend ist, wie das Dienstverhältnis vertrags-, steuer- oder sozialversicherungsrechtlich zu qualifizieren ist. Maßgebend ist der Umfang der Einflussmöglichkeiten aufgrund der Kapital- und Stimmrechtsverhältnisse in der Gesellschaft⁴. Dabei bedarf es einer Gesamtwürdigung, wobei es auf eine typisierende Betrachtungsweise und nicht auf die individuelle Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person ankommt. Vor diesem Hintergrund sind folgende Personen nicht als „abhängige Geschäftsführer“ zu qualifizieren und damit nicht in den Insolvenzschutz miteinbezogen:

- der als Geschäftsführer tätige Alleingesellschafter⁵;
- der Mehrheitsgesellschafter⁶. Dabei werden Anteile von Familienangehörigen nicht ohne weiteres hinzugerechnet;

¹ BGHZ 77, 94, 97.

² Ansprüche verneint: OLG Köln, DB 1978, 1550; ■zwei verschiedene Entscheidungen?■ OLG Köln, DB 1978, 1552; Ansprüche bejaht: OLG Köln, BB 1978, 1621: Beteiligung unter 10%; s. auch *Wiedemann/Moll*, RdA 1977, 17.

³ Dies deckt sich mit den Gesetzesmaterialien, BT-Drucks. 7/1281, S. 30 (zu § 7 Abs. 1 Satz 2 RegE = § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG).

⁴ S. etwa BGH, GmbHR 1998, 84, 86.

⁵ BGHZ 77, 94, 101 = GmbHR 1980, 162, 164 mit Besprechungsaufsatz *Hanau/Kemper*, ZGR 1982, 123; LG Köln, Betriebliche Altersversorgung 1989, 52; *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 339.

⁶ BGHZ 77, 94, 101 f. = GmbHR 1980, 162, 165; BAG, GmbHR 1991, 458, 459; *Goette*, ZIP 1997, 1317, 1319; *Wiedemann/Moll*, RdA 1977, 13, 25.

- der Geschäftsführer, der genau 50% der Anteile hält, da er durch sein Veto jede ihm nachteilige Entscheidung im Unternehmen verhindern und damit die Geschäftsentscheidungen in seinem Sinne steuern kann¹. Man könnte überlegen, ob Gleiches nicht für einen Geschäftsführer gilt, der kraft Gesellschaftsvertrags ein Vetorecht bei allen geschäftspolitischen Entscheidungen hat, da er ebenfalls einen über seine Kapitalbeteiligung weit hinausgehenden Einfluss ausüben kann; die zur Sozialversicherungspflicht ergangene Rechtsprechung² wird jedoch ohne nähere Begründung nicht auf das Betriebsrentengesetz übertragen³;
- das geschäftsführende Organmitglied, das zwar nur über eine Minderheitsbeteiligung verfügt, aber über einen Stimmbindungsvertrag insgesamt mehr als 50% der Anteile repräsentiert; denn er übt maßgeblichen Einfluss im Unternehmen aus und ist daher einem Unternehmer gleichzustellen⁴;
- jeder von mehreren Gesellschafter-Geschäftsführern, die zwar einzeln lediglich eine nicht ganz unbedeutende Minderheitsbeteiligung⁵ innehaben, die aber zusammen über die Mehrheit der Stimmrechte verfügen⁶.

Die von der Rechtsprechung vorgenommene Beurteilung des Falles von mehreren Gesellschafter-Geschäftsführern, die zwar einzeln lediglich eine nicht ganz unbedeutende Minderheitsbeteiligung innehaben, die aber zusammen über die Mehrheit der Stimmrechte verfügen, ist zweifelhaft⁷. Zur Begründung wird auf eine Gesamtwürdigung abgestellt. Sind mehrere Minderheitsgesellschafter für die Gesellschaft tätig, so könne unterstellt werden, dass sie gleichgerichtete Interessen hätten. Das führe dazu, dass ihre gemeinschaftliche Mehrheitsbeteiligung einen betriebsrentlichen Unternehmerstatus begründe. Diese Überlegung

1 BGHZ 77, 233, 241 f. = GmbHR 1980, 266, 268; *Baumann*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2004, § 15 Rdnr. 29; *Höfer*, in: Höfer/Reiners/Wüst, BetrAVG (Stand 6/2006), § 17 Rdnr. 3745; *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 339, 687; a.A. *Blomeyer/Rolfs/Otto*, BetrAVG, 4. Aufl. 2006, § 17 Rdnr. 111; *Goette*, ZIP 1997, 1317, 1322 ff.; *Arteaga*, ZIP 1998, 276, 277; *Griebeling*, § 17 BetrAVG 1/97, EWIR 1997, 825, 826.

2 BSG, GmbHR 1991, 461, 462; BSG, GmbHR 1992, 172, 173.

3 PSV-Merkblatt „Insolvenzversicherung für Versorgungszusagen an (Mit-)Unternehmer (persönlicher u. sachlicher Geltungsbereich des Betriebsrentengesetzes)“ (Merkblatt 300/M1 Stand 1.05). Vgl. aber auch BAG, GmbHR 1998, 84, 86, das bei der Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen von § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG für einen Minderheitengesellschafter gerade auf den bestimmenden Einfluss eines anderen Minderheitengesellschafters abstellt.

4 BGH, ZIP 1980, 778 (für Vorstandsmitglied einer AG); *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 340.

5 Als nicht unbedeutend dürfte eine Beteiligung von über 10% gelten, vgl. *Baumann*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2004, § 15 Rdnr. 29; *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 341 – jeweils mit weiteren Nachw.

6 BGHZ 77, 233, 241 = GmbHR 1980, 266, 268 mit Bspr. *Hanau/Kemper*, ZGR 1982, 123; BGHZ 108, 330, 333; BGH, WM 1981, 647 = ZIP 1981, 898 = GmbHR 1981, 239, 240; BGH, NJW-RR 1991, 746, 747; BAG, DB 2001, 2102, 2104; s. ferner BGH, GmbHR 1998, 86.

7 So ■ Formulierung jetzt passt nicht mehr ■ jetzt auch BAG, GmbHR 1998, 84, 86; BGH, GmbHR 1997, 843, 844; mit Anm. *Goette*, DStR 1997, 1136 f.

gen überzeugen nicht, denn so könnte man alle Geschäftsführer mit einer Minderheitsbeteiligung als Unternehmer-Geschäftsführer qualifizieren und den Anwendungsbereich des Betriebsrentengesetzes damit reine Fremdgeschäftsführer reduzieren. Das aber widerspräche dem Schutzbereich des Betriebsrentengesetzes¹. Im Übrigen ist es wirklichkeitsfremd zu unterstellen, dass die Geschäftsführer mit Minderheitsbeteiligung stets gleichlaufende Interessen verfolgen. Anders formuliert bedeutet dies, dass die Gesellschafter-Geschäftsführer mit Minderheitsbeteiligungen, die nicht über eine erhöhte Stimmkraft aufgrund von Stimmbindungsverträgen, Vetorechten oder Stimmrecht über die Anteile ihrer minderjährigen Kinder verfügen, deshalb in den Schutzbereich des BetrAVG fallen².

- 261 Im Ergebnis lässt sich also feststellen, dass in den Schutzbereich des Betriebsrentengesetzes und damit in den Schutzbereich des Pensions-Sicherungs-Vereins nur die Fremd-Geschäftsführer einerseits und die Gesellschafter-Geschäftsführer andererseits fallen, die eine unter 50% liegende Gesellschaftsbeteiligung halten. Unter 50% liegen muss sowohl die Vermögensbeteiligung als auch der Einfluss. Letzterer darf nicht so bedeutend sein, dass der Geschäftsführer das Unternehmen als sein eigenes betrachten konnte³.
- 262 Auch ein Minderheitsgesellschafter, der zusammen mit einem Mehrheitsgesellschafter die Geschäftsführung innehat (z.B. bei Ehepaaren in der Geschäftsführung häufig anzutreffen), hat für seine Versorgung den Schutz des BetrAVG⁴. Letzterer kann nämlich Entscheidungen notfalls auch gegen den Willen seines Mitgeschäftsführers fällen.
- 263 Bei einer GmbH & Co. KG, bei der die GmbH nur die Geschäfte der KG führt, werden die Gesellschaften als wirtschaftliche Einheit betrachtet, so dass es für die Einordnung des Geschäftsführers davon abhängt, in welchem Ausmaß er an der GmbH und an der KG beteiligt ist⁵.
- 264 Ist der versorgungsberechtigte Geschäftsführer zeitweise als Unternehmer und zeitweise als Arbeitnehmer tätig gewesen, kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Versorgungszusage an; durch das BetrAVG geschützt ist vielmehr der Teil der Versorgungsleistung, der durch die Tätigkeit als Arbeitnehmer verdient worden ist⁶.
- 265 Gemäß § 17 Abs. 3 BetrAVG darf von den Bestimmungen des BetrAVG – mit Ausnahme durch Tarifverträge – nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Das gilt trotz des engen Wortlauts des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG auch für Geschäftsführer mit Arbeitnehmereigenschaft⁷.

1 S. auch BGH, GmbHR 1990, 72, 73.

2 Ebenso *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 340, 688.

3 BGHZ 77, 94, 101 = GmbHR 1980, 461 sowie BAGE 66, 1, 5.

4 BGHZ 77, 94, 105 f.; BGH, GmbHR 1990, 72; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 149.

5 BGHZ 77, 94, 104 ff.; BGHZ 77, 233, 239 ff.; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 150.

6 BGHZ 77, 233, 245; BGH, WM 1980, 1116, 1117 = ZIP 1980, 782; BGH, WM 1981, 453, 454; BGH, WM 1981, 676; BGH, WM 1981, 814, 815.

7 BGH, WM 1986, 464, 467.

bbb) Sachlicher Geltungsbereich

Das Gesetz ist nur anzuwenden, soweit durch den Arbeitgeber Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass eines **betriebsrentenrechtlichen Arbeitsverhältnisses** zugesagt worden sind (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG). Entscheidend ist also der Zweck der zugesagten Leistungen. Dienen sie z.B. der Vermögensbildung oder der Überbrückung einer erwarteten Arbeitslosigkeit, genießen sie nicht den Schutz des BetrAVG¹. Je niedriger das Lebensalter ist, ab dem die Versorgungsleistungen einsetzen sollen, um so genauer ist deren Zweck zu prüfen². Richten sich die Leistungen des Arbeitgebers nach der Leistungsordnung des Essener Verbandes, beginnt die betriebliche Altersversorgung erst mit Vollendung des 65. Lebensjahres oder nach § 6 BetrAVG mit der Inanspruchnahme eines vorgezogenen Altersruhegeldes aus der gesetzlichen Rentenversicherung³. Allgemein ist davon auszugehen, dass jedenfalls eine mit Vollendung des 63. Lebensjahres einsetzende Rente eine typische Leistung der Altersversorgung darstellt⁴. Um eine Versorgung aus Anlass eines betriebsrentenrechtlichen Arbeitsverhältnisses darzustellen, muss sie in ihrer Höhe insbesondere auch angemessen sein⁵.

Es lassen sich verschiedene Formen von Versorgungszusagen unterscheiden, die nicht alle unter das Betriebsrentengesetz fallen⁶: (1) Gesetzlicher Ausgangspunkt ist die **Versorgungszusage**, bei der sich die GmbH verpflichtet, bei Eintritt des Versorgungsfalles ein Ruhegehalt in bestimmter Höhe zu bezahlen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG). Die GmbH zahlt keine Beiträge. Sie ist selbst der Versorgungsträger. (2) Möglich ist weiterhin die so genannte **beitragsorientierte Leistungszusage** (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG). Die GmbH verpflichtet sich, bestimmte Beiträge in eine Versorgung umzuwandeln. Mit Eintritt des Versorgungsfalles muss die GmbH dann die aus den Beiträgen errechnete Versorgung leisten. Im Gegensatz zur Versorgungszusage bietet die beitragsorientierte Leistungszusage den Vorteil höherer Transparenz. Beide Seiten sehen, wieviel Prozent des Einkommens für die Altersversorgung gezahlt werden. (3) Bei der **Beitragszusage mit Mindestleistung** verpflichtet sich die GmbH, Beiträge an einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung zu zahlen (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG). Die GmbH haftet dabei für das planmäßig zuzurechnende Versorgungskapital auf der Grundlage der gezahlten Beiträge (Beiträge und die daraus erzielten Erträge), soweit sie nicht rechnerisch für einen biometrischen Risikoausgleich verbraucht wurden. Der Gesetzgeber weist damit das Risiko, dass der Pensionsfonds, die Pensionskasse oder die Direktversiche-

1 BGH, WM 1981, 762, 764; BGH, WM 1981, 940, 941; BGH, WM 1984, 1324, 1325; BAG, ZIP 1987, 1204, 1205; BAG, BB 1988, 1671 = DB 1988, 2007.

2 Vgl. BAG, WM 1984, 750, 751; BAG, ZIP 1987, 393, 395 f.

3 BAG, DB 1988, 2007.

4 BGH, WM 1981, 762, 764; BGH, ZIP 1989, 110.

5 Baumann, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2004, § 15 Rdnr. 30; Tillmann/Mohr, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 690, jeweils mit weiteren Nachw. S. zur verdeckten Gewinnausschüttung durch Pensionszusagen BFH, GmbHR 2002, 446, 447; Bascopé/Hering, GmbHR 2005, 741, 745 ff. mit weiteren Nachw. und oben Rdnr. ■182a, 199a.

6 Dazu etwa Fuchs, BetrAVG 2006, 121, 125 ff.

rung mit den Beiträgen nicht erfolgreich wirtschaftet, dem Arbeitgeber zu. (4) Für sozialversicherungsrechtliche erfasste Geschäftsführer interessant ist die Entgeltumwandlung (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG), die in § 1a BetrAVG eine eigenständige Regelung erfahren hat¹, denn diese ist mit steuerlichen Vorteilen verbunden. (5) Schließlich kann eine Kombination der soeben unter (3) und (4) vorgestellten Formen erfolgen (§ 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG). (6) Nicht vom Betriebsrentengesetz erfasst wird dagegen die reine Beitragszusage, bei der die GmbH eine bestimmte Beitragshöhe verspricht und der Geschäftsführer das Risiko trägt, das die Erträge aus den Beiträgen nicht die erwartete Versorgung erwirtschaften. Eine Mindesthaftung der GmbH ist bei dieser Form der Zusage also nicht versprochen.

- 268 Das Gesetz unterscheidet in §§ 1 Abs. 1 Satz 2, 1b Abs. 2 bis 4 BetrAVG fünf Arten der Durchführung der betrieblichen Altersversorgung, die in den Schutzbereich des Gesetzes fallen: (1) Möglich ist **Direktzusage**, in der sich die Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer oder dessen Hinterbliebenen verpflichtet, im Alter, bei Tod oder Invalidität ein Ruhegehalt zu bezahlen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BetrAVG). Die Gesellschaft schaltet kein Versicherungsunternehmen ein, sondern kommt für das Ruhegehalt unmittelbar auf und kann hierfür Rückstellungen in der Bilanz bilden (§ 6a EStG). (2) Die Gesellschaft kann eine **Unterstützungskasse**, also eine rechtlich selbstständige Versorgungseinrichtung, einschalten (§§ 1 Abs. 1 Satz 2, 1b Abs. 4 BetrAVG). Dies bietet den Vorteil, dass der Verwaltungsaufwand und die Durchführung der Altersversorgung auf die Unterstützungskasse ausgelagert wird. Das Vermögen der Unterstützungskasse gilt nicht als Betriebsvermögen der Gesellschaft. Für das Unternehmen besteht daher keine Pflicht zur Bildung von Rückstellungen (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 EGHGB); es muss lediglich im Anhang zur Bilanz darauf hingewiesen werden, dass eine mittelbare Pensionsverpflichtung besteht (Art. 28 Abs. 2 EGHGB). (3) Die Gesellschaft kann eine private **Direktversicherung** abschließen, bei der sie die Zahlung der Versicherungsbeiträge übernimmt (§§ 1 Abs. 1 Satz 2, 1b Abs. 2 BetrAVG). Dem Geschäftsführer steht ein Anspruch gegen die Versicherung zu (4) Die Gesellschaft kann Beiträge an eine **Pensionskasse** leisten (§§ 1 Abs. 1 Satz 2, 1b Abs. 3 BetrAVG). Bei dieser handelt es sich um ein Lebensversicherungsunternehmen, das der staatlichen Versicherungsaufsicht unterliegt und deshalb das zugeführte Kapital nicht beliebig anlegen kann (§§ 118a ff. VAG). Der Geschäftsführer hat einen direkten Anspruch gegen die Pensionskasse. (5) Die Gesellschaft kann die Beiträge in einen **Pensionsfonds** einzahlen (§§ 1 Abs. 1 Satz 2, 1b Abs. 3 BetrAVG). Diese Fonds unterliegen der Kontrolle der BaFin und sind in der Anlage der Beiträge am Kapitalmarkt recht frei (§§ 112 ff. VAG). Der Geschäftsführer erwirbt einen unmittelbaren Anspruch gegen den Fonds.
- 269 Die Einschaltung einer Unterstützungskasse, einer Pensionskasse oder eines Pensionsfonds ändert nichts daran, dass der Geschäftsführer subsidiär einen Anspruch auf Altersversorgung gegenüber dem Arbeitgeber behält (§ 1 Abs. 1

¹ Umfassend Hanau/Arteaga/Rieble/Veit, Entgeltumwandlung, 2. Aufl. 2006.

Satz 3 BetrAVG). Welchen der Durchführungswege die Gesellschaft wählt, hängt in der Praxis vor allem von steuerlichen Erwägungen ab¹.

cc) Unverfallbarkeit

aaa) Die Versorgungszusage ist Bestandteil des Anstellungsvertrages. Sie kann daher nicht unter Aufrechterhaltung des Anstellungsvertrages widerrufen werden. Möglich ist nur eine Kündigung des Anstellungsvertrages. 270

Vertraglich vereinbart werden kann,

- dass dem Geschäftsführer sofort ein fester Versorgungsanspruch zusteht. Der Anspruch wird mit dem Eintritt des Versorgungsfalles fällig. Zum Widerruf bei vorzeitigem Ausscheiden s. bei Rdnr. ■207,
- dass dem Geschäftsführer ein Versorgungsausgleich nur zusteht, wenn er eine Mindestzeit Organmitglied war,
- dass dem Geschäftsführer ein Versorgungsanspruch bei Eintritt des Versorgungsfalles (Altersgrenze, Tod, Invalidität usw.) nur zusteht, wenn er zu diesem Zeitpunkt noch Organmitglied war².

Ergänzt werden kann das Ruhegehalt um ein **Übergangsgeld**, wenn der Geschäftsführer vorzeitig ausscheidet³.

bbb) Hat der Geschäftsführer keinen vertraglich zugesicherten festen Versorgungsanspruch, so ist die Anwartschaft aber unter bestimmten Voraussetzungen nach dem Betriebsrentengesetz unverfallbar, sofern es sich um einen abhängigen Geschäftsführer handelt (s. auch Rdnr. ■206, 257). 271

Scheidet der abhängige Geschäftsführer nach dem Eintritt der Unverfallbarkeit aber vor Eintritt des Versorgungsfalles aus, so behält er seine Anwartschaft bzw. die der GmbH zustehende Möglichkeit des Widerrufs des Bezugsrechts bei einer Direktversicherung erlischt, wenn die Voraussetzungen des § 1b BetrAVG gegeben sind. Dazu muss der Geschäftsführer, falls sein Anstellungsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalles endet, im Zeitpunkt des Ausscheidens mindestens das 30. Lebensjahr vollendet haben *und* die Versorgungszusage für ihn muss mindestens fünf Jahre bestanden haben (für Zusagen vor dem 1. 1. 2001 ist die Übergangsregelung des § 30f BetrAVG zu beachten). Der Geschäftsführer behält seine Anwartschaft auch dann, wenn er aufgrund einer Vorruhestandsregelung ausscheidet und ohne das vorherige Ausscheiden die Wartezeit und die sonstigen Voraussetzungen für den Bezug von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung hätte erfüllen können (§ 1b Abs. 1 Satz 2 BetrAVG). Zeiten der Beschäftigung innerhalb eines Konzerns werden zusammengerechnet⁴. Unabhängig von diesen Voraussetzungen tritt die Unverfallbarkeit sofort ein, soweit

1 Dazu *Fuchs*, BetrAVG, 2006, 121, 134 ff.; *Gunsenheimer*, SteuerStud 2007, 108 ff.; *Maute*, GmbHR 2004, 1198 ff.; *Neumann*, GmbH-StB 2003, 13, 14 ff.

2 BGHZ 50, 378, 381.

3 Vgl. den Fall BGH, ZIP 2000, 1452, 1453.

4 *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 345.

die Versorgungszusage durch eine Entgeltumwandlung, also durch vom Geschäftsführer aufgebrauchte Beiträge, finanziert wird (§ 1b Abs. 5 BetrAVG)¹.

Die Unverfallbarkeit gilt ohne Rücksicht darauf, ob die Gesellschaft oder der Geschäftsführer gekündigt hat², und entgegen der früheren Rechtsprechung auch ohne Rücksicht auf den Grund der Beendigung. Der ausgeschiedene Geschäftsführer behält seinen Anspruch, auch wenn die Gesellschaft einen wichtigen Grund zur Kündigung des Anstellungsvertrages hatte³. Zum Widerruf bei schwersten Verfehlungen s. Rdnr. ■207. Eine anlässlich des Ausscheidens aus der GmbH gezahlte Abfindung lässt unverfallbare Anwartschaften unberührt⁴. Eine Abfindung dieser Anwartschaften ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 3 BetrAVG zulässig⁵.

Eine vertragliche Unverfallbarkeitsregelung, die eine längere Betriebstreue verlangt (Vorschaltzeiten), ist unwirksam (§ 17 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG)⁶. Gleiches gilt für eine Klausel, wonach das unverfallbare Ruhegehalt entfällt, wenn der Geschäftsführer nach Ablauf seiner Amtsperiode die Wiederbestellung ablehnt⁷. Die Unverfallbarkeitsfrist kann aber verkürzt werden⁸. Wird die Versorgungszusage während des Anstellungsverhältnisses erhöht oder wird die Versorgungszusage von einem anderen übernommen (z.B. wegen einer Betriebsnachfolge nach § 613a BGB), so beginnt die Unverfallbarkeitsfrist nicht von neuem (§ 1b Abs. 1 Satz 3 BetrAVG)⁹. Ein kraft Gesetzes angeordnetes oder kraft Vertrags vereinbartes Ruhen des Anstellungsverhältnisses (z.B. Wehrdienst, Elternzeit, unbezahlter Urlaub) schadet ebenfalls nicht¹⁰. Wechselt ein abhängiger Geschäftsführer in einen anderen EU-Mitgliedstaat, berührt dies eine bereits unverfallbare Anwartschaft nicht (§ 1b Abs. 1 Satz 6 BetrAVG). Die Höhe der unverfallbaren Anwartschaft richtet sich nach § 2 BetrAVG.

- 272 **ccc)** Auf die Ruhegehaltszusage an den **Unternehmer-Geschäftsführer** ist § 1 BetrAVG nicht anzuwenden. Soweit besondere vertragliche Regelungen fehlen, ist aber an die frühere Rechtsprechung des BAG anzuknüpfen. Hiernach ist die Zusage eines Ruhegehalts spätestens nach 20jähriger Unternehmenszugehörigkeit unverfallbar¹¹.

1 Einzelheiten bei *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*, Entgeltumwandlung, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 532 ff.

2 Vgl. dagegen zur früheren Rechtsprechung: BGH, WM 1968, 1226 und BGH, BB 1972, 1005.

3 ■*Stein*, in: Hachenburg, Rdnr. 288; zur früheren Rechtsprechung: BGHZ 8, 366; BGHZ 12, 342; BGHZ 13, 346; BGHZ 15, 80 sowie BGH, WM 1964, 1321 und BGH, BB 1970, 1460.

4 OLG Köln, NZG 2000, 436 f.

5 Gleiches gilt im Übrigen für bereits laufende Ruhegehaltszahlungen.

6 BGH, WM 1982, 1123; *Fuchs*, BetrAVG, 2006, 121, 130.

7 BGH, NJW-RR 2000, 1275 ff.; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 222.

8 BAG, VersR 1985, 275; BGH, GmbHR 2002, 380 f.; BGH, ZIP 2000, 1452, 1453; BGH, WM 1998, 1535, 1536; *Goette*, DStR 2002, 413, 414; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 222.

9 BGH, WM 1981, 1344, 1346; s. auch BAG, WM 1981, 1063.

10 *Fuchs*, BetrAVG, 2006, 121, 129 f.

11 BAGE 24, 177 = WM 1972, 1133; BAGE 27, 59; *Fleck*, WM 1981, Sonderbeil. Nr. 3, S. 15; *Fleck*, WM 1985, 677, 682.

Zulässig und unbedenklich ist es, vor Eintritt der Unverfallbarkeit vorzusehen, dass der Versorgungsanspruch entfällt, wenn der Anstellungsvertrag durch die Gesellschaft gekündigt wird, weil der Geschäftsführer gröblich seine Pflichten verletzt hat¹. Selbst wenn eine solche Vereinbarung fehlt, kann die Zusage entfallen, wenn der Geschäftsführer aus einem von ihm verschuldeten wichtigen Grund fristlos entlassen wird². 273

dd) Übertragung der Versorgungszusage (Portabilität)

Angesichts der zunehmenden Flexibilität, die heute von abhängig Beschäftigten erwartet wird, hat der Gesetzgeber in § 1b BetrAVG die Möglichkeit der Übertragung von unverfallbaren Versorgungsanswartschaften und -leistungen vorgesehen. Zum Schutze des Arbeitnehmers herrscht aber nicht völlige Privatautonomie. Vielmehr können Versorgungsanswartschaften und Leistungen nach Beendigung der Beschäftigung nur unter engen Voraussetzungen übertragen werden (§ 4 Abs. 1 BetrAVG). Diese Regelung gilt auch für den abhängigen Geschäftsführer (§ 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG). § 4 BetrAVG erfasst nur die Übertragung nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses, nicht aber den Betriebsübergang nach § 613a BGB oder den Wechsel des Durchführungswegs³. Die Vorschrift unterscheidet die Übertragung durch Vereinbarung, durch einseitiges Verlangen und in der Insolvenz: 274

(1) Nötig ist das Einvernehmen des ehemaligen mit dem neuen Arbeitgeber sowie die Zustimmung des betroffenen Geschäftsführers. In diesem Fall kann der neue Arbeitgeber (a) entweder die Zusage selbst übernehmen (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG) oder (b) den Wert der vom Geschäftsführer erworbenen unverfallbaren Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung (Übertragungswert) auf die neu anstellende GmbH übertragen, wenn diese GmbH eine wert- (nicht inhalts-)gleiche Zusage erteilt; für die neue Anwartschaft gelten die Regelungen über Entgeltumwandlung entsprechend (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG). In der Variante (a) ist der neue Arbeitgeber an die Ausgestaltung der Zusage des alten Arbeitgebers gebunden, in der Variante (b) ist dies nicht der Fall. 275

(2) Der Geschäftsführer kann innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Geschäftsführertätigkeit auch einseitig von seinem ehemaligen Arbeitgeber die Übertragung verlangen, wenn die Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 1 und 2 BetrAVG vorliegen, also die betriebliche Altersversorgung über einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung durchgeführt worden ist und der Übertragungswert die Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung nicht übersteigt. Zum Anspruch des Geschäftsführers gegen den Versorgungsträger vgl. § 4 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG. 276

1 BGH, WM 1978, 109.

2 BGHZ 12, 337, 342. Zum Verhältnis eines unverfallbaren Ruhegeldanspruchs und Karenzentschädigung wegen Verletzung eines Wettbewerbsverbots: BAG, WM 1985, 584 und BAG, WM 1985, 1326.

3 Fuchs, BetrAVG, 2006, 121, 131.

- 277 (3) Wird die Betriebstätigkeit der GmbH eingestellt und das Unternehmen liquidiert, kann eine Zusage von einer Pensionskasse oder einem Unternehmen der Lebensversicherung ohne Zustimmung des Arbeitnehmers oder Versorgungsempfängers übernommen werden, wenn sichergestellt ist, dass die Überschussanteile ab Rentenbeginn entsprechend § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG verwendet werden (§ 4 Abs. 4 BetrAVG).

ee) Auszehrungs- und Anrechnungsverbot

- 278 Die bei Eintritt des Versorgungsfalles festgesetzten Versorgungsleistungen, die dem Betriebsrentengesetz unterfallen, dürfen nicht deshalb gekürzt oder eingestellt werden, weil sich andere Versorgungsbezüge des Geschäftsführers, insbesondere solche aus der gesetzlichen Rentenversicherung, aus wirtschaftlichen Gründen erhöhen (Auszehrungsverbot nach § 5 Abs. 1 BetrAVG).

Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG ist es unzulässig, auf Leistungen der Gesellschaft andere Versorgungsleistungen anzurechnen, die auf eigenen Beiträgen des Geschäftsführers beruhen (Anrechnungsverbot). Eine Kürzung ist gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 BetrAVG jedoch möglich, soweit der Geschäftsführer Renten aus den gesetzlichen Rentenversicherungen erhält und diese auf Pflichtbeiträgen beruhen, da die GmbH in diesem Fall die Leistungen mit aufgebaut hat. Eine Kürzung ist auch möglich bei sonstigen Versorgungsbezügen, die mindestens zur Hälfte auf Beiträgen oder Zuschüssen der GmbH beruhen.

- 279 Wird zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer vereinbart, dass sich das Ruhegehalt nach beamtenrechtlichen Grundsätzen richten soll, sind mit dieser Vereinbarung im Zweifel auch die beamtenrechtlichen Anrechnungsvorschriften gemeint; nachteilige Änderungen dieser Vorschriften können sich grundsätzlich auch nach dem Eintritt des Berechtigten in den Ruhestand zu seinen Lasten auswirken¹. Wurde in der Versorgungszusage vereinbart, dass anderweitige Erwerbseinkünfte anzurechnen sind, die der Geschäftsführer nach Eintritt in den Ruhestand bezieht, ist dies zulässig². Erwerbseinkünfte fallen nicht unter das Anrechnungsverbot, dass ausdrücklich nur Versorgungsleistungen erfasst.

ff) Herabsetzung und Versagung des Ruhegehalts, Aufrechnung

- 280 **aaa) Schwerste Verfehlungen.** Das Ruhegeld kann nach Eintritt des Versorgungsfalles oder nach Eintritt der Unverfallbarkeit nur ganz ausnahmsweise herabgesetzt oder durch die Gesellschaft widerrufen werden. Voraussetzung ist hierfür, dass die Zahlung bei Abwägung der Interessen aller Beteiligten unter keinem sachlichen Grund mehr zu rechtfertigen und der Gesellschaft zumutbar ist. Zu bedenken ist dabei, dass der Versorgungszusage für den Geschäftsführer lebenswichtige Bedeutung zukommt. Eine Herabsetzung oder die Einstellung der Zahlung kommt daher auch nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht. Das sind besonders schwere Verfehlungen des ehemaligen Geschäftsführers

¹ BGH, WM 1984, 900, 901 f.

² Tillmann/Mohr, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 356.

und die existenzbedrohende Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft¹.

Die Geltendmachung des Ruhegehalts wäre grob missbräuchlich, wenn schwerste Verfehlungen vorliegen². Das Ruhegehalt stellt sachliche Anforderungen an die Betriebstreue. Pflichtverletzungen in der Dienstzeit rechtfertigen aber noch keine Herabsetzung des Ruhegehalts. Die existenzwichtige Bedeutung einer Versorgungszusage schliesst es gerade aus, ihre Erfüllung von einem steten Wohlfürhalten des Zusageempfängers während seiner Dienstzeit abhängig zu machen³. Nicht jeder wichtige Grund zur Kündigung, der nach Eintritt in den Ruhestand bekannt oder gerichtlich festgestellt wird, und auch nicht jede verschuldete fristlose Entlassung nach Eintritt der Unverfallbarkeit rechtfertigen demnach die Herabsetzung oder gar den Entzug⁴. Die Anforderungen gehen vielmehr darüber hinaus. Dabei ist allerdings danach abzustufen, ob es sich um eine Versorgungszusage handelt, die im sachlichen Schutzbereich des BetrAVG liegt. Er umfasst die Leistungen der Alters-, Invaliditäts- und der Hinterbliebenenversorgung⁵, also etwa die Altersversorgung ab Vollendung des 65. Lebensjahres. Ihre Herabsetzung kommt nur in Betracht, wenn schwerste Verfehlungen vorliegen⁶, insbesondere wenn sie einen auf andere Weise nicht wieder gutzumachenden Schaden verursacht haben. Geringer schutzwürdig sind sonstige Zahlungen, z.B. an den ausgeschiedenen Geschäftsführer, der noch nicht die Altersgrenze erreicht hat⁷. Hier kann auch schon eine grobe Verfehlung der Dienstpflichten für eine Herabsetzung genügen. Auch besonders schwere gegen die Gesellschaft gerichtete Verfehlungen nach Eintritt des Versorgungsfalles können ausnahmsweise zum Wegfall des Ruhegehalts führen, z.B. grob und langfristig vertragswidrige Wettbewerbshandlungen, die zum existenzbedrohenden Schaden der Gesellschaft geführt haben, bösartige, von Hass getragene Veröffentlichungen über Unternehmensinterna („Memoiren“) etc.⁸. Doch sind hier noch höhere Anforderungen zu stellen. Das gilt vor allem, wenn es sich um die Zahlung von Versorgungsbezügen handelt.

Der Umfang der Herabsetzung ist in einer Gesamtwürdigung zu ermitteln. Dabei sind die Schwere und die Dauer des pflichtwidrigen Verhaltens und der eingetretene Schaden auf der einen Seite und die Verdienste des Geschäftsführ-

1 BGH, NJW-RR 1997, 348; BGH, NJW-RR 2000, 1275, 1277; BGH, NJW-RR 2000, 1277, 1278; BGH, GmbHR 2002, 380, 381; *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 348. Die Rechtsprechung wurde vom BVerfG, NZA 2000, 999 f., gebilligt.

2 BGH, WM 1981, 940 = DB 1981, 1971; BGH, WM 1979, 1328; BGH, DB 1984, 497: jahrelanger Schmiergeldempfang für riskante Geldanlagen als schwere vorsätzliche Verfehlung; BGH, DStR 1996, 69 mit Anm. *Goette*; OLG Stuttgart, GmbHR 1998, 1034.

3 BGH, DB 1984, 497.

4 BGH, WM 1981, 940 und BGH, NJW 1984, 1519. S. auch BAGE 32, 139, 149; BAG, WM 1980, 1017; BAG, WM 1982, 1263 = ZIP 1982, 1347.

5 BGH, WM 1981, 762.

6 OLG Düsseldorf zur AG, EWiR § 1 BetrAVG 3/88, 857 (*Groß*).

7 BGH, WM 1981, 940; BGH, NJW-RR 1997, 348, 349.

8 Zur Rechtsprechung aus der Zeit vor der Geltung des BetrAVG: BGHZ 15, 80; BGHZ 55, 274 = WM 1971, 559; BGH, WM 1968, 1228.

ners sowie die Länge der Zeit zu berücksichtigen, in der der Geschäftsführer für die Gesellschaft tätig war¹.

- 283 In Betracht kommt auch eine Aufrechnung von Schadensersatzforderungen der Gesellschaft gegen einen Geschäftsführer mit dessen Versorgungsansprüchen. Will die GmbH mit der Aufrechnung nicht bis zum Eintritt des Geschäftsführers in den Ruhestand warten, stellt sich die Frage, ob eine Aufrechnung mit den Anwartschaften des Geschäftsführers zulässig ist. Unverfallbare Anwartschaften dürfen nach § 3 BetrAVG überhaupt nur unter den dort genannten sehr engen Voraussetzungen kapitalisiert werden. Nur wenn diese vorliegen, ist daher auch eine Aufrechnung zulässig². Anders ist dies für verfallbare Anwartschaften und Anwartschaften, die nicht unter das Betriebsrentengesetz fallen. Sofern der Anstellungsvertrag eine Abfindung zum kapitalisierten Rentenwert zulässt³, kann die Gesellschaft die Abfindung des Ruhegehaltsanspruchs erklären und aufrechnen. Laufende Versorgungsbezüge sind der Aufrechnung ebenfalls zugänglich⁴. In all diesen Konstellationen kommt eine Aufrechnung jedoch analog § 394 Satz 1 BGB, § 850i ZPO nur insoweit in Betracht, als dem Geschäftsführer eine Versorgung verbleibt, die – unter Einbeziehung seiner sonstigen Einkünfte – zur Sicherung seiner Grundversorgung erforderlich ist⁵. Diese Aufrechnungsbeschränkung findet nur dann keine Anwendung, wenn der aufzurechende Anspruch gegen den Geschäftsführer auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung beruht; in diesem Fall muss dem Geschäftsführer nur der Betrag verbleiben, der zur Sicherung seines Existenzminimums notwendig ist, damit er nicht den Sozialkassen zur Last fällt⁶.
- 284 **bbb) Wirtschaftliche Notlage.** Befindet sich die Gesellschaft in einer wirtschaftlichen Notlage, die ihren Bestand gefährdet, so kann die Zahlung des Ruhegehalts zeitweise eingestellt oder die Zahlung gekürzt werden. § 87 Abs. 2 AktG, der teilweise auf die GmbH entsprechend angewendet wird (s. Rdnr. ■191)⁷, erlaubt nur die einseitige Herabsetzung der laufenden Bezüge, nicht aber der Ruhegehälter⁸. Diese können daher – selbst wenn man § 87 Abs. 2 AktG anwenden wollte – nicht *einseitig* herabgesetzt werden. Allerdings besteht eine Zustimmungspflicht des Geschäftsführers unter dem Gesichtspunkt der geschuldeten Betriebstreue und des Gebots der Rücksichtnahme. Notfalls muss die Gesellschaft den Geschäftsführer auf Zustimmung verklagen. Bei der Herabsetzung muss zwischen dem Ruhegehalt des Unternehmer-Geschäftsführers

1 BGH, DB 1984, 498.

2 Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 235.

3 Bauer/Steinau-Steinrück, ZGR 1999, 314, 335; Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 235.

4 Eine Voraustilgung der fälligen Ruhegehaltsansprüche soll allerdings nur bis zu sechs Monaten zulässig sein, BAG, ZIP 1987, 1339, 1342; BGH, NJW 1972, 154; BGH, GmbHR 2006, 1042, 1043; zu Recht kritisch dazu Uwe H. Schneider/Brouwer, GmbHR 2006, 1019 ff.; Uwe H. Schneider/Brouwer, in: FS Röhrich, 2005, S. ■541.

5 BAG, ZIP 1987, 1339, 1342 f.

6 BAGE 85, 274, 282 f. = NZA 1997, 1108, 1110; Bauer/Steinau-Steinrück, ZGR 1999, 314, 336; weitergehend Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 235, der die Aufrechnung in vollem Umfang zulassen will.

7 OLG Naumburg, GmbHR 2004, 423 f.

8 BGH, WM 1976, 56.

und dem Ruhegehalt des abhängigen Geschäftsführers unterschieden werden. In Bezug auf den Unternehmer-Geschäftsführer folgt die Möglichkeit der Kürzung oder Einstellung aus der durch den Geschäftsführer der Gesellschaft geschuldeten Betriebstreue und Rücksichtnahme. Voraussetzung ist allerdings, dass die Kürzung oder Einstellung voraussichtlich mit dazu beitragen wird, dass das Unternehmen gesundet. Das Recht auf Ruhegehalt lebt daher wieder auf, wenn die Sanierung scheitert – oder erfolgreich war. Zur Kürzung des Ruhegehalts bei wirtschaftlicher Notlage von Konzerngesellschaften: *Lutter/Timm*, ZGR 1983, 269.

Geht es dagegen um das Ruhegehalt des „abhängigen Geschäftsführers“, so 285 kommt seit der Abschaffung von § 7 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 BetrAVG¹ eine Kürzung der Versorgungsleistungen nicht mehr in Betracht². Die Gesellschaft kann nur versuchen, den Pensions-Sicherungs-Verein zur Weiterzahlung des Ruhegehalts zu veranlassen, § 7 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BetrAVG (s. auch das besondere Merkblatt des Pensions-Sicherungs-Vereins: „Die wesentlichen Grundsätze für die Übernahme betrieblicher Versorgungsleistungen aufgrund eigener Zustimmung des PSVaG im Rahmen eines außergerichtlichen Vergleichs“ [Nr. 110/M 1 Stand 03/05]). Gelingt dies nicht, schuldet die Gesellschaft die Versorgung weiter. Allerdings wird man der GmbH in diesem Fall die Möglichkeit zubilligen müssen, die Versorgung auf das Dreifache der im Zeitpunkt der ersten Fälligkeit maßgebenden monatlichen Bezugsgröße gemäß § 18 SGB IV zu begrenzen (analog § 7 Abs. 3 BerAVG, dazu unten Rdnr. ■256). Denn mehr stünde dem Geschäftsführer auch nicht zu, würde die Gesellschaft sofort Insolvenz anmelden.

gg) Anpassung der Versorgung

Die Anpassung der Versorgung kann vertraglich geregelt sein. Fehlt es an einer 286 vertraglichen Regelung, so richtet sich die Anpassung nach § 242 BGB. Bei abhängigen Geschäftsführern ist zugleich § 16 BetrAVG zu beachten.

Vielfach wird in Vereinbarungen über eine Versorgungszusage die vertragliche 287 Anpassung durch **Wertsicherungsklauseln** berücksichtigt (s. dazu Rdnr. ■188). Ist dies geschehen, haben sich beide Parteien auf das Risiko einer solchen Klausel eingelassen, so müssen sie hinnehmen, dass die Anpassung über die allgemeine Preisentwicklung hinausgeht oder hinter ihr zurückbleibt³ oder gar eine negative Entwicklung eintritt⁴. Nur für den Fall, dass die zum Vergleich genommenen Löhne wider Erwarten weit über die Einkommensentwicklung in der eigenen Berufsgruppe hinaus angestiegen sind, so dass sie einen übermäßigen Vorteil verschaffen würden, kann eine abweichende Vertragsanpassung im

1 Art. 91 Nr. 2 EGIInsO vom 5. 10. 1994, BGBl. I 1994, 2911.

2 BAGE 106, 327, 337 f. = DB 2004, 324, 325 f.; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 237; *Schumann*, EWIR 2004, 267 f.

3 BGH, WM 1972, 1442 und BGH, WM 1981, 899 (Roggenklauseln).

4 BGH, WM 1968, 830; BGH, WM 1971, 507; BGH, WM 1973, 383, 481; BGH, WM 1979, 250.

Wege der ergänzenden Auslegung¹ oder nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage erforderlich sein². In Betracht kommt auch eine Einrede, wenn zwar ein solches außergewöhnliches Missverhältnis nicht besteht, die Gesellschaft aber vorträgt, dass dem Unternehmen die zur Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit erforderlichen Mittel entzogen würden.

- 288 Fehlt im Vertrag eine besondere Vereinbarung über die Anpassung, so richtet sich diese für **Unternehmer-Geschäftsführer** nach § 242 i.V.m. § 315 BGB³. Hiernach ist die Gesellschaft nach Treu und Glauben gehalten, über das Ruhegehalt zu verhandeln, und sie ist verpflichtet, unter Berücksichtigung aller Umstände nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB zu entscheiden, wenn die Wertminderung infolge der angestiegenen Lebenshaltungskosten das noch hinnehmbare Maß überschritten hat. Verweigert die Gesellschaft Verhandlungen über eine Anpassung, so kann unmittelbar auf eine angemessene Leistung geklagt werden⁴. Der Stichtag für die Bemessung der Anpassung ist sind die Lebenshaltungskosten zu dem Zeitpunkt, in dem der Geschäftsführer erstmals Verhandlungen und eine Anpassung verlangt und verlangen kann⁵.
- 289 Ausnahmsweise kommt eine Anpassung nach § 242 BGB auch dann in Betracht, wenn im Vertrag die Anpassung zwar vertraglich geregelt ist, diese Regelung aber dem Zweck der Versorgung nicht gerecht wird⁶.
- 290 Voraussetzung für eine Anpassung ist ein **Überschreiten der „Stillhaltengrenze“**. Dafür hat der II. Senat des BGH zunächst eine Teuerung von jedenfalls 40% nach dem amtlichen Preisindex für die Lebenshaltung von 4-Personen-Arbeitnehmer-Haushalten mit mittlerem Einkommen⁷ und in der Folgezeit eine solche von 33 1/3% angenommen⁸. Der Kaufkraftvergleich erfolgt hierbei im Blick auf den für die Bemessung zuletzt maßgebenden Zeitpunkt, also die letzte verbindliche Festsetzung des Ruhegehalts.

In der Regel wird ein voller Ausgleich des Kaufkraftverlustes geschuldet. Die sonstigen Vermögens- und Einkommensverhältnisse des pensionierten Geschäftsführers, also auch eine aus eigener Kraft aufgebaute zusätzliche Altersversorgung bleiben außer Betracht. Auf der anderen Seite müssen die Ertragslage und die Auswirkungen einer Pensionserhöhung auf das Gesamtversorgungswerk des Unternehmens berücksichtigt werden. Dabei reicht ein allgemeiner Hinweis auf wirtschaftliche Schwierigkeiten und Bilanzverluste aber nicht aus⁹.

1 BGH, WM 1981, 899.

2 BGH, WM 1974, 71.

3 BGH, WM 1981, 676 sowie BAG, ZIP 1985, 889, 890.

4 BGHZ 61, 31 = WM 1973, 902; BGH, WM 1977, 53 und 778 sowie BGH, WM 1978, 1402.

5 BGH, 1978, 1402, 1403.

6 BGH, WM 1975, 1046.

7 BGHZ 61, 31, 34 ff. = WM 1973, 902 f.

8 BGH, WM 1977, 53 und BGH, WM 1978, 1402; dazu *Gumpert*, BB 1979, 329.

9 BGHZ 61, 31; BGH, WM 1977, 53, 778, 1046; BGH, WM 1978, 1402 und BGH, WM 1981, 842; BAG, ZIP 1985, 893.

Soll das Ruhegehalt eines **abhängigen Geschäftsführers** angepasst werden, so ist § 16 BetrAVG maßgebend¹. Der Geschäftsführer hat hiernach einen gesetzlichen Anspruch auf Überprüfung aller schon drei Jahre oder länger laufenden Versorgungsleistungen². 291

Da bei der Anpassung nicht nur die Belange des Versorgungsempfängers, also die Geldentwertung, zu berücksichtigen sind, sondern auch die Lage der GmbH maßgeblich ist, kann diese, wenn sie wirtschaftlich dazu nicht in der Lage ist, eine Anpassung der Versorgung verweigern³. Die Anpassung muss später auch nicht nachgeholt werden; dies stellt § 16 Abs. 4 Satz 1 BetrAVG für die abhängigen Geschäftsführer ausdrücklich klar. Entsprechendes wird für den Unternehmer-Geschäftsführer zu gelten haben, sofern die Ruhegehaltszusage nicht ausdrücklich eine Nachholungspflicht vorsieht. 292

hh) Insolvenzversicherung

Zur Insolvenzversicherung nach §§ 7 ff. BetrAVG s. Rdnr. ■256. 293

o) Der Beschäftigungsanspruch

Der Anstellungsvertrag gibt keinen klagbaren Anspruch gegenüber der Gesellschaft, als Geschäftsführer berufen zu werden⁴. Das folgt aus der organisationsrechtlichen Natur der Bestellung und mittelbar aus § 38. Die Gesellschaft verletzt aber ihre Pflichten aus dem Anstellungsvertrag, wenn die Bestellung unterbleibt. Es berechtigt den nicht berufenen Geschäftsführer zur fristlosen Kündigung und zum Schadensersatz. Sieht er von der Kündigung ab, so kann er verlangen, in angemessener leitender Stellung beschäftigt zu werden, es sei denn, die Gesellschaft hat ein schutzwertes Interesse an einer Nichtbeschäftigung⁵. Der Einwand, das Anstellungsverhältnis habe gerade die Übernahme der Organstellung zum Gegenstand, weshalb ein Anspruch auf Beschäftigung unterhalb dieser Ebene nicht bestehe⁶, überzeugt nicht. Sofern sich der (ehemalige) Geschäftsführer hierauf einlässt und schützenswerte Belange der Gesellschaft nicht entgegenstehen, ist dies als milderer Mittel einer Nichtbeschäftigung vorzuziehen. Die Gegenansicht vernachlässigt gerade die Interessen des Geschäftsführers. Zu den Folgen einer Kündigung s. Rdnr. ■243. Zur Pflicht des Geschäftsführers zur Arbeitsleistung nach Abberufung s. § 38 Rdnr. ■34. 294

1 Einzelheiten bei Hanau/Arteaga/Rieble/Veit, Entgeltumwandlung, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 675 ff.

2 BGH, WM 1977, 778; BGH, WM 1978, 1402, 1404; BAG, DB 1981, 2331.

3 BAGE 105, 72, 77 f. = BB 2003, 2292, 2293 f.; BAG, BB 2001, 2325; Langohr-Plato, BB 1997, 1634, 1636.

4 Heyder, in: Michalski, § 6 Rdnr. 187; a.A. Leuchten, GmbHR 2001, 750 ff. (für den Fremdgeschäftsführer).

5 BGH, DB 1952, 1035; s. auch BGH, WM 1966, 968: Widerruf der Bestellung auf Grund schuldhaften Verhaltens eines Vorstandsmitglieds; BGH, WM 1978, 319: Tätigkeit nach Amtsniederlegung; allgemein zum Beschäftigungsanspruch: Dütz, in: FS 25 Jahre BAG, 1979, S. 71.

6 Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 28; Moll, in: FS Schwerdtner, 2003, S. 453, 461 f.; Buchner/Schlobach, GmbHR 2004, 1, 10 f.

XIV. Leistungsstörungen

1. Anwendbares Recht

- 295 Auf den Anstellungsvertrag findet das Leistungsstörungenrecht des Dienst- bzw. Arbeitsvertrags Anwendung. Es wird ergänzt durch das allgemeine Leistungsstörungenrecht. Beide Regelungen werden allerdings in Teilbereichen wiederum durch das Gesellschaftsrecht modifiziert. Der Anstellungsvertrag ist ein auf den Austausch von Leistung und Gegenleistung ausgerichteter Vertrag. Daher sind die §§ 320 ff. BGB anwendbar¹.

2. Zurückbehaltungsrecht

- 296 Bleibt die Gesellschaft in nicht unerheblichem Umfang die Vergütung des Geschäftsführers schuldig, kann dieser seine Tätigkeit unter Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht aus § 320 Abs. 1 BGB verweigern². Die Zurückhaltung der Arbeitsleistung berechtigt die Gesellschaft in diesem Fall nicht zur außerordentlichen Kündigung³.

3. Dienstverhinderung

a) Nicht zu vertretende Dienstverhinderung

- 297 Bei Krankheit, Unfall etc. behält der Geschäftsführer Anspruch auf Vergütung für eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“, sofern er den Verhinderungsgrund nicht zu vertreten hat, § 616 Satz 1 BGB⁴. Die Vorschrift des § 616 BGB ist eine Rückausnahme zu § 326 Abs. 1 BGB⁵. Das EFZG greift nicht ein (s. Rdnr. ■164b). Die Dienstverhinderung darf nur eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit ausmachen. Anhaltspunkt hierfür ist einerseits die Dauer der Betriebszugehörigkeit und andererseits die Sechswochenfrist des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG. Bei sehr langer Zugehörigkeit kann die vorübergehende Verhinderung durchaus auch den Zeitraum von sechs Wochen übersteigen⁶. Dauert die Verhinderung erkennbar länger, liegen die Voraussetzungen des § 616 Satz 1 BGB nicht vor. Deshalb wird vertreten, dass bei andauernden Erkrankungen gar kein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung bestehe⁷. Dem kann nicht gefolgt werden: Vielmehr besteht bei Fremdgeschäftsführern und Geschäftsführern mit Minderheitenbeteiligung Anspruch auf eine befristete Fortzahlung der Vergü-

1 BGHZ 10, 187; BGH, GmbHR 1988, 138; *Fleck*, WM 1968, Sonderbeil. 3, S. 3, 7; *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 217 (jeweils zum alten Schuldrecht).

2 OLG Hamm, NJW-RR 1995, 1187, 1188.

3 OLG Hamm, NJW-RR 1995, 1187, 1188.

4 *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 177; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 41; *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf, S. 217; dazu *P. Hofmann*, ZfA 1979, 275.

5 *Henssler*, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2005, § 616 Rdnr. 3; ebenso wohl *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 201.

6 Ebenso *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 201.

7 *Henssler*, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2005, § 616 Rdnr. 20.

tung¹. Ist der Geschäftsführer gar auf Dauer arbeitsunfähig, so kann bei langjähriger Tätigkeit ein Anspruch auf Fortzahlung einer herabgesetzten Vergütung bestehen, wenn dies der Billigkeit entspricht².

Die Dienstverhinderung muss ohne Verschulden des Dienstpflichtigen eingetreten sein. Zur Auslegung des Verschuldensbegriffs greift die hM auf die Auslegung des § 3 EFZG zurück. Das BAG verlangt einen gröblichen Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten, dessen Folgen auf den Arbeitgeber abzuwälzen unbillig wäre³. Das Schrifttum stellt auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ab⁴, wobei zu Recht darauf hingewiesen wird, dass es sich dogmatisch um ein „Verschulden gegen sich selbst“ handelt. Als grob fahrlässig gilt auch eine leichtsinnige, unverantwortliche Selbstgefährdung (h.M.) wie etwa erheblicher Verbrauch von Zigaretten etc.⁵.

Wegen der Vielzahl der unbestimmten Rechtsbegriffe bei § 616 BGB ist eine ausdrückliche Regelung im Anstellungsvertrag angeraten und in der Praxis üblich⁶. Dabei wird regelmäßig eine Entgeltfortzahlung von sechs Monaten vereinbart. Weit verbreitet ist auch eine Klausel, wonach dem Ehegatte bzw. den unterhaltsberechtigten Kindern nach dem Tod des Geschäftsführers für eine Übergangszeit von zumeist drei Monaten die Vergütung weiterbezahlt wird.

b) Zu vertretende Dienstverhinderung

Erbringt der Geschäftsführer seine Dienstleistung aus Gründen nicht, die er zu vertreten hat, verliert er nach § 326 Abs. 1 BGB seinen Vergütungsanspruch für diese Zeit. Eine bereits ausgezahlte Vergütung hat er nach §§ 326 Abs. 4, 346 ff. BGB zurückzugewähren. Ein Fall der zu vertretenden Dienstverhinderung liegt etwa dann vor, wenn vereinbarte Dienstzeiten nicht eingehalten werden⁷. Zu vertreten ist auch eine leichtsinnige, unverantwortliche Selbstgefährdung (s. Rdnr. ■■■). Die Beweislastregelung des § 619a BGB findet auf den Geschäftsführer keine Anwendung, da er von seinem Zweck her nicht passt. Die Norm will die Beweislast derjenigen Person aufbürden, die die unternehmerische Leitungsfunktion ausübt. Dies ist aber gerade der Geschäftsführer⁸.

¹ Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 201.

² BGH, GmbHR 1953, 173: auf Lebenszeit angestellter Gesellschafter-Geschäftsführer; BGHZ 10, 187, 192 = GmbHR 1953, 173: Vorstandsmitglied einer AG; Fleck, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 197, 218; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 41; einschränkend: Stein, in: Hachenburg, Rdnr. 208; Koppenssteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 92 und Fn. 316; Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 201.

³ BAG, NJW 1972, 703; BAG, NJW 1982, 1014 f.

⁴ Henssler, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2005, § 616 Rdnr. 51 mit weiteren Nachw.

⁵ Heyder, in: Michalski, § 6 Rdnr. 160; a.A. BAG, BKK 1986, 76 (Frage des Einzelfalls).

⁶ Tänzer, BB 2004, 2757, 2760.

⁷ Vgl. z.B. BGH, GmbHR 1988, 138 f.

⁸ Henssler, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2005, § 619a Rdnr. 17; Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 200.

- 301 Bei einer dauerhaften Dienstverweigerung steht der GmbH die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung offen (s. Rdnr. ■231). § 626 BGB verdrängt das Rücktrittsrecht des § 323 BGB. Zudem ist der Geschäftsführer verpflichtet, der Gesellschaft einen daraus entstandenen Schaden zu ersetzen (§§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB)¹. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Geschäftsführer schuldhaft seinen Verpflichtungen zur Unternehmensleitung nicht nachkommt, weil er unzulässige Wettbewerbsgeschäfte betreibt. Der Mindestschaden besteht darin, dass der Gesellschaft die geldwerten Dienste nicht erbracht werden. Die Höhe des Schadens richtet sich nach dem marktüblichen Preis, der für das Erbringen dieser Leistungen aufgewandt werden muss.

4. Schlechtleistung

- 302 Verletzt der Geschäftsführer schuldhaft seine Leitungspflichten, so haftet er nur nach § 43 auf Schadenersatz, nicht aber zugleich wegen positiver Vertragsverletzung des Anstellungsvertrages (s. bei § 43 Rdnr. ■208). Die Vergütung kann nur bei völlig wertloser Dienstleistung oder bei böswilliger Verletzung seiner Pflichten gekürzt werden². Der Verstoß gegen ein Wettbewerbsverbot berechtigt den Dienstherrn in der Regel nicht zur Verweigerung der Vergütung³.

5. Annahmeverzug und Risikobereich der Gesellschaft

- 303 Befindet sich die Gesellschaft im Annahmeverzug, so besteht der Anspruch auf Vergütung gemäß § 615 Satz 1 BGB fort (s. auch Rdnr. ■243d). Nach § 615 Satz 2 BGB hat sich der Geschäftsführer jedoch anrechnen zu lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Nach Ansicht des BGH handelt es sich bei dieser Vorschrift um eine Einrede⁴, während das BAG und das überwiegende Schrifttum die Norm zu Recht als Einwendung einordnet⁵, was schon ihr Wortlaut deutlich macht. Die Darlegungs- und Beweislast trifft die Gesellschaft. Da allein der Geschäftsführer Einblick in seine Verdienstmöglichkeiten hat, trifft ihn jedoch die sekundäre Darlegungslast⁶. Überzahlung sind nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten⁷.

1 BGH, GmbHR 1988, 100; BGH, GmbHR 1988, 138 (zu § 280 BGB a.F.); *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 43; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 200, 205.

2 *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 197, 219; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 43; a.A. ■*Stein*, in: Hachenburg, Rdnr. 212; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 204.

3 BGH, GmbHR 1988, 100.

4 BGH, GmbHR 2000, 1256, 1258; BGH, DSStR 2001, 1312 mit Anm. *Goette*.

5 BAG, NJW 1994, 2041, 2042; BAG, NJW 2000, 2374 f.; BAG, NJW 2004, 316; *Richardi*, in: *Richardi*, BGB, 13. Bearb. 1999, § 615 Rdnr. 133; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 615 Rdnr. 18.

6 BGH, NJW 1990, 3151, 3152; BGH, GmbHR 2000, 1256.

7 BAG, NJW 1994, 2041, 2042 f.

Liegt der Grund der Verhinderung im zurechenbaren Risikobereich der Gesellschaft (z.B. schadhafte Arbeitsgeräte), besteht der Anspruch auf Vergütung ebenfalls fort (§ 615 Satz 3 BGB). Allerdings will ein Teil des Schrifttums eine Kürzung der Vergütung vornehmen, wenn das verwirklichte Risiko ein solches ist, das in den Einflussbereich des Geschäftsführers fälle¹. Dies überzeugt nicht. Das Betriebsrisiko trägt die Gesellschaft. Begeht der Geschäftsführer Pflichtverletzungen, etwa bei der Risikovorsorge, haftet er hierfür nach § 43 (s. Rdnr. ■247f). Für eine darüber hinausgehende Gehaltskürzung findet sich keine gesetzliche Grundlage².

304

XV. Die Beendigung des Anstellungsverhältnisses

1. Die Beendigungsgründe

Die Beendigung des Anstellungsverhältnisses tritt ein durch Kündigung, durch vertragliche Aufhebung³, durch Zeitablauf, wenn der Vertrag für eine fest bestimmte Zeit geschlossen ist⁴, durch den Eintritt einer vertraglich vereinbarten auflösenden Bedingung, wie etwa die Abberufung als Geschäftsführer⁵, oder durch Tod des Geschäftsführers. Ist die Beendigung des Anstellungsvertrages an eine auflösende Bedingung geknüpft (z.B. an den Verlust der Organstellung), so endet die Anstellung, wenn nicht zugleich ein wichtiger Grund für eine fristlose Beendigung des Anstellungsvertrages vorliegt, erst mit Ablauf der Frist nach § 622 Abs. 2 BGB⁶. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage berechtigt die Gesellschaft in der Regel nur zur Kündigung⁷. Bestehen in einem Konzern Anstellungsverträge zu mehreren Konzernunternehmen, so kann die Kündigung eines Anstellungsvertrages auch die Beendigung der anderen Anstellungsverträge herbeiführen, wenn die Verträge eine Einheit bilden⁸. Dagegen beendet weder die Abberufung als Geschäftsführer⁹ noch die Amtsniederlegung¹⁰, noch die Auflösung der Gesellschaft den Anstellungsvertrag (es sei denn, Organstellung und Anstellung sind durch eine Bedingung aneinander gekoppelt, was zulässig ist¹¹).

305

1 *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 197, 218 (zu § 323 Abs. 1 BGB a.F.); *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 42; *Heyder*, in: Michalski, § 6 Rdnr. 161.

2 Ebenso wohl auch *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 202 (zu einer Kürzung nach § 242 BGB).

3 BGHZ 78, 82; BGH, WM 1978, 110; *Hoffmann-Becking*, in: FS Stimpel, 1985, S. 589 (für Vorstandsmitglieder); *Weber*, GmbH-StB 1998, 204.

4 Zur vertraglichen Altersgrenze: *Bauder*, BB 1994, 945.

5 BGH, GmbHR 1990, 345; BGH, GmbHR 1989, 415 (für AG); a.A. *Eckardt*, AG 1989, 431; s. auch bei § 38 Rdnr. ■36.

6 BGH, GmbHR 1989, 415.

7 BGH, WM 1969, 611; BGH, WM 1978, 111.

8 BGH, WM 1967, 540; s. auch allgemein: *Martens*, in: FS 25 Jahre BAG, 1979, S. 367; *Fiebig*, DB 1993, 582.

9 BGH, WM 1966, 968; BGH, DB 1975, 1548; BGH, WM 1978, 109.

10 BGHZ 78, 82 = WM 1980, 1117; BGH, GmbHR 1978, 85.

11 S. § 38 Rdnr. ■36; zuletzt BGH, BB 2006, 14, 15; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 211; differenzierend und teilweise a.A. *Bauer/Diller*, GmbHR 1998, 809, 811 ff. (je nach Länge des Vertrages u.U. Verstoß gegen § 305c Abs. 1 BGB und § 622 Abs. 6 BGB). S. auch *Lohr*, NZG 2001, 826, 832; *Hillmann-Stadtfeld*, GmbHR 2004, 1457; *Grumann/Gillmann*, DB 2003, 770 ff. (zur AG).

Vielmehr ist sowohl bei der Abberufung wie auch bei der Amtsniederlegung gesondert zu prüfen, ob die Kündigungsvoraussetzungen vorliegen und die Kündigung durch die Gesellschaft bzw. durch den Geschäftsführer erklärt ist. Durch die Abberufung selbst kann dem Geschäftsführer ein wichtiger Grund zu sofortiger Kündigung erwachsen. Zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses in der Insolvenz der Gesellschaft s. Rdnr. ■250.

- 306 In der mitbestimmten GmbH ist eine Höchstbefristung der Organstellung und damit auch der Anstellung auf fünf Jahre zwingend vorgesehen (§ 31 Abs. 1 Satz 1 MitBestG; § 12 MontanMitbestG i.V.m. § 84 Abs. 1 Satz 5 AktG). Ein unbefristeter Anstellungsvertrag ist daher unzulässig¹. Gemäß § 620 Abs. 2 BGB ist bei einem befristeten Vertrag die ordentliche Kündigung ausgeschlossen, es sei denn, die Parteien haben Abweichendes vereinbart². Haben sie dies nicht, steht ihnen zur Erreichung einer vorzeitigen Beendigung des Anstellungsvertrags nur die außerordentliche Kündigung zur Verfügung.

2. Die Zuständigkeit zur Aufhebung und zur Kündigung

- 307 a) Die Entscheidung über die einverständliche **vertragliche Aufhebung** des Anstellungsvertrages und die damit verbundene Regelung über die Beendigung der Organstellung fällt in den Zuständigkeitsbereich des Organs, das für die Bestellung zuständig ist. Dies sind regelmäßig die Gesellschafter³. Bei Gesellschaften mit fakultativem Aufsichtsrat (ohne abweichende Satzungsregelung) und bei der mitbestimmten GmbH ist es der Aufsichtsrat⁴ (s. Rdnr. ■171, 174, 175 ff.). Das zuständige Organ vertritt die Gesellschaft auch beim Abschluss des Aufhebungsvertrages.

Problematisch ist die Zuständigkeit für den Aufhebungsvertrag mit bereits ausgeschiedenen Geschäftsführern. Insoweit wurde teilweise die Ansicht vertreten, die Gesellschaft werde durch die verbliebenen Geschäftsführer vertreten⁵. Vernachlässigt wurde dabei aber, dass die Zuständigkeit für den Abschluss des Anstellungsvertrages eine Annexkompetenz zur Zuständigkeit für die Bestellung darstellt. Diese Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung aber bleibt erhalten, solange noch ein gewisser sachlicher, nicht notwendig zeitlicher Zu-

¹ Paefgen, in: Ulmer, § 38 Rdnr. 34.

² BGH, GmbHR 1989, 415, 417 (zu § 620 BGB a.F.); BGH, GmbHR 1999, 1140, 1142; Hesse, in: MünchKomm. BGB, 4. Aufl. 2005, § 620 Rdnr. 11; Preis, in: Staudinger, § 620 Rdnr. 4 sowie Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 44, 46; Paefgen, in: Ulmer, § 38 Rdnr. 34; Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 38 Rdnr. 41; im Ergebnis auch Flatten, GmbHR 2000, 922 Fn. 2; anders noch Raiser, MitbestG, § 31 Rdnr. 40.

³ BGHZ 78, 39; BGH, GmbHR 1991, 363; a.A. noch BGH, GmbHR 1961, 48 = JZ 1961, 545 mit Anm. Schilling; allgemein: Peltzer, BB 1976, 1249.

⁴ S. Rdnr. ■171 ff.; BGHZ 89, 49, 51 ff. = GmbHR 1984, 151 f.; Ulmer/Habersack/Henssler, § 31 MitbestG Rdnr. 39, 42; ■Ulmer-Kommentar?■ Raiser, in: Hachenburg, § 52 Rdnr. 293; anders noch Vorauf. (9. Aufl.) Rdnr. 220; Rittner, DB 1979, 973, 978. Zur Vertretung der Gesellschaft mit fakultativem Aufsichtsrat gegenüber ehemaligen Geschäftsführern: BGH, GmbHR 1990, 297 f.

⁵ BGHZ 41, 223; BGHZ 47, 341.

sammenhang mit der Abberufung besteht („**nachwirkende Zuständigkeit**“)¹. Es gilt insoweit dasselbe wie für Anstellungsverträge, die vor der Bestellung abgeschlossen werden (s. bei Rdnr. ■171, 173).

b) Für die Entscheidung über die **Kündigung** des Anstellungsvertrages **durch die GmbH** ist dasselbe Organ wie für den Abschluss zuständig (s. Rdnr. ■220). Ist dagegen nach der Abberufung oder nach der Amtsniederlegung das Anstellungsverhältnis zunächst als Arbeitsvertrag fortgeführt worden (s. Rdnr. ■228a), so ist für dessen Kündigung der neue Geschäftsführer zuständig². Die Zuständigkeit kann (in der mitbestimmungsfreien GmbH) nur durch besondere Regelung in der Satzung auf den Aufsichtsrat oder einen einzelnen Gesellschafter übertragen werden³. Im Übrigen können die Gesellschafter für den konkreten Fall einzelne Personen zur Kündigung ermächtigen⁴. 308

Die Gesellschafter können sich zur Erklärung der Kündigung eines *Bevollmächtigten* bedienen⁵. Dabei ist § 174 BGB zu beachten⁶. Fehlt ein wirksamer Gesellschafterbeschluss, so ist die Kündigung unwirksam⁷. Eine rückwirkende Genehmigung durch die Gesellschafter, wenn ein Beschluss fehlte, ist nicht möglich⁸. 309

c) Kündigt der Geschäftsführer, so genügt die Erklärung an einen *anderen Geschäftsführer*, an die Gesellschafter oder an einen einzelnen Gesellschafter bzw. ein Aufsichtsratsmitglied, sofern der Aufsichtsrat für Anstellung und Beendigung zuständig ist (s. Rdnr. ■172b). 310

Eine Begründung für die Kündigung ist nicht erforderlich.

3. Die ordentliche Kündigung

a) Frist und Form

Maßgeblich ist zunächst die vertragliche Vereinbarung⁹. Fehlt eine solche, hängt die Frage der Kündigungsfrist von der rechtlichen Einordnung des Anstellungsvertrags ab. Handelt es sich bei dem Anstellungsverhältnis um einen Auf- 311

1 BGH, GmbHR 1995, 373; BGH, GmbHR 1998, 278.

2 BGH, WM 1973, 1322; BGH, WM 1984, 533; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 51.

3 BGH, WM 1990, 630; BGH, ZIP 1991, 580, 582; BGH, ZIP 1997, 1063.

4 Zu weit: BGHZ 91, 219: Befugnis kann auf andere Personen übertragen werden.

5 BGH, WM 1968, 570 (Gesellschafter); OLG Celle, GmbHR 1995, 729 (andere Personen).

6 KG, NZG 1999, 764, 765.

7 S. dazu OLG Köln, GmbHR 1993, 734, 736; a.A. ■Mertens, in: Hachenburg, § 37 Rdnr. 50; ■Stein, in: Hachenburg, Rdnr. 176; Stein, AG 1999, 42: vollmachtlose Stellvertretung; differenzierend: *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 52.

8 BGH, WM 1968, 1350; OLG Köln, GmbHR 1991, 156.

9 Zu § 113 InsO s. Rdnr. ■250. Im Insolvenzfall gilt allerdings die Höchstkündigungsfrist von drei Monaten, so dass nur eine kürzere vertragliche Vereinbarung im Insolvenzfall Bestand hat, BAG, NJW 2001, 317; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, § 6 Rdnr. 83; im Ergebnis auch OLG Rostock, OLG-NL 2005, 58, 60.

trag, kann dieser nach § 671 BGB von beiden Parteien jederzeit gekündigt werden. Der Geschäftsführer darf allerdings nicht zur Unzeit kündigen (§ 671 Abs. 2 BGB).

- 312 Handelt es sich dagegen um einen entgeltlichen Anstellungsvertrag (der regelmäßig monatlich bezahlt wird), hält eine Ansicht den für Dienstverträge geltenden § 621 Nr. 3 BGB (am fünfzehnten eines Monats für den Schluss des Kalendermonats) für einschlägig¹. Die Gegenauffassung will den für Arbeitnehmer geltenden § 622 BGB (Frist von 4 Wochen zum 15. oder zum Monatsende, bei länger andauernden Anstellungsverhältnissen gestaffelte Fristen von bis zu sieben Monaten) unmittelbar oder entsprechend anwenden². Eine vermittelnde Ansicht will danach differenzieren, ob es sich um einen beherrschenden Gesellschafter handelt (dann § 621 Nr. 3 BGB) oder nicht (dann § 622 BGB)³. Zahlreiche obergerichtliche Entscheidung scheinen sich dieser Ansicht anzuschließen, lassen die Frage, ob § 621 Nr. 3 BGB für den beherrschenden Gesellschafter gelten soll, aber offen⁴. Diese Tendenz zeigt sich auch in der letzten Entscheidung des BGH zu dieser Frage anzudeuten⁵, bei der das Gericht aber betont, dass der Geschäftsführer im Zeitpunkt der Kündigung gerade nicht mehr beherrschend war.
- 313 Aus dem Zweck der Vorschrift und aus der Interessenlage folgt, dass bei Kündigung des Geschäftsführers ohne beherrschenden Einfluss durch die Gesellschaft § 622 Abs. 2 BGB anzuwenden ist. Dies gilt auch nach Inkrafttreten des Kündi-

1 So OLG Düsseldorf, BB 1976, 901 = GmbHR 1977, 132 mit abl. Anm. *Ganßmüller, Säcker*, BB 1979, 1321, 1324; *Boemke*, ZfA 1998, 209, 233 für arbeitnehmerähnlichen Geschäftsführer. Ebenso auch *Hümmerich*, NJW 1995, 1177, 1180, 1182, der dies aber für verfassungswidrig hält.

2 BGHZ 79, 291, 292 ff. = GmbHR 1981, 158 f. (Fremdgeschäftsführer); BGHZ 91, 217, 219 f. = GmbHR 1984, 312, 313 (Geschäftsführer mit Minderheitsbeteiligung); *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, § 6 Rdnr. 81; *Baumann*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxis-handbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2004, § 13 Rdnr. 49; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 53; *Miller*, in: Meyer-Landrut/Miller/Niehus, §§ 35–38 Rdnr. 151 f, 175; *Miller*, BB 1977, 723, 724 f.; *Uwe. H. Schneider*, GmbHR 2003, 1, 2; *Schwerdtner*, GmbHR 1976, 101, 108; *Ganßmüller*, GmbHR 1977, 132, 133; *Bauer*, DB 1979, 2178 f.

3 OLG Hamm, ZIP 1992, 418 = WM 1992, 314; *Flatten*, GmbHR 2000, 922 Fn. 3, *Fleck*, WM 1994, 1957, 1964; *Stein*, in: Hachenburg, Rdnr. ■■■, § 38 Rdnr. 9; *Heyll*, Die Anwendung von Arbeitsrecht auf Organmitglieder, 1994, S. 209; *Löwisch*, in: FS Kraft, 1998, S. 375, 379; *Lunk*, ZIP 1999, 1777, 1780; *Marsch-Barner/Diekmann*, in: MünchHdb. GmbH, 2. Aufl. 2003, § 43 Rdnr. 91; *Heyder*, in: Michalski, § 6 Rdnr. 206 f.; *Nägele*, BB 2001, 305, 309 f.; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 621 Rdnr. 1; *Preis*, in: Staudinger, § 621 Rdnr. 7 f.; *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 447; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 243. Ebenso *Paefgen*, in: Ulmer, § 38 Rdnr. 37 f.; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 38 Rdnr. 42, die sich beide zu Unrecht auf die Entscheidung BGH, GmbHR 1987, 263, 264, berufen, in der der BGH darauf hinweist, dass der Geschäftsführer im Zeitpunkt der Kündigung gerade nicht mehr beherrschend war.

4 OLG Düsseldorf, NZG 2000, 1044, 1045; OLG Düsseldorf, NZG 2004, 478, 481; LAG Köln, NZA-RR 1999, 300, 301.

5 BGH, GmbHR 1987, 263, 264 (GmbH & Co. KG).

gungsfristengesetzes vom 15. 10. 1993¹. Der Geschäftsführer, der nicht wesentlich an der Gesellschaft beteiligt ist, hat der Gesellschaft seine Arbeitskraft überlassen. Er hat sich eingerichtet und ist regelmäßig wirtschaftlich von der Gegenleistung abhängig. Wird ihm gekündigt, benötigt er ausreichend Zeit, um sich nach einer anderen Beschäftigung umzusehen. Auch die GmbH benötigt im Falle der Kündigung des Geschäftsführers hinreichend Zeit, um einen qualifizierten Nachfolger zu finden. Damit sprechen die Interessen beider Seiten für die Anwendung des § 622 BGB.

Bestritten wird, dass diese Erwägungen auch für den beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer gelten. Teile der obergerichtlichen Rechtsprechung und des Schrifttums wenden § 621 Nr. 3 BGB an². Dabei wird jedoch übersehen, dass auch der Unternehmer-Geschäftsführer regelmäßig seine gesamte Arbeitskraft in den Dienst der Gesellschaft stellt und wirtschaftlich auf die Vergütung angewiesen ist. Auf den Umstand, dass er aufgrund seines Einflusses für sich angemessene Kündigungsbedingungen formulieren könne³, kommt es nicht an. Denn weder § 621 BGB noch § 622 BGB stellen auf den Inhalt der Kündigungsbedingungen ab, sondern gelten gerade für den gesetzlichen Regelfall. Auch die Höhe einer Abfindung kann nicht ausschlaggebend sein, denn diese kann auch bei einem Fremdgeschäftsführer hoch vereinbart sein, wenn die Gesellschaft bei seiner Anstellung ein großes Interesse hatte, ihn für die Gesellschaft zu gewinnen. Der Einwand, auch bei BetrAVG werde zwischen dem beherrschenden Geschäftsführer einerseits und dem arbeitnehmerähnlichen Geschäftsführer andererseits unterschieden⁴, überzeugt ebenfalls nicht. Anders als im Betriebsrentengesetz kommt es weder bei § 621 BGB noch bei § 622 BGB auf die Macht an, die Konditionen der Anstellung zu beeinflussen. Gegen die Anwendung von § 622 BGB ließe sich anführen, dass – weil das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 für das Anstellungsverhältnis nicht gilt⁵ – der beherrschende Gesellschafter seiner Kündigung durch die Gesellschaft widersprechen könne⁶. Das gilt freilich nicht, wenn der vom Mehrheitsgesellschafter gefasste Beschluss, wonach die Kündigung nicht erfolgen soll, treuwidrig ist, oder wenn das Insolvenzverfahren eröffnet wurde und der Insolvenzverwalter die Kündigung ausspricht. Auf Letzteres weist *Timm* mit Recht hin⁷. Auch gilt es nicht in der mitbestimmten GmbH. Im Übrigen muss man sich dann fragen, ob nicht der Beschluss, die Kündigung zu verhindern, im konkreten Fall treuwidrig ist.

1 LAG Köln, EWIR 1999, 493 (*W. Müller*); *Henze*, Handbuch zum GmbH-Recht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 1263; a.A. *Hümmerich*, NJW 1995, 1177. Die Gesetzesmaterialien sprechen das Problem leider nicht an, vgl. RegE des KündigungsfristenG, BR-Drucks. 310/93.

2 OLG Hamm, ZIP 1992, 418; *Timm*, ZIP 1987, 78; *Stein*, in: Hachenburg, § 38 Rdnr. 9; *Löwisch*, in: FS Kraft, 1998, S. 375, 379; *Paefgen*, in: Ulmer, § 38 Rdnr. 37 f.

3 So *Paefgen*, in: Ulmer, § 38 Rdnr. 38.

4 So *Paefgen*, in: Ulmer, § 38 Rdnr. 38.

5 OLG Hamm, ZIP 1992, 418, 419 f.; OLG Düsseldorf, ZIP 1989, 1555; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 47 Rdnr. 19 a.E.; anders offenbar *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, § 6 Rdnr. 82.

6 Deshalb gehen BGHZ 91, 217, 219 f. = GmbHR 1984, 312, 313, und *Miller*, ZIP 1981, 578, 581 f. davon aus, dass die Frage der Anwendung des § 622 BGB auf den beherrschenden Gesellschafter nie relevant wird.

7 *Timm*, ZIP 1987, 69, 76.

Zudem dient § 622 BGB nicht nur den Interessen des Geschäftsführers, sondern – wie dargelegt – auch den Interessen der Gesellschaft. Daher ist § 622 BGB anzuwenden, unabhängig davon, ob der Geschäftsführer nicht oder mit einem geringen Anteil beteiligt oder ob er beherrschender Gesellschafter-Geschäftsführer ist¹. Zu den besonderen Fällen, in denen ein erweiterter Kündigungsschutz besteht, s. Rdnr. ■228. Zur Kündigung in der Insolvenz siehe Rdnr. ■250.

- 315 Bei **Anstellung auf Lebenszeit** oder auf **längere Zeit als fünf Jahre**, aber wohl auch auf die Dauer des Bestehens der Gesellschaft, kann der Geschäftsführer, nicht die Gesellschaft, nach fünf Jahren kündigen, § 624 BGB². Ist „eine Lebensstellung“ zugesagt, so ist dies i.Zw. keine Anstellung auf Lebenszeit i.S. des vorgenannten § 624 BGB, verpflichtet aber zur Einhaltung einer solchen Kündigungsfrist, die dem Geschäftsführer die Wiedererlangung einer ähnlichen Stelle ermöglicht. Auch aus den Umständen des Falles kann auf Unkündbarkeit der Stellung, vorbehaltlich wichtigen Grundes (§ 626 BGB), geschlossen werden. Nicht anwendbar ist § 624 BGB, wenn die Geschäftsführung als gesellschaftliche Pflicht i.S. des § 3 Abs. 2 übernommen worden ist³. Es ist dann analog §§ 712 Abs. 2, 671 Abs. 2 und 3 BGB nur eine Kündigung aus wichtigem Grunde möglich. Das Kündigungsrecht aus § 624 BGB ebenso wie das aus § 626 BGB (aus wichtigem Grunde) ist unentziehbar und unbeschränkbar⁴. Einer Angabe von Gründen bedarf es zur Wirksamkeit der Kündigung grundsätzlich nicht⁵. Sie kann jedoch im Einzelfall geboten sein.
- 316 Die **Formvorschrift des § 623 BGB** ist nicht anzuwenden⁶. Sie gilt nur für Arbeitsverträge. Zwar besteht auch bei Anstellungsverträgen ein vergleichbares Bedürfnis nach Rechtssicherheit⁷, doch fehlt es für eine Analogie an einer Regelungslücke, da der Gesetzgeber die Vorschrift bewusst eng gefasst hat. Ein Begründung erfordert die ordentliche Kündigung nicht⁸.

b) Kündigungsschutz

- 317 **aa)** Nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 gilt das **Kündigungsschutzgesetz** (KSchG) nicht für die Mitglieder der Vertretungsorgane von juristischen Personen. Das gilt sowohl für den Fremdgeschäftsführer, für den nur geringfügig beteiligten Gesell-

1 Ebenso *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 53.

2 *Tillmann/Mohr*, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 449; a.A. *Duden*, NJW 1962, 1326; *Würdinger*, NJW 1963, 1550: nur bei sozial abhängigem Dienstabnehmer, Handelsvertreter.

3 A.M.: *Liebmann*, § 38 Anm. 8; *Vogel*, Anm. 7 S. 189.

4 BGHZ 8, 361; BGH, WM 1962, 201 und BGH, BB 1968, 1053: tw. Gehaltsfortzahlung bei fristloser Entlassung; BGH, WM 1975, 761.

5 BGHZ 15, 77; BGHZ 27, 223.

6 *Baumann*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2004, § 13 Rdnr. 19; *Zimmer*, BB 2003, 1175, 1177; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 217, 256.

7 RegE zum Arbeitsgerichtsbeschleunigungsg, BT-Drucks. 14/626, S. 11.

8 BGH, GmbHR 2004, 57.

schafter-Geschäftsführer als auch für den beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer¹.

Ausnahmsweise ist das KSchG *erstens* anwendbar, wenn ein Geschäftsführer 318 abberufen wird und er nach Verlust seiner Organstellung durch die Gesellschaft weiterbeschäftigt wird. Eine solche **Umwandlung in ein Arbeitsverhältnis** erfolgt nicht automatisch mit der Abberufung². Voraussetzung ist vielmehr eine, wenn auch konkludente Vereinbarung³. Hiervon ist freilich nach Ablauf einer gewissen Zeit auszugehen. Von einem Arbeitsverhältnis ist auch für den Fall auszugehen, dass ein Geschäftsführer zunächst als Arbeitnehmer beschäftigt war und er nach seiner Abberufung weiterhin für die Gesellschaft tätig ist (s. auch zum ruhenden Arbeitsverhältnis s. Rdnr. ■159e)⁴.

Das KSchG ist *zweitens* anwendbar, wenn der Vertragspartner des Anstellungsvertrages ein Dritter ist, zu dem ein **Arbeitsverhältnis** besteht und hierbei die **Geschäftsführertätigkeit nur eine unbedeutende Annextätigkeit** darstellt. Zu denken ist an Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens, die zugleich Geschäftsführer einer unbedeutenden Tochtergesellschaft sind⁵. 319

Das KSchG sollte *drittens* anwendbar sein, wenn der Geschäftsführer zunächst 320 als Arbeitnehmer der Gesellschaft tätig war. Für diesen Fall sei das Fortbestehen eines aktiven Arbeitsverhältnisses auch bei bestehender Organtätigkeit anzunehmen, „sofern eine eindeutig begrenzbare **Doppelstellung als Arbeitnehmer und Organvertreter** besteht“⁶. Werde der Angestellte zum Geschäftsführer der GmbH berufen, ohne dass sich an den Vertragsbedingungen etwas ändere, und fehle es an einer Vereinbarung, so sei im Zweifel anzunehmen, dass er mit der Bestellung nicht endgültig den bisher erworbenen Bestandsschutz seines Arbeitsverhältnisses aufgeben wollte, ohne dafür einen finanziellen Ausgleich durch eine höhere Vergütung zu erhalten. Etwas anderes gelte nur, wenn das vorgeschaltete Arbeitshältnis der Erprobung des künftigen Geschäftsführers diene⁷. Das BAG hat diese Rechtsprechung mittlerweile aufgegeben und nimmt

1 Anstelle vieler: OLG Hamm, GmbHR 2007, 820 mit im Ergebnis zust. Anm. Haase, GmbHR 2007, 821 f.; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 245; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 47; Baums, Der Geschäftsleitervertrag, 1987, S. 393 ff.; Tillmann/Mohr, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 450; Bauer, GmbHR 1981, 16; Reiserer, DB 1994, 1822, 1824; Boemke, ZfA 1998, 232; a.M. für den abhängigen Geschäftsführer Miller, in: Meyer-Landrut/Miller/Niehus, §§ 35–38 Rdnr. 140; Gissel, Arbeitnehmerschutz für den GmbH-Geschäftsführer, 1987, S. 157 f.; Groß, Das Anstellungsverhältnis, S. 376.

2 BGH, WM 1984, 532, 533.

3 OLG Karlsruhe, GmbHR 1996, 208; Wiesner, in: MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 21 Rdnr. 24; Kothe-Heggemann/Dahlbender, GmbHR 1996, 650, 652.

4 BAG, GmbHR 1986, 263; BAG, GmbHR 1987, 265, 266; s. auch schon BAG 24, 383, 386: für GmbH & Co. KG; s. dazu auch Schwab, NZA 1987, 840.

5 BAG, DB 1983, 1442; im Ergebnis auch Tillmann/Mohr, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 454; a.A. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 245; Fleck, ZHR 149 (1985), 387, 400.

6 BAG, GmbHR 1988, 181; BAG, GmbHR 1986, 263 mit abl. Anm. Martens, AP Nr. 3 in § 5 ArbGG 1979; zweifelnd: Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 245.

7 BAG, DB 1994, 428; krit. Reiserer, DB 1994, 1823.

nun im Zweifel eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses an (s. Rdnr. ■159e); ein Ruhen des Arbeitsverhältnisses wird daher nur bei einem Verstoß gegen § 623 BGB anzunehmen sein (s. Rdnr. ■159e); für diesen seltenen Fall gilt dann das KSchG.

- 321 Die Anwendung des KSchG wurde *viertens* für den Fall bejaht, dass der Anstellungsvertrag keinen Anspruch auf die Geschäftsführerposition gewährt und den Geschäftsführer auch zu einer Tätigkeit unterhalb der Geschäftsführungsebene verpflichtet¹.
- 322 **bb)** Schwerbehinderte bedürfen des besonderen Schutzes. Ihn zu verwirklichen, ist Sinn und Aufgabe des **SGB IX**. Der in diesem Gesetz enthaltene besondere Kündigungsschutz, §§ 85 ff. SGB IX, lässt sich jedoch nicht auf Organmitglieder übertragen², und zwar auch nicht nach Übernahme der GmbH durch den Insolvenzverwalter³. Das folgt aus der Entstehungsgeschichte des vormaligen Schwerbehindertengesetzes. § 19 Abs. 1 i.V.m. § 5 des Schwerbeschädigtengesetzes i.d.F. vom 14. 8. 1961 (BGBl. I 1961, 1233) nahm Organmitglieder ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes aus⁴. Diese Vorschrift wurde zwar nicht übernommen. Doch ging man von deren Fortgeltung aus. Es folgt vor allem aber auch aus der Stellung und den besonderen Pflichten des Geschäftsführers. Der Geschäftsführer hat sich ständig neu zu bewähren. Gelingt ihm dies nicht, so kann und muss er jederzeit abberufen und aus dem Anstellungsvertrag entbunden werden können. Das hindert aber nicht, im Rahmen allgemeiner Abwägungen, z.B. bei einer außerordentlichen fristgebundenen Kündigung, die Behinderung zu berücksichtigen.

4. Die Kündigung aus wichtigem Grund durch die Gesellschaft

a) Der wichtige Grund

- 323 Die fristlose Kündigung nach § 626 BGB ist nur zulässig, wenn *erstens* ein „wichtiger Grund“ vorliegt (s. Rdnr. ■232 ff.) und wenn *zweitens* dem Kündigenden aus Sicht eines verständigen Betrachters unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zu einem ordentlichen Ablauf nicht zugemutet werden kann⁵ (s. Rdnr. ■235).

1 OLG Schleswig-Holstein, GmbHR 2003, 1130 ff.

2 S. Rdnr. ■164b sowie BGH, NJW 1978, 1435, 1437; OLG Hamm, GmbHR 1987, 307, 308; LG Siegen, ZIP 1985, 1283; *Neumann*, in: Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, Sozialgesetzbuch IX, 11. Aufl. 2005, § 85 Rdnr. 31; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 178, 238; *Paefgen*, in: Ulmer, Rdnr. 144; *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 221; a.A. *Fleck*, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, 197, 221; *Oberrath*, MDR 1999, 134, 138 f.; *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 11. Aufl. 2005, § 14 Rdnr. 6; *Miller*, in: Meyer-Landrut/Miller/Niehus, §§ 35–38 Rdnr. 183; *Miller*, ZIP 1981, 582; differenzierend *Nägele*, BB 2001, 305, 307.

3 OLG Hamm, GmbHR 1987, 307.

4 S. dazu BGH, WM 1978, 319.

5 BGH, WM 1975, 761; BGH, WM 1984, 1120; BGH, WM 1988, 165, 166; BGH, DStR 1995, 1120; ■*Stein*, in: Hachenburg, § 38 Rdnr. 38, 61.

Die außerordentliche Kündigung ist ultima ratio. Es muss daher insbesondere 324 geprüft werden, ob nicht ein milderer Mittel, z.B. eine **Abmahnung**, zur Ahndung des Fehlverhaltens ausreicht¹. Die Abmahnung hat die Funktion, dem Betroffenen aufzuzeigen, dass sein Verhalten beanstandet wird. Zugleich warnt sie ihn vor den Folgen weiterer Pflichtverletzungen. Sie gibt ihm gleichsam eine zweite Chance. Vor der Schuldrechtsmodernisierung wurde für den GmbH-Geschäftsführer angenommen, eine Abmahnung sei nicht erforderlich. Denn der Geschäftsführer wisse, dass er sich an Gesetz, Satzung und vertragliche Pflichten zu halten habe und kenne auch die Folgen eines Fehlverhaltens². Ein Teil des Schrifttums geht davon aus, dass das Gesetz mit Einführung des § 314 Abs. 2 BGB von der Notwendigkeit einer Abmahnung auch bei Geschäftsführern ausgehe³. Die Abmahnung sei nur entbehrlich, wenn ein Fall des § 314 Abs. 2 Satz 2, § 323 Abs. 2 BGB vorliege, wie etwa im Fall *besonders* schwerer Pflichtverletzungen⁴. Bei schweren Pflichtverletzungen sei dagegen eine Abmahnung erforderlich und erst im Wiederholungsfall entbehrlich⁵. Bei leichten Pflichtverletzungen sei u.U. sogar eine mehrfache Abmahnung angezeigt⁶. Dem ist der BGH entgegengetreten und hat ein Festhalten an der bisherigen Rechtsprechung erklärt⁷. Er ordnet die Funktion, die der Geschäftsführer als Arbeitgeber einnimmt, als besonderen Umstand i.S.d. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB ein und nimmt damit die Organmitglieder zu Recht generell vom Abmahnungserfordernis aus. Ein Geschäftsführer muss seine Pflichten kennen und bedarf daher keiner gesonderten Warnung. Gestützt wird diese Ansicht durch die Gesetzgebungsmaterialien. Der Gesetzgeber wollte mit Einführung des § 314 Abs. 2 BGB die bisherige Rechtsprechung kodifizieren⁸. Anhaltspunkte dafür, dass eine Ausweitung des Abmahnungserfordernisses gewollt waren, sind nicht ersichtlich. Einer Abmahnung bedarf es deshalb grundsätzlich nicht⁹. Eine solche wird nur in einem Fall erforderlich, nämlich wenn der Geschäftsführer von der ex ante begründeten

1 ■ Stein, in: Hachenburg, § 38 Rdnr. 59; Henze, Handbuch zum GmbH-Recht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 1273 ff.

2 BGH, GmbHR 2000, 431; BGH, GmbHR 2001, 1158, 1159; Goette, in: FS Wiedemann, 2002, S. 873, 881; Nägele, BB 2001, 305, 310.; kritisch etwa Teigelkötter, GmbHR 2001, 1160 f.

3 v. Hase, NJW 2002, 2278, 2281; Grumann/Gillmann, DB 2003, 770, 774 (zur AG); Koch, ZIP 2005, 1621, 1627; Uwe H. Schneider, GmbHR 2003, 1, 4; Schumacher-Mohr, DB 2002, 1606, 1608.

4 Uwe H. Schneider, GmbHR 2003, 1, 4; v. Hase, NJW 2002, 2278, 2281; Koch, ZIP 2005, 1621, 1626; im Ergebnis auch Schumacher-Mohr, DB 2002, 1606, 1608.

5 Uwe H. Schneider, GmbHR 2003, 1, 4; v. Hase, NJW 2002, 2278, 2281.

6 Uwe H. Schneider, GmbHR 2003, 1, 5.

7 BGH, WM 2007, 1613; ebenso OLG Celle, GmbHR 2004, 425, 426, 428.

8 RegE des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6060, S. 177.

9 Ebenso Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, § 6 Rdnr. 92; Gehrlein, BB 2004, 2585, 2590; Goette, in: FS Wiedemann, 2002, S. 873, 880 ff.; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 61a; Marsch-Barner/Diekmann, in: MünchHdb. GmbH, 2. Aufl. 2003, § 43 Rdnr. 88; Paefgen, in: Ulmer, § 38 Rdnr. 45; Trappehl/Scheuer, DB 2005, 1276, 1279; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 221.

Annahme ausgehen konnte, sein (später beanstandetes) Verhalten entspreche den Erwartungen der Gesellschafter¹.

- 325 Der „wichtige Grund“ zur Abberufung nach § 38 Abs. 2 ist nicht notwendig auch ein „wichtiger Grund“ zur Kündigung des Anstellungsvertrages **durch die Gesellschaft**. Der Begriff „wichtiger Grund“ ist vielmehr jeweils gesondert auszulegen².
- 326 Es lassen sich personenbedingte, verhaltensbedingte und betriebsbedingte Gründe unterscheiden. Zu würdigen sind die **Gesamtumstände im Einzelfall**. Mit diesem Vorbehalt sind **als wichtiger Grund anzusehen**:
- 327 **(1) Personenbedingte Gründe:** Der wichtige Grund setzt kein pflichtwidriges oder gar schuldhaftes Verhalten voraus. Ausreichend sind objektive Umstände, z.B. die Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer langwierigen oder unheilbaren Krankheit³, der dauernde Wegfall der Geschäftsfähigkeit u.ä. Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass den Geschäftsführer kein Verschulden trifft, so dass im Einzelfall eine angemessene Kündigungsfrist geboten sein kann⁴.
- 328 **(2) Verhaltensbedingte Gründe: Straftaten:** Vorsätzlich strafbares Verhalten; die Fälschung von Buchungsunterlagen⁵; der begründete Verdacht, auf betrügerische Weise Subventionen erschlichen zu haben⁶; die Annahme von Schmiergeldern⁷; die Insolvenzverschleppung⁸; außerdienstliches strafbares Verhalten⁹; auch schon dringender Verdacht strafbarer Handlungen¹⁰. Ob fahrlässig begangene Straftaten eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen, hängt von dem Unrechtsgehalt und der Schwere des persönlichen Vorwurfs ab. Der Hinweis, das Verhalten habe zur Verbesserung des Gewinns beigetragen, rechtfertigt nicht. Trunkenheit am Steuer, auch außerhalb des Dienstes, offenbart in der Regel einen besonders schweren Charaktermangel, der bei einem Geschäftsführer eine Kündigung aus wichtigem Grund zulässt. Sonstige einmalige fahr-

1 BGH, NJW 1993, 463, 464; OLG Celle, NZG 2004, 475, 478 = GmbHR 2004, 425, 428; Goette, in: FS Wiedemann, 2002, 873, 881 f.; Goette, DStR 2000, 696; Paefgen, in: Ulmer, § 38 Rdnr. 45; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 221.

2 BGH, WM 1975, 790; BGH, GmbHR 1978, 85; BGH, WM 1978, 110; BGH, DStR 1999, 1537; Henze, Handbuch zum GmbH-Recht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 1198; s. auch bei § 38 Rdnr. ■35.

3 OLG Zweibrücken, GmbHR 2003, 1206, 1207.

4 Baumann, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2004, § 13 Rdnr. 60.

5 OLG Hamm, GmbHR 1985, 119 (zu § 38 Abs. 2).

6 BGH, WM 1984, 1187; zur Verdachtskündigung: LAG Berlin, GmbHR 1997, 839 = EWiR § 35 GmbHG 1/98, 65 (Oetker).

7 BAG, NJW 1973, 533; Sethe, WM 1998, 2309, 2320.

8 BGH, GmbHR 2005, 1049 ff. mit Anm. Haase/Sommermeier, GmbHR 2005, 1051, 1056; Keil, DZWIR 2006, 157.

9 BGH, WM 1956, 867.

10 BGH, WM 1967, 251; LAG Berlin, GmbHR 1997, 841.

lässige Schlechtleistungen können eine außerordentliche Kündigung nur ausnahmsweise begründen¹.

Verhalten in Bezug auf das Vermögen der Gesellschaft: Die Ausnutzung von 329
Erwerbschancen des Unternehmens zur Verfolgung privater Interessen²; gesellschaftsschädigende Geschäfte mit Unternehmen, an deren der Geschäftsführer beteiligt ist³; die Gefährdung der Vermögenslage der Gesellschaft⁴; eine Spekulation gegen die Interessen der Gesellschaft⁵; die Vermischung von Gesellschafts- und privaten Geldern, wenn und zumal sich der Geschäftsführer weigert, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken⁶; die vorzeitige Entnahme von Tantiemen⁷; fehlerhafte Spesenabrechnung⁸; die unbefugte Benutzung des Dienstwagens⁹; die unerlaubte Verwendung von Material und Arbeitskräften der GmbH für Privatzwecke¹⁰; unzulässige Zahlungen an Gesellschafter.

Sonstiges Verhalten des Geschäftsführers: Die ständige Widersetzlichkeit gegen 330
Weisungen der Gesellschafter¹¹; die Nichtumsetzung von Gesellschafterbeschlüssen¹²; die Verweigerung der Amtsführung¹³; fortlaufendes Versagen in der Geschäftsführung¹⁴; die Überschreitung der Geschäftsführerbefugnis¹⁵; Eingriff in die Zuständigkeit eines Mitgeschäftsführers¹⁶; die Änderung der Geschäftspolitik ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung¹⁷; die unberechtigte Amtsniederlegung¹⁸; die Verletzung eines Wettbewerbsverbots¹⁹; Vertrauensbruch²⁰ und schwere Loyalitätspflichtverletzung²¹; Nebentätigkeiten, die zu schweren Interessenkollisionen führen; die Verletzung der Buchführungspflichten²²; die Verletzung der Berichtspflichten gegenüber den Gesellschaftern²³; die Verletzung der Schweigepflicht, die in angemessenen Grenzen auch nach Be-

1 BGH, WM 1982, 797.

2 BGH, WM 1977, 361; BGH, WM 1985, 1444; BGH, WM 1989, 1335 = GmbHR 1989, 365; s. aber auch BGH, GmbHR 1995, 296, 297.

3 OLG Brandenburg, NZG 2000, 143, 145.

4 BGH, GmbHR 2001, 1158, 1159.

5 BGH, BB 1967, 731.

6 BGH, DStR 1993, 1752.

7 OLG Hamm, GmbHR 1995, 732, 733.

8 OLG Köln, DB 1994, 471; KG, NZG 2001, 325 ff.; Diller, GmbHR 2006, 333 ff.

9 Paefgen, in: Ulmer, § 38 Rdnr. 46.

10 BGH, GmbHR 1997, 998 = DStR 1997, 1338 mit Anm. Goette.

11 OLG Düsseldorf, ZIP 1984, 1476, 1478; OLG Frankfurt, GmbHR 1997, 346, 348 f.

12 OLG Celle, GmbHR 2004, 425.

13 Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 59.

14 BGH, WM 1976, 379, 380.

15 BGH, WM 1979, 1296; BGH, NJW-RR 1998, 1409, 1410; BGH, NJW-RR 2002, 173 f.; abwägend: BGH, GmbHR 1991, 197.

16 LG Berlin, GmbHR 2004, 741.

17 BGH, GmbHR 1991, 197.

18 BGHZ 78, 85 = WM 1980, 1147; BGH, WM 1978, 320; BGH, DStR 1995, 1359; OLG Celle, GmbHR 1995, 728, 729; OLG Celle, GmbHR 2004, 425.

19 S. dazu BGH, GmbHR 1995, 296: im konkreten Fall nicht ausreichend.

20 BGH, DStR 1995, 695.

21 BGH, GmbHR 2000, 431; KG, NZG 1999, 764, 765.

22 OLG Rostock, NZG 1999, 216, 217.

23 KG, NZG 2000, 101, 102.

endigung der Geschäftsführerstellung fortbesteht¹; das Verschweigen von Eigen-
geschäften²; das sachlich nicht gerechtfertigte Überschreiten einer Kreditlinie³;
Gewalttätigkeiten gegenüber Gesellschaftern⁴; Zerwürfnis unter den Geschäfts-
führern und fehlende Zusammenarbeit mit dem Aufsichtsrat⁵; ehrverletzende
und verleumderische Äußerungen über einen Gesellschafter⁶; grob gesell-
schaftsschädigende Äußerungen in der Öffentlichkeit; sowie das unterlassene
Einschreiten gegen pflichtwidriges Verhalten eines Geschäftsführers der Toch-
tergesellschaft⁷ oder gegen sexuelle Belästigungen von Mitarbeitern⁸.

- 331 **(3) Betriebsbedingte Gründe:** Der wirtschaftliche Niedergang des Unterneh-
mens, wenn für eine echte Geschäftsführertätigkeit in der vereinbarten Art
kein Raum mehr ist⁹ und die Betriebsstillegung¹⁰. Die Insolvenz stellt als solche
keinen wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung des Anstellungsver-
trags dar, wie § 113 InsO zeigt (s. Rdnr. ■234, 250). Weitere Fälle zu (1) bis
(3) bei *Fleck*, WM 1968, Sonderbeil. 3, S. 13; *Fleck*, WM 1981, Sonderbeilage 3,
S. 12; *Fleck*, WM 1994, 1957; *Lohr*, NZG 2001, 826; *Weimar/Grote*, BuW 2003,
508.
- 332 Im Einzelfall **nicht ausreichend** war eine wirtschaftliche Krise der Gesell-
schaft¹¹; die drohende Insolvenz (s. Rdnr. ■232d) oder die Eröffnung des Insol-
venzverfahrens (s. Rdnr. ■250)¹²; der Entzug des Vertrauens ohne besondere Be-
gründung¹³; die Befürwortung eines vom Aufsichtsrat abgelehnten Projekts¹⁴;
die Entgegennahme von Leistungen der Gesellschaft ohne Gegenleistung, was
auch durch andere Organmitglieder erfolgte¹⁵; Uneinigkeit über die Erstattungs-
fähigkeit von Spesen¹⁶; die nicht auf wirtschaftlichen, sondern rein geschäfts-
politischen Gründen beruhende Entscheidung einer Muttergesellschaft, den Be-
trieb ihrer Tochtergesellschaft einzustellen¹⁷; die Nichtangabe anderweitiger
Verdienste während der fortlaufenden Anstellungszeit eines GmbH-Geschäfts-
führers, der jedoch schon von seinen Dienstpflichten freigestellt worden ist¹⁸;
die Weiterbenutzung des Dienstwagens nach Kündigung, wenn dieser nicht an

1 OLG Hamm, GmbHR 1985, 157.

2 OLG Karlsruhe, GmbHR 1988, 484.

3 BGH, WM 1974, 131.

4 BGH, DStR 1994, 1746 mit Anm. *Goette*.

5 BGH, NJW-RR 1998, 1409, 1410 (zur AG).

6 BGH, GmbHR 1998, 827.

7 LG Nürnberg-Fürth, DB 2003, 2642.

8 OLG Hamm, GmbHR 2007, 823 mit Anm. *Haase*, GmbHR 2007, 824.

9 BGH, WM 1975, 761: Anstellungsvertrag auf Lebenszeit; OLG Stuttgart, ZIP 1981,
1337.

10 BAG, NJW 1985, 2606: befristete Kündigung.

11 BGHZ 78, 82, 84.

12 BGHZ 75, 209, 212 f. = GmbHR 1980, 27 f.; OLG Hamm, GmbHR 1987, 307, 308; a.A.
Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 38 Rdnr. 53.

13 BGH, WM 1978, 110 und BGH, WM 1981, 759 (für AG).

14 BGH, WM 1975, 787.

15 BGH, WM 1978, 111.

16 BGH, GmbHR 2003, 33, 34 f. mit Anm. *Schmid*.

17 BGH, GmbHR 2003, 33, 35 mit Anm. *Schmid*.

18 BGH, DStR 2001, 1312 mit Anm. *Goette*.

die Organstellung gebunden, sondern Teil der Vergütung ist¹; die geringfügige Überschreitung des Urlaubs² sowie die ethnische Herkunft³. Auch die Vornahme risikoreicher Geschäfte ist als solche noch kein Grund zur außerordentlichen Kündigung, sondern erst dann, wenn der unternehmerische Ermessensspielraum im Einzelfall überschritten ist⁴.

Die Vorschrift des § 626 BGB ist zwingend und darf daher nicht wesentlich 333 erschwert oder ausgeschlossen werden. Die Beteiligten können jedoch in einer **Vereinbarung im Anstellungsvertrag** bestimmte Umstände als wichtigen Grund benennen. Das hat vor allem deshalb Bedeutung, weil der wichtige Grund für eine Abberufung in anderer Weise auszulegen ist. Vorgesehen werden kann daher etwa, dass der Entzug des Vertrauens als wichtiger Grund anzusehen sein soll. Ist eine solche Erweiterung des Kreises wichtiger Gründe vorgesehen, führt dies zum Schutze des Geschäftsführers aber grundsätzlich nur zu einer Beendigung des Anstellungsvertrages mit der Frist, die nach § 622 BGB für eine ordentliche Kündigung frühestens vereinbart werden könnte⁵. Vereinbaren die Parteien, dass dem Geschäftsführer bei einer Kündigung vor Ablauf einer bestimmten Dauer seiner Geschäftsführertätigkeit eine Abfindung zusteht, wird hierdurch das Recht der Gesellschaft aus § 626 BGB unzulässig eingeschränkt. Eine solche Vereinbarung ist nach § 134 BGB nichtig⁶.

Die fristlose Beendigung des Anstellungsvertrags verlangt nicht nur einen 334 „wichtigen Grund“, sondern auch eine **Abwägung der Interessen der Beteiligten**, insbesondere im Blick auf die Folgen, die die fristlose Kündigung für den Geschäftsführer hat oder haben kann. Zu berücksichtigen ist, ob sich der Kündigende seinerseits vertragstreue verhalten hat⁷. Weiterhin sind die wirtschaftlichen und sozialen Folgen, die Dauer der Tätigkeit als Geschäftsführer⁸, das Alter des Geschäftsführers⁹ und die Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung im Unternehmen, im Konzern und bei Dritten zu berücksichtigen¹⁰. Auch sind an ein Vorgehen nach § 626 Abs. 2 BGB besonders strenge Anforderungen zu stellen, wenn eine kurzfristige ordentliche Kündigungsmöglichkeit gegeben ist oder der Vertrag kurzfristig ausläuft¹¹.

1 BGH, DStR 2001, 1312.

2 OLG Hamburg, AG 1991, 242 (zur AG); anders BGH, AG 1995, 466, weil die Gesellschaft deshalb führungslos war.

3 LG Frankfurt a.M., NJW-RR 2001, 1113.

4 OLG Naumburg, GmbHR 2005, 757, 759 ff.

5 BGH, WM 1981, 759. Anders *Paefgen*, in: Ulmer, § 38 Rdnr. 48, der in der Erweiterung der wichtigen Gründe eine Umgehung des § 622 BGB sieht.

6 BGH, NJW 2000, 2983, 2984; *Paefgen*, in: Ulmer, § 38 Rdnr. 48.

7 BGH, DStR 2001, 1312.

8 BGHZ 20, 249.

9 BGH, WM 1966, 969.

10 BGH, BB 1976, 271.

11 BGH, WM 1968, 1325; BGH, WM 1975, 762.

b) Die Zuständigkeit

- 335 Für die Kündigung aus wichtigem Grund besteht dieselbe Zuständigkeit wie für die ordentliche Kündigung¹. Bei der Abstimmung ist ein Gesellschafter-Geschäftsführer, um dessen Anstellungsvertrag es geht, aber vom Stimmrecht ausgeschlossen (Einzelheiten bei § 47).

c) Frist, Fristbeginn, Kenntnis

- 336 Die Kündigung aus wichtigem Grund kann nur innerhalb von **zwei Wochen** nach Kenntnis des für die außerordentliche Kündigung tragenden Sachverhalts ausgesprochen werden, § 626 Abs. 2 BGB². Bei einem **Dauerverhalten** reicht es aus, wenn der letzte Vorfall des Gesamtverhaltens in die Zweiwochenfrist fällt³. Handelt es sich dagegen um **verschiedene Pflichtenverstöße**, die in keinen inneren Zusammenhang stehen, läuft die Frist für jeden Vorfall separat⁴.
- 337 Zu welchem Zeitpunkt **Kenntnis** von den wesentlichen Umständen vorliegt, die eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen, ist höchst Streitig⁵. Zwei Extrempositionen stehen sich gegenüber, und dazwischen finden sich vielfältige Nuancierungen. Zu weit geht die Ansicht, Kenntnis bestehe erst, wenn alle Organmitglieder informiert sind und das Gremium zur Beratung zusammengetreten ist. Kommt die Gesellschafterversammlung nur einmal im Jahr zusammen, so wäre dies mit dem Sinn der kurzen Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht vereinbar. Auf der anderen Seite sichert die zufällige, in anderer Funktion erlangte Kenntnis eines Organmitglieds nicht hinreichend die Interessen der Gesellschaft⁶.
- 338 Die höchststrichterliche Rspr. hat bis in jüngste Zeit die Ansicht vertreten, die Frist beginne spätestens mit der Kenntnis aller Gesellschafter, sofern die Gesellschafter innerhalb der Zwei-Wochen-Frist zusammentreten, wirksam beschließen und die Kündigungserklärung dem Geschäftsführer zugehen lassen können⁷.
- 339 Entscheidend ist indessen die **Kenntnis des für die Kündigung zuständigen Organs**. Da aber die Gesellschafterversammlung ein Kollegialorgan ist, das seinen Willen durch Beschluss fasst, ist für die Wissenszurechnung die Kenntnis der Organmitglieder **in ihrer Eigenschaft als Mitwirkende an der kollektiven Entscheidungsfindung** maßgebend (Kollektivwissen des für die Kündigung zu-

1 BGH, GmbHR 1997, 998 und BGH, GmbHR 1998, 828 sowie bei Rdnr. ■171, 173, 220.

2 BGH, GmbHR 1998, 828; Goette, DStR 1998, 938.

3 BGH, NJW-RR 1992, 992 f.

4 BGH, DStR 2001, 861, 862.

5 S. die Überblicke bei Wiesner, BB 1981; 1538; Densch/Kahlo, DB 1983, 813; Lüders, BB 1990, 790; Goette, DStR 1997, 1054, 1339.

6 So aber Lüders, BB 1990, 793: Kenntnis durch ein Mitglied des im konkreten Fall vertretungsberechtigten Kollegialorgans genügt.

7 BGH, WM 1976, 379, 380; BGH, ZIP 1980, 661 = GmbHR 1981, 157; zuletzt BGH, GmbHR 1997, 998; auch noch Goette, DStR 1998, 1141.

ständigen Organs). Im Blick hierauf vertritt die höchstrichterliche Rspr.¹ nunmehr die Ansicht, Kenntnis der Gesellschafter als Kollegialorgan liege erst dann vor, wenn der maßgebliche Sachverhalt einer Gesellschafterversammlung unterbreitet wird². Demgemäß beginnt die Zweiwochenfrist, wenn die Gesellschafterversammlung zusammentritt.

Das kann freilich nicht bedeuten, dass mit dem Zusammentreten der Gesellschafterversammlung bis zur nächsten ordentlichen Sitzung zugewartet werden kann. Im Interesse des Geschäftsführers ist vielmehr durch die einberufungsberechtigten Gesellschafter eine, gegebenenfalls außerordentliche, Gesellschafterversammlung einzuberufen, § 50 Abs. 1, 3. Dies hat mit einer billigerweise zumutbaren Beschleunigung zu erfolgen; die Verzögerung darf nicht unangemessen sein³. Kenntnis der einberufungsberechtigten Gesellschafter begründet die Einberufungspflicht und den Fristbeginn für die Einberufung innerhalb angemessener Zeit. Verweigert der Geschäftsführer die Einberufung, so darf der einberufungsberechtigte Gesellschafter die dreiwöchige Wartefrist des § 50 Abs. 3⁴ verstreichen lassen, und zwar trotz der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB⁵. Organisationsmängel gehen zu Lasten der Gesellschaft. Sie muss sich bei Kenntnis einberufungsberechtigter Gesellschafter so behandeln lassen, als sei in zumutbarer Frist einberufen worden⁶. Entsprechendes gilt bei Kenntnis eines nach § 49 einberufungsberechtigten Geschäftsführers. Bei der Einpersonen-GmbH beginnt die Frist mit Kenntnis des Gesellschafters; handelt es sich um eine juristische Person, ist die Kenntnis von dessen Vertretungsorgan maßgebend⁷.

Dem ungenutzten Ablauf der Frist kann nach **Treu und Glauben** die Rechtsfolge der Fristversäumung zu versagen sein, wenn dem Geschäftsführer auf dessen Wunsch und von ihm bestärkt Bedenkzeit zur Prüfung der einvernehmlichen Beendigung gegeben wurde⁸. Anhängige Strafverfahren hemmen bis zur Urteilsverkündung⁹. Bei einer Verdachtskündigung wird die Frist gehemmt, wenn die Gesellschafter vor ihrer Entscheidung zunächst den Geschäftsführer

1 BGHZ 139, 89 = GmbHR 1998, 827; dazu *Goette*, ZNotP 1999, 64; sowie Bspr. Aufsatz: *Stein*, ZGR 1999, 264; BGH, NJW 2000, 1864, 1866; BGH, GmbHR 2001, 1158; BGH, GmbHR 2004, 182.

2 BGHZ 139, 89 = GmbHR 1998, 827; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 64; *Stein*, in: Hachenburg, § 38 Rdnr. 75; zum Ganzen: *Stein*, ZGR 1999, 264.

3 BGHZ 139, 89, 93 = BGH, GmbHR 1998, 827, 828; auch schon BGH, NJW 1984, 2689.

4 Zu dieser Frist s. BGH, GmbHR 1998, 827 = DStR 1998, 1101 ff. mit Anm. *Goette*.

5 *Goette*, ZNotP 1999, 64.

6 BGHZ 139, 89, 93 = GmbHR 1998, 827, 828; problematisch zur Handlungspflicht nicht einberufungsberechtigter Gesellschafter: *Stein*, ZGR 1999, 273, 280, wobei nicht unterschieden wird zwischen Pflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft und Fristbeginn.

7 *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 228 mit weiteren Nachw.

8 BGH, LM § 626 BGB Nr. 17. Zum Problem des langfristig sich entwickelnden Kündigungsgrundes: BAGE 24, 383; BAG, AP § 626 Nr. 4 (Ausschlussfrist); *Stein*, in: Hachenburg, § 38 Rdnr. 59.

9 BAG, NJW 1976, 1766; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 38 Rdnr. 48.

anhören¹. Dagegen können sich die Gesellschafter nicht darauf berufen, man habe erst einen anderen Geschäftsführer suchen müssen².

d) Frist bei Verdachtskündigungen

- 342 Die Zwei-Wochen-Frist beginnt erst zu laufen, wenn eine sichere und umfassende Kenntnis von dem für die Kündigung maßgebenden Sachverhalt besteht³. Die Gesellschaft muss daher nicht auf Verdacht kündigen⁴, sondern kann zunächst Dritte, z.B. Wirtschaftsprüfer, mit der Sachverhaltsaufklärung beauftragen. Die Aufklärung muss zwar beschleunigt vorangetrieben werden. Gerade bei schweren persönlichen Verfehlungen sind aber sorgfältige Nachforschungen geboten; denn das Bekanntwerden der Vorwürfe schadet dem Ansehen des betroffenen Geschäftsführers. Daher können Verzögerungen gerade auch in solchen Fällen, aber auch bei notwendigen Klärungen bei Konzernunternehmen oder im Ausland oder bei Dritten den Fristbeginn hinausschieben, weil noch keine sichere und umfassende Kenntnis besteht. Sichere Kenntnis besteht aber spätestens dann, wenn der Geschäftsführer ein Geständnis abgelegt hat⁵.

Die Gesellschaft trägt die Beweislast, dass die Zwei-Wochen-Frist eingehalten wurde und demzufolge die Beweislast dafür, dass erst zu einem bestimmtem Zeitpunkt sichere und umfassende Kenntnis bestand und dass die Aufklärung mit der notwendigen Eile betrieben wurde⁶.

e) Anhörung, Begründung und Form

- 343 Die Gesellschafter brauchen den Geschäftsführer weder vor der Kündigung anzuhören, noch ist Wirksamkeitsvoraussetzung, dass sie Gründe im Kündigungsschreiben nennen⁷. Die Form des § 623 BGB ist nicht anzuwenden (s. Rdnr. ■227a). Der Geschäftsführer kann jedoch verlangen, dass ihm die Gründe unverzüglich schriftlich mitgeteilt werden, § 626 Abs. 2 Satz 3 BGB. Kommt die Gesellschaft dem Begehren nicht nach, so hat der Geschäftsführer Anspruch auf Schadensersatz⁸.

1 BGH, WM 1976, 77, 78 und BGH, WM 1984, 1187.

2 BGH, GmbHR 1975, 201; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 67; a.A. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 233.

3 BGH, GmbHR 1976, 85; BGH, GmbHR 1996, 452; BGH, GmbHR 1997, 998.

4 Zur Verdachtskündigung s. BGH, ZIP 1997, 1063 = DStR 1997, 1053 mit Anm. Goette; Henze, Handbuch zum GmbH-Recht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 1279 f.; Stein, ZGR 1999, 264.

5 BGH, NJW 1976, 797.

6 BGH, GmbHR 1985, 112; BGH, GmbHR 1997, 998 = DStR 1997, 1338 mit Anm. Goette; BAG, ZIP 1994, 1290, 1291; ■Stein, in: Hachenburg, § 38 Rdnr. 78.

7 BGH, DStR 1995, 731; Goette, DStR 1995, 1360.

8 BGHZ 27, 220, 223; BGH, WM 1960, 859; BGH, WM 1970, 1395; BGH, WM 1973, 639; BGH, WM 1984, 1120.

f) Nachschieben von Gründen

Beim Nachschieben von Gründen ist zwischen solchen Sachverhalten zu unterscheiden, die vor der Erklärung der Kündigung, und solchen, die nach der Erklärung der Kündigung liegen. 344

Umstände, die **vor der Kündigungserklärung** liegen und **die bei der Kündigungserklärung bekannt waren**, können nicht mehr für eine fristlose Kündigung herangezogen werden, wenn sie allein stehen. Sie sind wegen Zeitablaufs verwirkt. Wohl aber können solche Umstände im Rahmen der erforderlichen Gesamtabwägung zu berücksichtigen sein. Voraussetzung ist, dass zusätzliche Umstände vorliegen, die innerhalb des Kündigungszeitraums verwirklicht wurden, die aber nicht für sich genommen einen wichtigen Grund darstellen. Der wichtige Grund ergibt sich vielmehr aus der Gesamtwürdigung¹. Sie ist insbesondere dann zulässig, wenn die einzelnen Vorgänge in einem inneren sachlichen Zusammenhang stehen. Zu denken ist an wiederholte schädigende Maßnahmen zu Lasten der Gesellschaft, unzulässige Zahlungen an Gesellschafter, wiederholte Bestechlichkeiten, beleidigende Äußerungen oder gar wiederholte Tathandlungen gegenüber Gesellschaftern, Mitgeschäftsführern oder Mitarbeitern². Freilich ist eine solche „Liniengleichheit“ nicht zwingend³, weil andernfalls die GmbH jeden auch noch so fernliegenden Umstand bemängeln müsste, um nicht ausgeschlossen zu sein. Eine solche „Generalabrechnung“ verlangt das Gesetz aber nicht. 345

Werden Vorgänge, die **vor der Kündigungserklärung** lagen, erst **nach der Kündigungserklärung bekannt**, so sind diese Umstände zu berücksichtigen⁴. Allerdings bedarf es eines zusätzlichen Beschlusses des zuständigen Gesellschaftsorgans⁵. Das macht allerdings keinen Sinn und gilt nicht für die Zwei-Personen-GmbH, wenn es um die Abberufung des anderen Gesellschafter-Geschäftsführers geht und der Gesellschafter, der den Abberufungsbeschluss allein gefasst hat, zugleich derjenige ist, der die Gesellschaft in dem über die Wirksamkeit der Abberufung geführten Rechtsstreit vertritt⁶.

Umstände, die erst **nach der Kündigungserklärung** eingetreten sind, können nicht nachgeschoben werden, sondern rechtfertigen nur eine erneute außerordentliche Kündigung. Auch hierfür bedarf es aber eines entsprechenden Beschlusses des zuständigen Gesellschaftsorgans. Die Kündigung wirkt in diesem Fall erst vom Zeitpunkt der Erklärung an. Eine Rückwirkung erfolgt nicht⁷. 346

1 BGH, WM 1978, 1123; BGH, DStR 1992, 588.

2 BGH, DStR 1994, 1746 mit Anm. Goette.

3 BGH, GmbHR 1992, 40; zum Problem des „Dauerversagens“: BGH, DB 1976, 859.

4 BGHZ 27, 220; BGH, GmbHR 1992, 40; BGH, NJW 2004, 1528, 1529.

5 BGH, GmbHR 1992, 38 = DStR 1992, 296; BGH, DStR 1994, 1746 mit Anm. Goette; BGH, NJW 2004, 1528, 1529; Henze, Handbuch zum GmbH-Recht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 1304; Bauer/Krets, DB 2003, ■811; a.A. Bauer/Krieger, ZIP 2004, 1247, ■1251.

6 BGH, GmbHR 1992, 38.

7 BGH, BB 1966, 959; Paefgen, in: Ulmer, § 38 Rdnr. 60.

g) Umdeutung in ordentliche Kündigung

- 347 Fehlen für die außerordentliche Kündigung die Voraussetzungen, so kann sie in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn dies dem Willen des Kündigenden entspricht und dieser Wille in seiner Erklärung für den Empfänger der Kündigung erkennbar zum Ausdruck gekommen ist¹.

5. Kündigung aus wichtigem Grund durch den Geschäftsführer

- 348 Die fristlose Kündigung durch den Geschäftsführer nach § 626 BGB ist nur zulässig, wenn ein „wichtiger Grund“ vorliegt und wenn ihm unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zu einem ordentlichen Ablauf nicht zugemutet werden kann. Ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung durch den Geschäftsführer liegt in folgenden Fällen vor: Vertragswidrig nicht erfolgte Bestellung zum Geschäftsführer² und der Widerruf der Bestellung³; der Verlust der Organstellung nach einer Umwandlung⁴; eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung durch die Gesellschaft⁵; die grundlose Beschränkung der anstellungsvertraglich eingeräumten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis⁶; das systematische Vorenthalten von Informationen über die Buchführung⁷; grob beleidigende Äußerungen und unberechtigte Vorwürfe gegenüber seiner Person⁸ sowie das Verlangen, der Geschäftsführer möge eine offensichtlich rechtswidrige Maßnahme ausführen⁹. Im Einzelfall kann die willkürliche Verweigerung der Entlastung und das ungerechtfertigte Vorenthalten der Bezüge einen wichtigen Grund darstellen¹⁰. Nutzt die Gesellschafterversammlung ihr Weisungsrecht, ist dies allein noch kein Grund für eine fristlose Kündigung, da die Geschäftsführer grundsätzlich den Weisungen unterliegen (§ 37 Abs. 1). Erst wenn das Ausmaß der Weisung dazu führt, dass die anstellungsvertraglich eingeräumte Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausgehöhlt ist, wird die Schwelle zum wichtigen Grund überschritten.

1 BGHZ 20, 239, 249; BGH, GmbHR 1985, 256; BGH, GmbHR 1997, 1062 = EWiR § 140 BGB 1/98, 203 (*Finken*); BGH, GmbHR 2000, 376 mit Anm. *Teigelkötter, Henze*, Handbuch zum GmbH-Recht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 1266.

2 BAG, GmbHR 2003, 105.

3 S. § 38 Rdnr. 34 sowie BGH, GmbHR 2003, 100, 101; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 58.

4 *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 58; *Moll*, in: FS Schwerdtner, 2003, S. 453, 460.

5 BGH, NJW 1994, 443, 444.

6 OLG Frankfurt, GmbHR 1993, 288, 289.

7 BGH, GmbHR 1995, 653 f.

8 BGH, GmbHR 1992, 301, 302; BGH, GmbHR 1995, 653; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 219.

9 BGH, NJW 1978, 1435, 1436; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 58; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 219.

10 BGH, NJW-RR 1988, 352, 353; *Paefgen*, in: Ulmer, § 38 Rdnr. 62.

6. Vertragliche Verknüpfung mit Beendigung des Organverhältnisses

S. bei § 38 Rdnr. ■33 ff.

349

7. Die Beendigungsfolgen

a) Reichweite der Kündigung

Die Kündigung beendet das Anstellungsverhältnis, aber nicht notwendig auch die Organstellung, wie umgekehrt die Abberufung nicht automatisch zur Beendigung der Anstellung führt (s. auch bei § 38 Rdnr. ■33 ff.). Das Anstellungsverhältnis endet bei der außerordentlichen Kündigung sofort, bei der ordentlichen mit dem Wirksamwerden der Kündigung, also dem Ablauf der Kündigungsfrist. In der Praxis besteht das Bedürfnis, den Geschäftsführer nach erklärter ordentlicher Kündigung sofort freizustellen; dies kann vertraglich vorgesehen werden, wenn dabei die Bezüge fortbezahlt werden¹ (zum Beschäftigungsanspruch s. Rdnr. ■218).

350

Wird die Organstellung beendet, nicht aber auch das Anstellungsverhältnis, muss der Geschäftsführer auch ihm zumutbare Tätigkeiten unterhalb der Organebene übernehmen²; für die Frage der Zumutbarkeit kommt es auch darauf an, wer die Beendigung der Organstellung zu vertreten hat³. War der Geschäftsführer vor seiner Bestellung Arbeitnehmer und ruhte das Arbeitsverhältnis während der Zeit als Geschäftsführer (dazu Rdnr. ■159d, 159e), lebt es mit der Beendigung des Anstellungsverhältnisses wieder auf.

351

Die einmal erfolgte Kündigung ist **unwiderruflich**, falls sie nicht wegen Irrtums oder Zwanges angefochten wird (§§ 119 ff. BGB). Notfalls bedarf es einer neuen Anstellung durch das hierzu berufene Organ, doch nicht erneuter Eintragung im Handelsregister (§ 39), falls das Ausscheiden noch nicht eingetragen war⁴. Dem gekündigten Geschäftsführer ist der **Resturlaub** und gemäß § 629 BGB ggf. **Freizeit zur Stellensuche** zu gewähren.

352

b) Vergütungsansprüche, Schadensersatz

Mit der wirksamen Beendigung des Anstellungsverhältnisses verliert der Geschäftsführer seinen Vergütungsanspruch. Ansprüche auf Tantieme berechnen sich nur nach Geschäften, die vor der Beendigung der Anstellung abgeschlossen wurden; ihre Anbahnung durch den Geschäftsführer reicht nicht⁵. Zur Wirkung auf Versorgungsansprüche s. Rdnr. ■204 ff. Einen Dienstwagen, den der Geschäftsführer als Teil der Vergütung erhält und auch privat nutzen darf, muss er erst mit Beendigung des Anstellungsverhältnisses zurückgeben, d.h. bei der

353

1 LG Köln, GmbHR 1997, 1104, 1105; Tillmann/Mohr, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 455.

2 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 212; a.A. Kothe-Heggemann/Dahlbender, GmbHR 1996, 650, 652; Gravenhorst, GmbHR 2007, 417, 418.

3 Bauer/Gragert, ZIP 1997, 2177, 2183.

4 RGZ 68, 384.

5 Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 48.

ordentlichen Kündigung mit deren Wirksamwerden. Bis zu diesem Zeitpunkt kann er die Herausgabe verweigern, soweit die Gesellschaft nicht auf den Wagen angewiesen ist¹. Bei der außerordentlichen Kündigung ist der Wagen sofort herauszugeben².

- 354 Ist die durch die Gesellschaft ausgesprochene außerordentliche Kündigung unwirksam, stellt sich die Frage, ob der Geschäftsführer seinen Vergütungsanspruch behält. Ist er nach der Erklärung der Kündigung nicht mehr tätig, wird seine Leistung mangels Nachholbarkeit unmöglich mit der Folge, dass er den Anspruch auf die Gegenleistung nach § 326 Abs. 1 BGB einbüßt. Er behält jedoch seinen Vergütungsanspruch nach § 615 Satz 1 BGB, wenn er die Gesellschaft durch Anbieten seiner Dienste in Annahmeverzug setzt. Der Umstand, dass der Geschäftsführer zugleich abberufen wurde (§ 38 Abs. 1), führt nicht zur Anwendung des § 297 BGB, denn das Unvermögen hat die Gesellschaft selbst verursacht³. Eine vor der Kündigung erklärte Bereitschaft des Geschäftsführers zur Weiterarbeit muss nach der Kündigung wiederholt werden⁴. Das wörtliche Angebot kann auch konkludent erfolgen, z.B. in Form einer Leistungsklage auf Fortzahlung der Bezüge⁵. Lässt die Gesellschaft jedoch erkennen (z.B. durch Bestellung eines neuen Geschäftsführers), dass sie den Geschäftsführer unter keine Umständen weiter beschäftigt, ist ein solches Angebot überflüssig⁶. Zur Anrechnung anderweitiger Verdienste nach § 615 Satz 2 s. Rdnr. ■247h.
- 355 Hat der Geschäftsführer fristlos gekündigt und stellt sich die Unwirksamkeit dieser Kündigung heraus, kann er sich nicht auf § 615 Satz 1 BGB berufen; dies wäre ein widersprüchliches Verhalten⁷. Ein Anspruch aus § 326 Abs. 2 BGB scheitert am fehlenden Annahmeverzug. Zudem schuldet der Geschäftsführer Ersatz des der Gesellschaft durch die Kündigung entstandenen Schadens⁸.
- 356 Wird die außerordentliche Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlasst, so ist dieser zum Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet (§ 628 Abs. 2 BGB).

c) Rechenschaftspflicht, Nebenämter etc.

- 357 Nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses hat der Geschäftsführer **Rechenschaft zu legen**. Alle **Geschäftsunterlagen sind zurückzugeben**, §§ 675, 667 BGB⁹. Ein Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung noch bestehender Geldansprüche steht ihm nicht zu¹⁰. Nachfolger sind einzuarbeiten. **Ämter** in Verbänden,

1 BGH, WM 1991, 635, 637.

2 Lohr, NZG 2001, 826, 835.

3 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 250 f.; anders Greger, in: FS Boujong, 1996, S. ■■■, 153 f., der § 326 Abs. 2 BGB anwenden will.

4 BGH, NJW 1988, 1201.

5 BGH, NJW-RR 1997, 537, 538; OLG Düsseldorf, GmbHR 1999, 543, 549.

6 BGH, GmbHR 2000, 1256; a.A. wohl Lohr, NZG 2001, 826, 835.

7 BGH, GmbHR 2000, 85, 86.

8 OLG Köln, GmbHR 1997, 30, 31 (Kosten für die Suche eines Nachfolgers).

9 BGH, GmbHR 1992, 301: Disketten.

10 BGH, WM 1968, 1325.

die der Geschäftsführer nur aufgrund seiner Tätigkeit für die Gesellschaft erlangt hat, sind niederzulegen, damit der Nachfolger in diese Ämter gewählt werden kann. Zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot s. bei § 43 Rdnr. ■172.

d) Zeugnis

Der Geschäftsführer hat Anspruch auf ein **Zeugnis** entspr. § 630 BGB¹, und zwar auch dann, wenn der Geschäftsführer beherrschender Gesellschafter oder wenn die Geschäftsführung eine gesellschaftliche Pflicht nach § 3 Abs. 2 war. Das Zeugnis stellt der Aufsichtsrat aus, falls dieser für die Anstellung zuständig ist, andernfalls stellen es die Gesellschafter durch Beschluss fest. Der Geschäftsführer kann die Versammlung zu diesem Zweck berufen und, falls er selbst Gesellschafter ist, mitstimmen. Ein von einem Mitgeschäftsführer ausgestelltes Zeugnis wird er nicht anzunehmen brauchen, noch weniger das eines Prokuristen, wohl aber das seines Nachfolgers, wenn es dem Gesellschafterbeschluss entspricht. 358

e) Verzicht auf Ansprüche

War ein **Vergütungsbetrag rückständig**, so liegt kein Verzicht darin, dass beim Ausscheiden des Geschäftsführers davon nicht die Rede war. Ob ein Verzicht anzunehmen ist, lässt sich nur nach Lage des Falles unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben beurteilen. Erworbene Ansprüche auf Urlaubsabgeltung bleiben auch nach dem Ausscheiden bestehen, und zwar im Allgemeinen selbst dann, wenn der Geschäftsführer fristlos entlassen worden war². 359

XVI. Die Insolvenz der GmbH

1. Kündigung des Anstellungsvertrages

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt nicht zur Beendigung des Anstellungsvertrages. §§ 115, 116 InsO können nicht angewendet werden. Der Anstellungsvertrag kann aber gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO sowohl vom Geschäftsführer als auch vom Insolvenzverwalter ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Kündigungsausschluss gekündigt werden³. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate zum Monatsende, wenn nicht kraft Gesetzes oder Anstellungsvertrag eine kürzere Frist maßgeblich ist, § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO. Voraussetzung für eine Kündigung ist das Vorliegen eines Kündigungsgrundes⁴. Wegen § 113 InsO ist aber die Insolvenzeröffnung als solche kein 360

1 BGHZ 49, 30, 31 für einen Nichtgesellschafter; KG, BB 1979, 988 (Angestellter); Peltzer, BB 1976, 1252; vgl. auch Vogel, DB 1967, 370; Sudhoff, GmbHR 1967, 4; Ordemann, DB 1966, 1598, a.A. Groß, Das Anstellungsverhältnis, S. 365.

2 BGH, LM § 35 GmbHG Nr. 5.

3 BGHZ 75, 209 = NJW 1980, 595; OLG Hamm, NJW-RR 2000, 1651 f.; Giesen, ZIP 1998, 46; Warrikoff, BB 1994, 2338; Uhlenbruck, BB 2003, 1185, 1186.

4 Zu den Voraussetzungen einer Kündigung nach § 113 InsO vgl. Giesen, ZIP 1998, 46; Kania, DStR 1996, 832; Lackies, RdA 1997, 145; Schaub, AuA 1997, 218; Warrikoff, BB 1994, 2338.

wichtiger Grund zur Kündigung. Aus § 113 InsO folgt vielmehr, dass der Gesetzgeber grundsätzlich von einem Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeht. Eine Kündigung durch den Insolvenzverwalter beendet nur das Anstellungsverhältnis und nicht die Organstellung¹.

- 361 Besteht ein Anstellungsverhältnis mit dem beherrschenden (Unternehmer-)Geschäftsführer soll, soll dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht nach § 103 InsO zustehen mit der Folge, dass er das Anstellungsverhältnis ohne Einhaltung einer Frist beenden könne². Dies überzeugt nicht, denn auch der beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer muss im Falle einer Insolvenz ausreichend Zeit haben, sich eine neue Vollzeitbeschäftigung zu suchen (s. oben Rdnr. ■226), zumal seine Beteiligung an der GmbH seine wirtschaftliche Existenz nicht mehr sichern kann. Daher ist § 113 InsO auch auf den beherrschenden (Unternehmer-)Geschäftsführer anzuwenden³. Die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung steht dem Insolvenzverwalter nicht allein aufgrund des Umstands zu, dass das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Vielmehr müssen sonstige Umstände hinzutreten, wie etwa eine unredliche Geschäftsführung. Selbstverständlich berechtigen auch Insolvenzdelikte oder deren begründeter Verdacht zur fristlosen Kündigung (s. Rdnr. ■232b)⁴. Ein zu hohes Gehalt des Alleingeschafters, das aus der Masse nicht mehr bestritten werden kann, stellt keinen wichtigen Grund dar; hier ist vielmehr eine Herabsetzung kraft Treuepflicht geboten⁵.
- 362 Bei Kündigung durch den Insolvenzverwalter kann der Geschäftsführer als Insolvenzgläubiger Schadensersatz wegen vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses verlangen, § 113 Abs. 1 Satz 3 InsO.
- 363 Hat der Insolvenzverwalter eine Kündigung wirksam unter Beachten der Fristen und der einschlägigen Vorschriften ausgesprochen, so ändert die eventuelle Aufhebung des Insolvenzeröffnungsbeschlusses im Beschwerdeverfahren nichts an der Wirksamkeit der Kündigung⁶.

1 Obermüller/Hess, InsO, 4. Aufl. 2003, Rdnr. 751, 760.

2 Kübler/Prütting/Noack, InsO, Sonderband Gesellschaftsrecht, 1999, § 113 Rdnr. 298 f.; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 190; Lutter/Hommelhoff, 15. Aufl. 2000, Anh. § 6 Rdnr. 69; Koppensteiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 38 Rdnr. 53; Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, 17. Aufl. 2000, § 64 Rdnr. 52; Timm, ZIP 1987, 69, 70 ff. Ebenso Haas, DStR 2001, 584, 585 (sofern der Geschäftsführer unter keinem Gesichtspunkt schutzwürdig ist).

3 S. Vor § 64 Rdnr. ■66 sowie OLG Düsseldorf, NZG 2000, 1044; Wolf, in: Braun, InsO, 2. Aufl. 2004, § 113 Rdnr. 7; Löwisch, in: FS Kraft, 1998, S. 375, 380 f.; Löwisch/Caspers, in: MünchKomm. InsO, ■■, § 103 Rdnr. 10; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 69; Heyder, in: Michalski, § 6 Rdnr. 229; Paefgen, in: Ulmer, § 38 Rdnr. 128; Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 63 Rdnr. 139; Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, § 64 Rdnr. 59; Uhlenbruck, BB 2003, 1185, 1187.

4 Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 63 Rdnr. 139.

5 S. Rdnr. ■191; ähnlich restriktiv Paefgen, in: Ulmer, § 38 Rdnr. 128. Dagegen bejahen BGHZ 75, 209, 212 f.; Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 63 Rdnr. 139, einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB.

6 Obermüller/Hess, InsO, 4. Aufl. 2003, Rdnr. 471.

2. Rückständige Bezüge

Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehende rückständige Bezüge des Geschäftsführers sind als einfache Insolvenzforderung beim Insolvenzverwalter anzumelden (§ 38 InsO)¹. Die InsO sieht keine Bevorrechtigung mehr vor für Bezüge von Arbeitnehmern, wie dies bislang durch § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO erfolgte. Somit entfällt die Problematik, ob rückständige Bezüge der Geschäftsführer Masseschuld oder bevorrechtigte Forderung sind. **Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehende** Vergütungsansprüche sind Masseverbindlichkeiten, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO².

3. Insolvenzgeld

Nach §§ 183 ff. SGB III hat ein Arbeitnehmer einen Anspruch auf Insolvenzgeld, wenn er bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen seines Arbeitgebers, bei Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse oder bei vollständiger Beendigung der Betriebstätigkeit im Inland, wenn ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht gestellt worden ist und ein Insolvenzverfahren offensichtlich mangels Masse nicht in Betracht kommt (Insolvenzereignis), für die letzten drei Monate vor dem Insolvenzereignis noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt hat. Das Insolvenzgeld ist so hoch wie der Teil des um die gesetzlichen Abzüge verminderten Arbeitsentgelts (Nettoverdienst) der letzten drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, § 185 SGB III. Es wird auf Antrag von der zuständigen Agentur für Arbeit gewährt, § 327 Abs. 1 SGB III.

Keinen Anspruch auf Insolvenzgeld haben Unternehmer-Geschäftsführer, die einen solchen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen haben, dass sie Gesellschafterbeschlüsse verhindern können. Strittig ist, ob abhängigen Geschäftsführern ein solcher Anspruch zusteht³ und wie die Abgrenzung vorzunehmen ist. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, dass auch Geschäftsführer persönlich abhängig sein können, so folgt daraus, dass sie auch entsprechende Ansprüche haben. Wer anspruchsberechtigt ist, richtet sich nach denselben Merkmalen, nach denen sich die Versicherungspflicht nach §§ 24 ff. SGB III richtet. Entscheidend ist, ob der Gesellschafter „persönlich abhängig“ war oder ob die gesamten Umstände für eine selbständige Tätigkeit sprechen⁴.

¹ Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 190.

² Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 190; Uhlenbruck, BB 2003, 1185, 1187.

³ Bejahend LSG NRW, 8. 11. 2006 – L 12 AL 203/05; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, § 6 Rdnr. 71; Marsch-Barner/Diekmann, in: MünchHdb. GmbH, 2. Aufl. 2003, § 43 Rdnr. 58; Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 72; Uhlenbruck, BB 2003, 1185, 1188; nun wohl auch Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 191; a.A. Henssler, ZInsO 1999, 121 a.E. Bejahend beim früheren Konkursausfallgeld die h.M.: BSG, ZIP 1983 = BStSozArbR 1983, 157; Timm, ZIP 1981, 14; verneinend LG Bremen, KTS 1980, 165: nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen; eingehend Groß, DB 1984, 1447; bejahend beim Insolvenzgeld Hess, in: GK-SGB III (Loseblatt, Stand Februar 1998), vor §§ 183 bis 189 Rdnr. 66 ff. S. auch BGH, GmbHR 2003, 1202 ff.

⁴ BSG, ZIP 1983, 103 mit weiteren Nachw.; BayLSG, 28. 9. 2006 – L 10 AL 383/03; Timm, ZIP 1981, 20.

4. Insolvenzschutz des Ruhegehalts

- 367 Wenn über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, erlangen „**abhängige Geschäftsführer**“ (Einzelheiten oben Rdnr. ■203b ff.) unter den in § 7 BetrAVG genannten Voraussetzungen eine Sicherung ihrer Ansprüche bzw. Anwartschaften durch einen gesetzlichen Anspruch gegen den Pensions-Sicherungs-Verein. Der Eröffnung des Insolvenzverfahrens stehen weitere gesetzliche Sicherungsfälle gleich. Geschützt werden nur Leistungen, die eine betriebliche Altersversorgung i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG darstellen (s. Rdnr. ■203i ff.).
- 368 Grundsätzlich schuldet der PSVaG die Höhe der Leistungen, die die Gesellschaft aufgrund der Versorgungszusage zu erbringen hätte, wäre das Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden (§ 7 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG). Allerdings ist der monatliche Anspruch höchstens auf das Dreifache der im Zeitpunkt der ersten Fälligkeit maßgebenden monatlichen Bezugsgröße gemäß § 18 SGB IV begrenzt (§ 7 Abs. 3 BetrAVG). Bei Eintritt des Versorgungsfalls im Jahre 2007 wären dies in den alten Bundesländern 2450 Euro (= 29 400 Euro jährlich) und in den neuen Bundesländern 2100 Euro (25 200 Euro jährlich). Es werden laufende Versorgung und unverfallbare Anwartschaften geschützt. Die Unverfallbarkeit von Anwartschaften richtet sich ausschließlich nach § 1b BetrAVG und lässt sich nicht dadurch beschleunigen, dass GmbH und Geschäftsführer eine vorzeitige Unverfallbarkeit zulasten des PSVaG vereinbaren¹. § 7 Abs. 5 Satz 1 BetrAVG schließt zudem bestimmte Fälle des Missbrauchs der Insolvenzversicherung aus. Ein solcher Fall liegt insbesondere dann vor, wenn bei Erteilung oder Verbesserung der Versorgungszusage wegen der wirtschaftlichen Lage der GmbH zu erwarten war, dass die Zusage nicht erfüllt werden wird. Begrenzt sind die Leistungen des PSVaG auch im Fall von Zusagen und Verbesserungen von Zusagen, die in den beiden letzten Jahren vor dem Eintritt des Sicherungsfalls erfolgt sind (§ 7 Abs. 5 Satz 3 BetrAVG). Diese werden nur geschützt, wenn sie ab dem 1. 1. 2002 abgegeben und durch Entgeltumwandlung in Höhe von bis zu 4% der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung finanziert wurden. Im Rahmen von Übertragungen gegebene Zusagen sind gesichert, soweit der Übertragungswert die Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung nicht übersteigt.
- 369 Der Insolvenzschutz für Betriebsrenten nach § 7 BetrAVG gilt jedoch nur für „**abhängige Geschäftsführer**“ und nicht für Renten der „Unternehmer-Geschäftsführer“². Ruhegehaltsleistungen für einen Unternehmer-Geschäftsführer kann die GmbH nur durch Abschluss einer Rückdeckungsversicherung absichern und anschließend die Ansprüche gegen die Versicherung an den Geschäftsführer abtreten oder verpfänden. Um die Abtretung bzw. Verpfändung der Rückdeckungsversicherung wirksam werden zu lassen, bedarf es der Anzeige der Abtretung bzw. Verpfändung an die Versicherungsgesellschaft (§ 1280

¹ *Paefgen*, in: *Ulmer*, Rdnr. 225 mit weiteren Nachw.

² BGH, GmbHR 1998, 84 sowie zuvor etwa BAGE 66, 1, 5; a.A. *Arteaga*, Insolvenzschutz der betrieblichen Altersversorgung mitarbeitender Gesellschafter, 1995; *Arteaga*, ZIP 1996, 2008, 2011.

BGB). Die Anzeige muss nach den Bedingungen der Rückversicherung schriftlich gegenüber der Versicherungsgesellschaft erfolgen¹. Es reicht nicht aus, wenn der Versicherer auf andere Weise davon Kenntnis erlangt. Ohne eine wirksame Verpfändung kann der Insolvenzverwalter die Bezugsberechtigung mit der Folge widerrufen, dass der Rückkaufswert in die Insolvenzmasse fällt².

Allerdings hat die Rechtsprechung die Abtretung³ als nicht insolvenzfest eingeordnet. Anders ist dies bei einer Verpfändung⁴, die nicht der Insolvenzanfechtung nach § 133 InsO unterliegt, es sei denn, die Gesellschaft und der Geschäftsführer hielten im Zeitpunkt der Verpfändung den Eintritt des Insolvenzfalls bereits für hinreichend konkret⁵. Das Pfandrecht steht dem Geschäftsführer bedingt auf den Versorgungsfall zu. In der Insolvenz der GmbH ist die bedingte Ruhegehaltsforderung bei der Verteilung in vollem Umfang zu berücksichtigen (§ 191 InsO); der Wert ist jedoch gemäß § 198 InsO zu hinterlegen, bis die Bedingung eintritt⁶. Dem Geschäftsführer steht dann ein Absonderungsrecht nach §§ 50 InsO, 1282, 1228 Abs. 2 BGB zu⁷. Tritt die Bedingung nicht ein, weil der Geschäftsführer vor Erreichen der Altersgrenze verstirbt, wird der hinterlegte Betrag nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 InsO verteilt⁸. Im Übrigen stellt der Abschluss der in der Höhe angemessenen Rückdeckungsversicherung und deren Verpfändung auch keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Kapitalerhaltung dar, sofern die abgesicherte Versorgung einem Drittvergleich standhält. Denn die Versorgung ist die Gegenleistung für die erbrachte Geschäftsführertätigkeit⁹. Bei Abschluss der Rückdeckungsversicherung ist darauf zu achten, dass die etwas höher als die zugesagte Versorgung ist, denn im Insolvenzfall fallen Insolvenzfeststellungskosten in Höhe von 4% an (§ 171 Abs. 1 Satz 2 InsO). Ist auch eine Hinterbliebenenversorgung zugesagt, muss den Angehörigen jeweils ein eigenes Pfandrecht bestellt werden.

Eine andere Möglichkeit der Sicherung der Anwartschaften für den Insolvenzfall besteht im Abschluss so genannter Contractual Trust Arrangements (CTA).

1 Benkel/Hirschberg, Berufsunfähigkeits- und Lebensversicherung, ALB- und BUZ-Kommentar, 1990, § 13 ALB Rdnr. 120, 140 (zu § 13 Abs. 4 ALB).

2 BGH, ZIP 1993, 600, 602.

3 BAG, DB 1978, 1843.

4 BGHZ 136, 220, 224 ff. = GmbHR 1997, 936, 937 f.; OLG Brandenburg, GmbHR 2002, 432, 434; OLG Hamm, NJW-RR 1996, 1312; Arteaga, ZIP 1998, 276, 277 f.; Neumann, BB 1997, 2658, 2659; Tillmann/Mohr, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rdnr. 695 f., wo sich auch ein Formulierungsvorschlag findet.

5 OLG Brandenburg, GmbHR 2002, 432, 434.

6 BGHZ 136, 220, 225 f. = GmbHR 1997, 936, 937 f.; BGH, ZIP 2005, 909, 910 f.; dazu Armbrüster, DZWIR 2005, 385, 386; Elfring, NJW 2005, 2192 ff.; Perwein, GmbHR 2007, 589 ff.; OLG München, DZWIR 2004, 429, 430; Lohkamp/Fiala, VersR 2006, 331, 334.

7 BGH, ZIP 2005, 909, 910; dazu Armbrüster, DZWIR 2005, 385, 386; Lohkamp/Fiala, VersR 2006, 331, 335; a.A. noch OLG Hamm, NJW-RR 1996, 1312 (betagte Forderung nach § 45 InsO).

8 BGH, ZIP 2005, 909, 910 f.; Bitter, NZI 2000, 399, 400; Blomeyer, VersR 1999, 653, 662; Kießner, in: Braun, InsO, 2. Aufl. 2004, § 191 Rdnr. 6; Stegmann/Lind, NVersZ 2002, 193, 201; Uhlenbruck, in: Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. 2003, § 191 Rdnr. 6.

9 KG, ZIP 2003, 2253, 2254; Breitling, EWIR 2004, 659 f.; Paefgen, in: Ulmer, Rdnr. 229.

Es handelt sich um einen (zumeist doppelseitig ausgestalteten) Treuhandvertrag. Die GmbH überträgt das zur Deckung der Anwartschaft notwendige Vermögen auf einen Treuhänder, der es zugunsten der GmbH verwaltet, gleichzeitig aber auch dem Geschäftsführer im Wege eines Vertrags zugunsten Dritter ein Recht auf die Leistung einräumt¹.

XVII. Der Gerichtsstand

- 372 1. Für Streitigkeiten aus dem Anstellungsverhältnis zwischen der Gesellschaft und einem Geschäftsführer sind die **ordentlichen Gerichte** zuständig². Das gilt ohne Unterschied für Gesellschafter-Geschäftsführer und Fremdgeschäftsführer. Dabei kann dahinstehen, ob § 5 Abs. 1 ArbGG nur klarstellende oder gestaltende Wirkung hat. Die Vorschrift findet auch dann Anwendung, wenn der Geschäftsführer behauptet, wegen eingeschränkter Befugnisse tatsächlich nur Arbeitnehmer gewesen zu sein³.
- 373 2. Die Probleme der Qualifikation des Anstellungsverhältnisses **vor der Bestellung, nach der Beendigung der Organstellung und bei Drittanstellung** führen zu unerfreulichen Abgrenzungsproblemen bei der Rechtswegzuständigkeit⁴. Auch für Streitigkeiten über den Anstellungsvertrag vor der Bestellung und nach der Beendigung der Organstellung sind die Arbeitsgerichte zwar in der Regel nicht zuständig; denn der Anstellungsvertrag ist weder vor der Bestellung ein Arbeitsvertrag noch wandelt er sich nach dem Amtsverlust automatisch in einen Arbeitsvertrag⁵. Für Streitigkeiten aus dem Anstellungsverhältnis bleiben die ordentlichen Gerichte daher auch nach der Abberufung des Geschäftsführers zuständig⁶. Entsprechende Folgen ergeben sich für die Zulässigkeit von Schiedsvereinbarungen zum Anstellungsvertrag⁷.
- 374 Das gilt jedoch nicht ohne Ausnahme. Bestand zunächst ein Arbeitsverhältnis, so soll es auch nach der Bestellung zum Geschäftsführer bei der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit bleiben⁸. Die Arbeitsgerichte sind vor allem aber zuständig, wenn die Parteien entweder nach Beendigung des Amtes den Dienstvertrag in ein Arbeitsverhältnis umwandeln⁹ oder wenn vor der Bestellung ein Arbeitsverhältnis bestand, der Geschäftsführer bei der Bestellung weder ausdrücklich

1 Dazu *Berenz*, DB 2006, 2125 ff.; *Bode/Bergt/Obenberger*, DB 2000, 1864 f.; *Hanau/Artega/Rieble/Veit*, Entgeltumwandlung, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 667; *Klemm*, DStR 2005, 1291 ff.; *Küppers/Louven/Schröder*, BB 2005, 763 ff.; *Küppers/Louven*, BB 2004, 337, 340; *Mittermaier/Böhme*, BB 2006, 203 f.

2 § 5 Abs. 1 ArbGG; BGH, WM 1969, 686; BAG, GmbHR 1986, 263 (Kündigung); BAG, GmbHR 1988, 179; BAG, ZIP 1996, 1311 (Vor-GmbH); BAG, NJW 1999, 3069.

3 BAG, GmbHR 1999, 816.

4 Eingehend hierzu *Jaeger*, NZA 1998, 961; *Reinecke*, ZIP 1997, 1525; *Bauer/Grager*, ZIP 1997, 2177: „... zwischen Himmel und Hölle ...“.

5 BAG, GmbHR 1994, 548.

6 BAG, NJW 1999, 3069.

7 Zur Reichweite von § 4 ArbGG im Blick auf Schiedsvereinbarungen zu Anstellungsverträgen: *Hentzen*, in: FS Sandrock, 1995, S. 181.

8 BAGE 9, 313; BAG, AP Nr. 14 zu § 5 ArbGG 1953.

9 *Grunsky*, ArbGG, § 6 Rdnr. 27b.

noch konkludent auf den einmal erworbenen Bestandsschutz verzichtet hat¹, und er nun abberufen ist. Das nun wieder auflebende Arbeitsverhältnis (s. oben Rdnr. ■159a ff.) begründet zugleich die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit². Entsprechendes gilt für die Drittanstellung, wenn der Geschäftsführer nur im Verhältnis zur GmbH nicht als Arbeitnehmer anzusehen ist (s. oben Rdnr. ■165b sowie *Reinecke*, ZIP 1997, 1529); denn das Anstellungsverhältnis zum herrschenden Unternehmen kann als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren sein und damit die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit begründen³.

3. Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte kann vereinbart werden, § 2 Abs. 4 375 ArbGG.

4. Das Arbeitsgericht prüft die Zulässigkeit des Rechtsweges von Amts wegen. 376
Nach § 48 Abs. 1 ArbGG i.V.m. § 17a Abs. 3 GVG kann das Gericht seine Zuständigkeit vorab feststellen. Eine Vorabentscheidung muss auf Rüge einer Partei erfolgen (§ 48 Abs. 1 ArbGG i.V.m. § 17a Abs. 3 Satz 2 GVG). Sofern das ArbG seine Unzuständigkeit annimmt (wenn also z.B. das Zivilgericht zuständig ist), wird die Klage nicht als unzulässig abgewiesen. Der Rechtsstreit wird vielmehr verbindlich an das zuständige Gericht verwiesen (§ 48 Abs. 1 ArbGG i.V.m. § 17a Abs. 2 ArbGG). Gegen den die Zulässigkeit des Rechtsweges bejahenden oder verneinenden Beschluss ist nach § 48a Abs. 1 ArbGG, § 17a Abs. 4 Satz 3 GVG nur das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde statthaft. Wenn dieses Rechtsmittel nicht eingelegt wird, ist die Entscheidung bindend. Es erfolgt keine weitere Überprüfung in der Berufungsinstantz mehr (§ 65 ArbGG)⁴.
Zum Streitwert für Gehalts- und Pensionsklagen: BGH, WM 1981, 567.

5. Zum Gerichtsstand für Schadensersatzansprüche der Gesellschaft s. bei § 43 377 Rdnr. ■210a.

XVIII. Sozialversicherungspflicht

1. Anwendungsbereich

a) Unterscheidung zwischen abhängiger und selbstständiger Beschäftigung

Ob zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis besteht, richtet sich danach, ob eine abhängige und deshalb beitragspflichtige Beschäftigung oder eine selbstständige Tä- 378

1 S. etwa BAG, GmbHR 1994, 548.

2 BAG, ZIP 1988, 91; OLG Frankfurt, GmbHR 1999, 859 f.; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 75.

3 BAG, GmbHR 1988, 179; OLG Frankfurt, GmbHR 1997, 1106; *Jaeger*, NZA 1998, 961, 967; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rdnr. 75; a.A. *Grunsky*, ZIP 1988, 76; s. auch Rdnr. ■159b ff. und ■228. S. auch schon BAG, AP Nr. 1 zu § 5 ArbGG mit zust. Anm. *Beitzke* = GmbHR 1981, 113; BAG, WM 1983, 798 = GmbHR 1984, 70; *Martens*, in: FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 451 Fn. 32; für Österreich: österr. OGH, GesRZ 1983, 32; a.A. OLG Celle, GmbHR 1980, 32, 35; *Bauer*, GmbHR 1981, 111; *Fleck*, ZHR 149 (1985), 387.

4 Vgl. im Einzelnen: *Grunsky*, ArbGG, § 65 Rdnr. 2; *Schwab*, NZA 1991, 662 ff.

tigkeit vorliegt (§ 7 SGB IV)¹. Die gesetzliche Definition des abhängig Beschäftigten gilt für alle Bereiche der Sozialversicherung (§ 1 Abs. 1 SGB IV).

- 379 Das BSG² unterscheidet zwischen dem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer einerseits und dem von den anderen Gesellschaftern abhängigen Gesellschafter- oder Fremdgeschäftsführer andererseits. Die Organstellung allein schließt jedenfalls eine Abhängigkeit nicht aus³. Die „persönliche Abhängigkeit“ wird dadurch bestimmt, dass der Geschäftsführer „laufende Bezüge“ erhält, „funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess des Betriebs teilhat“ und ihm maßgeblicher Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft fehlt. Die Tätigkeit gilt auch dann als fremdbestimmt, wenn der Geschäftsführer am unternehmerischen Risiko nicht teilnimmt, selbst wenn er im Einzelfall nicht weisungsunterworfen ist⁴. Maßgebend sind (1) die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags, insbesondere der Umfang der Beteiligung und das Ausmaß des sich daraus ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft; (2) die Ausgestaltung des Anstellungsvertrags und (3) die tatsächlichen Verhältnisse. Nach Ansicht des BSG ist versicherungspflichtiger Arbeitnehmer, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies bedeute Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung. Auch wenn das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein könne, dürfe es nicht vollständig entfallen. Demgegenüber werde die selbständige Tätigkeit durch das Unternehmerrisiko und durch das Recht und die Möglichkeit gekennzeichnet, über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei zu verfügen. In Zweifelsfällen komme es darauf an, welche Merkmale überwiegen. Dies richte sich nach den Umständen des Einzelfalles, wobei die vertragliche Ausgestaltung im Vordergrund stehe, die allerdings zurücktrete, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend davon abweichen⁵.
- 380 Da es in der Vergangenheit regelmäßig zu Fällen gekommen ist, in denen ein Geschäftsführer Beiträge zur Sozialversicherung entrichtet hatte, bei Eintritt des Versicherungsfalls dann aber erfahren musste, dass er nicht als abhängig Beschäftigter galt, hat der Gesetzgeber ein von Amts wegen durchzuführendes Statusfeststellungsverfahren vorgeschrieben (§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV)⁶. Um die sozialversicherungsrechtliche Einordnung von Geschäftsführern zu erleichtern, haben die Spitzenverbände der Krankenkassen, des Verbands Deutscher Rentenversicherungsträger (VDR) und der Bundesagentur für Arbeit anlässlich

1 Posdziech, Der Geschäftsführer der GmbH, 2. Aufl. 1994; Reiserer, Der GmbH-Geschäftsführer im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 1995; Plagemann, WiB 1994, 225; Schaub, WiB 1994, 637; Umk, DB 1994, 934; Figge, GmbHR 1995, 111; Figge, DNotZ 1998, 20; Figge, GmbHR 1998, R 273; Reiserer/Schulte, BB 1995, 2162; Winkler, DStR 1997, 289; Storr, NWB 1998, 4879.

2 BSGE 13, 196, 200; BSG, SozR 3-4100 § 168 Nr. 5 S. 8; BSG, GmbHR 1995, 584; BSG, GmbHR 1997, 696.

3 BSGE 13, 196, 200; BSG, NZA 1991, 869 = GmbHR 1992, 172, 173.

4 BSG, GmbHR 1974, 38 (Fremdgeschäftsführer); BSG, GmbHR 1997, 697.

5 BSGE 45, 199; BSG, NZA 1991, 869, 870; BSG, GmbHR 1995, 224 jeweils mit weiteren Nachw.

6 Geisler, DAngVers 2004, 553 ff.; Menthe, DAngVers 2005, 125 ff.

ihrer Besprechung am 22./23. 11. 2000 eine Entscheidungshilfe erstellt, an der sich auch die Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund orientiert¹.

b) Fallgruppen

(1) Ein **Gesellschafter, der Alleingeschäftsführer** ist, kann kein abhängig Beschäftigter sein, auch wenn er tatsächlich nur eine untergeordnete Tätigkeit ausüben sollte², denn er kann gegen ihn gerichtete Weisungen jederzeit verhindern. Ist der Alleingesellschafter und Geschäftsführer lediglich Treuhänder für einen Dritten, besitzt er formal die Rechtsmacht zur Beherrschung der Gesellschaft und unterliegt nur schuldrechtlichen Bindungen gegenüber dem Treugeber. Diese Bindung reicht nicht aus, um ihn zu einem abhängig Beschäftigten zu machen³. Anders ist die Ausgangslage, wenn der Alleingesellschafter und Geschäftsführer Treuhänder ist, der Treugeber sich aber das Stimmrecht vorbehalten hat; hier kann ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegen, wenn der Treuhänder und gleichzeitige Gesellschafter-Geschäftsführer wie ein Arbeitnehmer in die Gesellschaft eingegliedert ist⁴. Hat ein Alleingesellschafter die gesellschaftsrechtliche Machtstellung durch einen Stimmbindungsvertrag dauerhaft und vollständig auf einen Dritten übertragen, weist sich diese Gestaltung aber als unzulässig, liegt keine abhängige Beschäftigung vor. Denn maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist⁵. 381

(2) Der „**Gesellschafter-Geschäftsführer mit maßgeblichem Einfluss**“ ist nicht sozialversicherungspflichtig. 382

- Einen „maßgeblichen Einfluss“ auf die Entscheidungen der GmbH hat der Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer **Mehrheit** an Kapital und Stimmrechten⁶. Fehlt es dem Mehrheits-Gesellschafter-Geschäftsführer an einem bestimmenden, über die Rechte eines Minderheitsgesellschafters hinausgehenden Einfluss, so liegt dagegen ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor⁷.
- Maßgeblichen Einfluss hat der Gesellschafter-Geschäftsführer auch dann, wenn er Gesellschafterbeschlüsse auf dem Gebiet der Geschäftsführung verhindern kann⁸. Dies ist der Fall, wenn er eine **Sperrminorität** innehat, die es ihm erlaubt, Weisungen bezüglich Zeit, Dauer, Umfang und Ort seiner Be-

1 Fundstelle: BB 2001, 728 ff.

2 BSGE 66, 69, 71 = GmbHR 1990, 300 f.; BSG, GmbHR 2006, 645, 647; *Freckmann*, BB 2006, 2077, 2079; *Menthe*, DAngVers 2005, 125, 126 f.

3 *Menthe*, DAngVers 2005, 125, 128.

4 BSG, NJW-RR 1995, 993, 994; *Freckmann*, BB 2006, 2077, 2079; *Menthe*, DAngVers 2005, 125, 128.

5 BSG, GmbHR 2006, 645, 647.

6 BSG, BB 1984, 1049; BSG, GmbHR 1987, 351; BSG, GmbHR 1995, 584; BSG, GmbHR 1997, 697; *Freckmann*, BB 2006, 2077, 2079.

7 BSG, GmbHR 1989, 32.

8 BSGE 17, 15; BSGE 23, 84; BSG, GmbHR 1972, 104; BSG, GmbHR 1975, 36; BSG, GmbHR 1992, 173.

schäftigung zu verhindern¹. Eine solche Gestaltung liegt etwa vor, wenn die Satzung einstimmige Beschlussfassung vorsieht. Der Gesellschafter-Geschäftsführer hat damit unabhängig von der Höhe seiner Kapitalbeteiligung eine Sperrminorität, so dass er nicht in einem Beschäftigungsverhältnis zur GmbH steht². Nicht ausreichend ist es dagegen, wenn die in der Satzung niedergelegte Sperrminorität sich lediglich auf die Festlegung der Unternehmenspolitik, die Änderung des Gesellschaftsvertrages und die Auflösung der Gesellschaft beschränkt³. In diesem Fall kann er durchaus abhängig Beschäftigter sein. Fraglich ist, ob der Geschäftsführer abhängig Beschäftigter ist, wenn er über 48,82% am Stammkapital einer GmbH verfügt und die Satzung vorsieht, dass die Gesellschafterversammlung – bei einer Beschlussfassung mit einfacher Mehrheit – nur beschlussfähig ist, wenn 75% des Stammkapitals vertreten ist. Im konkreten vom BSG entschiedenen Fall sah die Satzung jedoch vor, dass – wenn diese Mehrheit nicht erreicht wird – binnen Monatsfrist eine zweite Gesellschafterversammlung mit den gleichen Tagesordnungspunkten einzuberufen ist, wobei die Gesellschafterversammlung dann ohne Rücksicht auf das vertretene Stammkapital beschlussfähig ist. Hieraus leitete das Gericht ab, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer Beschlüsse durch Fernbleiben von der Gesellschafterversammlung lediglich verzögern, nicht jedoch verhindern könne, weshalb kein maßgeblicher Einfluss vorliege⁴.

- Maßgeblichen Einfluss hat der Gesellschafter-Geschäftsführer auch dann, wenn er zwar aufgrund seiner Stimmrechte keinen beherrschenden Einfluss in der GmbH hat, er aber dennoch im eigenen Unternehmen tätig ist („selbstbestimmte Tätigkeit“), also nur bei wichtigen Entscheidungen in seiner Entscheidungsfreiheit beschränkt ist und dabei ein erhebliches Unternehmensrisiko trägt⁵. Entscheidend ist damit, ob der Geschäftsführer seine Tätigkeit *tatsächlich* im Wesentlichen frei gestalten kann⁶.
- In Ausnahmefällen kann sogar bei einem **Fremdgeschäftsführer** ein nicht sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegen, wenn er etwa faktisch aufgrund verwandtschaftlicher Beziehungen wie ein Alleininhaber die Geschäfte der GmbH führen kann⁷.

383 (3) **Fremdgeschäftsführer und Gesellschafter-Geschäftsführer mit weniger als 50% Kapitalbeteiligung und ohne Sperrminorität** stehen dagegen regelmäßig in persönlicher Abhängigkeit. Ihre Tätigkeit ist daher versicherungspflichtig. Im zuletzt genannten Fall gilt dies jedoch nur, wenn der Geschäftsführer nicht hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort der Tätigkeit im Wesentlichen wei-

1 Freckmann, BB 2006, 2077, 2079.

2 BSG, NZA 1991, 869.

3 BSG, GmbHR 1993, 355 ff.

4 BSG, Die Beiträge 1995, 358 ff.

5 BSG, GmbHR 1972, 104; BSG, GmbHR 1975, 36; BSG, BStSozArbR 1983, 44; BSG, GmbHR 1987, 351 sowie Figge, GmbHR 1986, 186; s. aber auch zum Treuhänder: BSG, GmbHR 1995, 584 und BSG, GmbHR 1997, 696.

6 BSG, GmbHR 1987, 351, 352.

7 BSG, GmbHR 1987, 351, 352; BSG, BB 1989, 72 f.; BSG, NZA 1990, 950 ff.

sungsfrei ist¹. Maßgebend für die Beurteilung sind die Inhalte des Anstellungsvertrags und die tatsächlichen Verhältnisse.

(4) Personen, die als Geschäftsführer angestellt sind, deren **Bestellung zum Organ** aber **noch nicht erfolgt** ist, sind abhängig Beschäftigte, denn ihnen mangelt es aufgrund der fehlenden Organstellung an der Rechtsmacht, die eigene Tätigkeit zu gestalten². 384

(5) Die für die GmbH genannten Grundsätze gelten auch für die **Vor-GmbH**³. 385

(6) Bei der **GmbH & Co. KG** ist danach zu unterscheiden, bei wem der Geschäftsführer der GmbH angestellt ist. Ist er von der GmbH angestellt, gelten die genannten Kriterien, nach denen zu beurteilen ist, ob der Geschäftsführer maßgeblichen Einfluss hat. Besteht der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers mit der KG, kommt es darauf an, ob der Geschäftsführer einen solchen Einfluss in der KG besitzt. Solange dies nicht der Fall ist, ist er abhängig Beschäftigter⁴. Gleiches gilt, falls die GmbH die KG beherrscht und er an der GmbH nicht maßgeblich beteiligt ist⁵. 386

2. Die Sozialversicherungsbereiche

a) Kranken- und Pflegeversicherungspflicht

Ist der Geschäftsführer ein abhängig Beschäftigter (s. Rdnr. ■264 ff.), unterfällt er nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V der Krankenversicherungspflicht. Das Gesetz sieht zahlreiche Befreiungsmöglichkeiten vor, von denen für den Geschäftsführer die Regelung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V bedeutsam ist; er ist kraft Gesetzes befreit, wenn sein Einkommen die Jahresarbeitsentgeltgrenze übersteigt (2007: 47 700 Euro jährlich). Für einen als abhängig Beschäftigten geltenden Geschäftsführer, der am 31. 12. 2002 bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen in einer substitutiven Krankenversicherung versichert war, gilt die besondere Jahresarbeitsentgeltgrenze nach § 6 Abs. 7 SGB V (2007: 42 750 Euro jährlich). Werden diese Einkommengrenzen überschritten, kann sich der Geschäftsführer freiwillig in der gesetzlichen Versicherung (§ 7 SGB VI) oder privat versichern. 387

Die versicherungspflichtigen Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung sind auch in der Pflegeversicherung versicherungspflichtig (§ 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI). Freiwillig krankenversicherte Personen sind in der Pflegeversicherung pflichtversichert (§ 20 Abs. 3 SGB XI), können sich aber nach § 22 SGB XI befreien lassen, wenn sie den Abschluss einer privaten Pflegeversicherung nach- 388

1 Übersicht bei Figge, GmbHR 1987, 338; s. auch LSG NRW, GmbHR 1992, 174 bei GmbH & Co. KG.

2 Freckmann, BB 2006, 2077, 2080.

3 BSGE 17, 15 ff. = NJW 1962, 1539 f.; Freckmann, BB 2006, 2077, 2080; Menthe, DAng-Vers 2005, 125, 130.

4 Freckmann, BB 2006, 2077, 2080; Paefgen, in Ulmer, Rdnr. 161.

5 Freckmann, BB 2006, 2077, 2080.

weisen. Alle übrigen Personen müssen eine private Pflegeversicherung abschließen (§ 23 SGB XI).

b) Arbeitslosenversicherung

- 389 Ist der Geschäftsführer ein abhängig Beschäftigter (s. Rdnr. ■264 ff.), unterfällt er nach §§ 24, 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III auch der Arbeitslosenversicherung¹.

c) Unfallversicherung

- 390 In der Unfallversicherung sind alle abhängig Beschäftigten ohne Rücksicht auf die Höhe ihres Einkommens versichert § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII). Geschäftsführer, die nicht Beschäftigte sind, können freiwillig der Unfallversicherung beitreten (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII).

d) Rentenversicherungspflicht

- 391 Rentenversicherungspflichtig sind Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI. Ein abhängig beschäftigter Geschäftsführer (s. Rdnr. ■264 ff.) unterfällt damit der Rentenversicherungspflicht. Eine Befreiungsmöglichkeit bei Überschreiten bestimmter Einkommensgrenzen sieht das Gesetz nicht vor, wohl aber eine Beitragsmessungsgrenze (2007: 63 000 Euro).
- 392 Rentenversicherungspflichtig sind weiterhin arbeitnehmerähnliche Selbstständige (§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI). Hierunter sind Personen zu verstehen, die auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Arbeitgeber tätig ist und die keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, dessen Gehalt 400 Euro übersteigt. Es war unklar, ob Geschäftsführer einer GmbH diesem Tatbestand unterfallen. Das LSG Schleswig-Holstein sah den GmbH-Geschäftsführer nicht als von der Norm erfasst an². Diese Entscheidung hat das BSG in einem viel beachteten Urteil aufgehoben und begründete dies u.a. damit, dass die Arbeitnehmer der GmbH nicht dem Geschäftsführer zuzurechnen seien, da es sich um verschiedene Personen handele³. Eine teleologische Redktion des Tatbestands lehnte das BSG ebenso ab wie eine Analogie zu § 1 Satz 4 SGB VI, der Vorstände einer AG von der Rentenversicherungspflicht ausnimmt. Der Gesetzgeber hat 2006 mit einer Klarstellung reagiert. § 2 Satz 1 Nr. 9 b SGB VI enthält nun einen Halbsatz, wonach als Auftraggeber der Gesellschafter auch die Auftraggeber der Gesellschaft gelten⁴. In § 2 Satz 4 SGB VI wurde eine Nr. 3 angefügt, wonach als Arbeitnehmer des Gesellschafters auch die Arbeitnehmer der Gesellschaft gelten. Gemäß § 229 Abs. 3 SGB VI gilt diese Regelung auch rückwirkend für den Zeitraum bis zum 1. 1. 1999. Da die meisten GmbHs Arbeitnehmer beschäftigen, sind Gesellschafter-Geschäftsführer damit regelmä-

¹ Zur Anrechnung von Arbeitslosengeld auf eine Karenzentschädigung: BGH, GmbHR 1991, 310.

² LSG Schleswig-Holstein, NZS 2004, 487 f. mit weiteren Nachw. zum Streitstand.

³ BSG, NZA 2006, 396 ff.

⁴ Art. 11 Nrn. 1 und 6 des Haushaltsbegleitgesetzes 2006 vom 29. 6. 2006, BGBl. I 2006, 1402.

ßig keine arbeitnehmerähnliche Selbstständigen. Da die Neuregelung nur Gesellschafter-Geschäftsführer erfasst, können Fremdgeschäftsführer weiterhin in den Anwendungsbereich des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI fallen. Um dies zu vermeiden, müssen sie entweder einen kleinen GmbH-Anteil erwerben, ein Arbeitsverhältnis mit einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung begründen oder sich einen weiteren Auftraggeber suchen¹. Auch kann u.U. ein Antrag auf Befreiung nach § 6 Abs. 1a SGB VI für die Existenzgründungsphase oder für Geschäftsführer nach Vollendung des 58. Lebensjahres in Frage kommen. In Betracht kommen kann auch eine Befreiung nach § 231 Abs. 5 SGB VI.

3. Der Ausbau der privaten Altersvorsorge

Die Altersversorgung lässt sich in drei Säulen einteilen. Die Grundversorgung stellt die gesetzliche Rente sicher (dazu Rdnr. ■■■). Der Ergänzung dient die betriebliche Altersversorgung (s. Rdnr. ■■■ ff.). Die dritte Säule bildet die private Altersvorsorge. 393

Um die Grundversorgung zu stärken und um Personen zur privaten Vorsorge anzuhalten, die nicht in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert sind, hat der Gesetzgeber 2005 die so genannten Rürup-Rente eingeführt². Ihre vorrangige Zielgruppe sind Selbstständige mit einer hohen Steuerbelastung, denn sie haben bei Neuabschlüssen keine andere Möglichkeit, steuerbegünstigt Altersvorsorge zu betreiben. Die Förderung der Riester-Rente oder die betriebliche Altersvorsorge können sie nicht nutzen. Beiträge zu einer klassischen Rentenversicherung (Erlebensversicherung) oder Kapitallebensversicherung sind seit 2005 nicht mehr als Sonderausgaben abzugsfähig, es sei denn, die Laufzeit dieser Versicherungen hat vor dem 1. 1. 2005 begonnen und ein Versicherungsbeitrag ist bis zum 31. 12. 2004 entrichtet worden (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 lit. b EStG). Damit ist diese Form der Altersvorsorge auch für Geschäftsführer interessant, die neben ihrer staatlichen Rentenversicherung oder zusätzlich zu ihr eine Versorgung für das Alter aufbauen wollen. Sie basiert auf dem Konzept eines staatlich geförderten privaten Leibrentevertrags, der mit steuerlichen Anreizen gefördert wird (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 lit. b EStG). Um die Versicherungsbeiträge als Sonderausgaben abziehen zu können (zur Höhe des Abzugs vgl. § 10 Abs. 3, 4a EStG), sind im Einzelnen folgende Vorgaben zu beachten: Es muss sich um eine private, kapitalgedeckte Leibrentenversicherung handeln, bei der der Vertrag ausschließlich auf den Steuerpflichtigen bezogen ist. Gegenstand des Vertrags muss die Zahlung einer monatlichen lebenslangen Leibrente sein, die frühestens mit dem vollendeten 60. Lebensjahr bezogen werden darf. Die Ansprüche dürfen nicht vererbbar, übertragbar, veräußerbar, beleihbar oder kapitalisierbar sein. Eine Kapitalwahlrecht oder Auszahlungen außerhalb der Rentenleistung sind nicht zulässig. Es ist möglich, Zusatzversicherungen gegen Berufsunfähigkeit, Erwerbsunfähigkeit und mit Hinterbliebenenrenten als Wit- 394

¹ Freckmann, BB 2006, 2077, 2082 f.

² Eingeführt durch Art. 1 Nr. 7 des Alterseinkünftegesetzes vom 5. 7. 2004, BGBl. I 2004, 1427.

wen- oder Waisenrenten abzuschließen. Die Rentenleistungen sind in voller Höhe der nachgelagerten Besteuerung unterworfen.

- 395 Um die private Altersversorgung, also die dritte Säule, zu stärken, hat der Gesetzgeber ab 2002 die so genannte Riester-Rente eingeführt¹, die ebenfalls steuerlich gefördert wird (§§ 79 ff. EStG). Da jedoch nicht rentenversicherungspflichtige Selbständige und freiwillig in der gesetzlichen Rentenversicherung Versicherte nicht zulageberechtigt sind (vgl. §§ 10a Abs. 1, 79 EStG), scheidet diese Form der Altersvorsorge für die allermeisten Geschäftsführer aus und wird daher nicht näher dargestellt.

XIX. GmbH-Reform (Referentenentwurf 2006 ■ Regierungsentwurf 2007)

1. Eingetragene Geschäftsanschrift

- 396 Der ■RegE RefE eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 29. 5. 2006 will **Missbräuche durch sogenannte Firmenbestatter** verhindern. Diese versuchen durch Abberufung von Geschäftsführern und durch Aufgabe des Geschäftslokals die Gläubiger daran zu hindern, ihre Forderungen durchzusetzen. Erleichtert werden sollen Erklärungen und Zustellungen gegenüber der Gesellschaft. Daher soll § 35 Abs. 1 um folgende Sätze ergänzt werden: *„An die Vertreter der Gesellschaft können unter der im Handelsregister eingetragenen Geschäftsanschrift Willenserklärungen abgegeben und Schriftstücke zugestellt werden. Unabhängig hiervon kann die Zustellung auch unter der eingetragenen Anschrift der empfangsberechtigten Person nach § 10 Abs. 2 Satz 2 erfolgen.“*
- 397 Empfangsbedürftige Willenserklärungen, die unter Abwesenden abgegeben werden, werden in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie zugehen, § 130 Abs. 1 BGB. Voraussetzung für einen Zugang ist es, dass die Willenserklärung in den Bereich des Empfängers gelangt ist, so dass dieser die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen². Durch die vorgesehenen Regelungen soll das Verfahren des Zugangs von Willenserklärungen sowie für Zustellungen vereinfacht werden. Geschäftsführer und gegebenenfalls Aufsichtsratsmitglieder und Gesellschafter sind nun unter der eingetragenen Geschäftsanschrift zu erreichen. Voraussetzung ist demnach *erstens* eine eingetragene Geschäftsanschrift und *zweitens*, dass ein Geschäftslokal besteht oder der Rechtsschein vermittelt wird, dass ein solcher Geschäftsraum noch unterhalten wird³. Damit wird unwiderleglich vermutet, dass der Vertreter der Gesellschaft die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Der Zugang ist daher auch dann erfolgt, wenn der Erklärende weiß, dass der Vertreter sich im Ausland aufhält, keine Einreiseerlaubnis hat oder untergetaucht ist.

¹ Eingeführt durch Art. 6 Nr. 15 des Altersvermögensgesetzes vom 26. 6. 2001, BGBl. I 2001, 1310.

² BGHZ 67, 271.

³ So Begr. ■RefE zur Änderung von § 35 Abs. 1.

Die Vorschrift ist im Zusammenhang mit § 10 Abs. 2 zu sehen. Der ■RefE 398 sieht vor, dass Abs. 2 ergänzt wird. Hierdurch soll den Gesellschaften ermöglicht werden, eine zusätzliche Person nebst Anschrift in das Handelsregister eintragen zu lassen, der jederzeit zugestellt werden kann, und zwar unabhängig davon, ob eine Zustellung an die Vertreter der Gesellschaft unter der Geschäftsanschrift möglich ist.

2. Abgabe von Willenserklärungen und Zustellungen an Gesellschafter

Ferner soll § ■■ Abs. 2 folgender Satz angefügt werden: „Hat eine Gesellschaft 399 keinen Geschäftsführer (Führungslosigkeit), so wird die Gesellschaft für den Fall, dass ihr gegenüber Willenserklärungen abgegeben oder Schriftstücke zugestellt werden, durch jeden Gesellschafter vertreten; ist für die Gesellschaft ein Aufsichtsrat bestellt, so wird sie durch diesen vertreten.“

Ist die Gesellschaft ohne Geschäftsführer, so können ihr gegenüber nach bisherigem Recht keine Erklärungen abgegeben werden und eine Zustellung kann nicht erfolgen, § 170 ZPO. Erklärungen gegenüber Gesellschaftern werden der Gesellschaft nicht zugerechnet. Eine öffentliche Zustellung scheitert nach § 170 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Diese Rechtslage wird von Gesellschaftern ausgenutzt. Die Geschäftsführer werden abberufen und dadurch wird der Zugang von Erklärungen und es werden Zustellungen vereitelt.

Der Vorschlag ist nicht unproblematisch. Die erweiterte Möglichkeit, Erklärungen 400 auch an Gesellschafter hilfsweise abgeben zu können, gilt für alle Fälle, also nicht nur, wenn die Gesellschafter sich missbräuchlich verhalten wollen. Das aber bedeutet, dass Erklärungen in einer geschäftsführerlosen GmbH auch gegenüber geschäftlich nicht erfahrenen Gesellschaftern abgegeben werden können. Sie vermögen die Bedeutung entsprechender Erklärungen nicht abzuschätzen. Das kann zu Schaden bei der Gesellschaft führen. Diese kann aber nur begrenzt Rückgriff nehmen (s. dazu bei § 43 Rz. ■■).

Ausnahmsweise wird die Gesellschaft durch den Aufsichtsrat vertreten. Beim 401 fakultativen Aufsichtsrat verweist § 52 GmbHG auch auf § 112 AktG. Das bedeutet, dass der Aufsichtsrat die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit den Geschäftsführern vertritt (s. bei § 52 Rz. ■103c). Und bei Rechtsgeschäften mit den Geschäftsführern bei der mitbestimmten GmbH wird die Gesellschaft auch beim Abschluss, bei Änderung und Kündigung des Anstellungsvertrags durch den Aufsichtsrat vertreten (s. bei § 35 Rz. ■176). Dies gilt auch für Rechtsgeschäfte, die den Anstellungsvertrag, insbesondere die Altersversorgung des ausgeschiedenen Geschäftsführers betreffen (str.; s. bei § 35 Rz. ■■).

Die vorgenannten Beschränkungen enthält die vorgesehene Regelung nicht. 402 Vielmehr ergibt sich aus dem Wortlaut, dass der Aufsichtsrat die Gesellschaft in allen Fällen vertritt, wenn die Gesellschaft ohne Geschäftsführer ist. Erklärungen sind in diesem Fall gegenüber allen Mitgliedern des Aufsichtsrats abzugeben.