

Rechte und Pflichten eines GmbH-Geschäftsführers

Veranstaltung am Dienstag, 27. September 2005

Ablauf:

- 18:00 Uhr: Vortrag Teil I
- 18:45 Uhr: Pause
- 19:00 Uhr: Vortrag Teil II
- 20:00 Uhr: Kleiner Imbiss

Referent:

Dr. Ehrenfried Goericke
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Diplom-Verwaltungswirt (FH)
RWT Anwaltskanzlei GmbH

Inhaltsverzeichnis:

1.	Bestellung des Geschäftsführers	5
1.1	Organstellung	5
1.2	Die Bestellungskompetenz.....	5
1.3	Bestellungskompetenz laut Gesellschaftsvertrag oder Beschluss der Gesellschafterversammlung	5
1.4	Stellvertretender Geschäftsführer	5
1.5	Der faktische Geschäftsführer.....	5
2.	Arbeitsrechtliche/dienstrechtliche Einordnung des Geschäftsführers	6
2.1	Grundsatz	6
2.2	Ruhen des Arbeitsverhältnisses	6
2.3	Kündigungsschutz.....	6
2.4	Kündigungsfristen.....	6
2.5	Urlaub	6
2.6	Arbeitszeitrecht	6
2.7	Entgeltfortzahlung.....	7
2.8	SGB IX.....	7
2.9	Mutterschutzgesetz, Bundeserziehungsgeldgesetz	7
2.10	Geschäftsführervergütung.....	7
2.10.1	Gehalt	7
2.10.2	Festgehalt	8
2.10.3	Tantiemevereinbarung.....	8
2.10.4	Herabsetzung der Bezüge.....	8
2.10.5	Verdeckte Gewinnausschüttung.....	9
	Einzelfälle	9
3.	Haftung des Geschäftsführers	10
3.1	Grundsätze	10

3.2	Einzelne Fälle:	10
3.2.1	Verletzung der Sorgfaltspflicht gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG / Insolvenzverursachungshaftung	10
3.2.2	Einzelne Anwendungsfälle:.....	11
3.3	Ausschluss bzw. Reduzierung und Durchsetzung der Haftung gegenüber Gesellschaft und Gesellschaftern	13
3.3.1	Haftungsbegrenzung.....	13
3.3.2	Praxishinweis	14
3.4.	Durchsetzung des Anspruches durch die Gesellschafter	14
3.5	Haftung gegenüber Dritten	14
3.5.1	§ 11 Abs. 2 GmbHG, 128 HGB analog.....	14
3.5.2	Rechtsscheinhaftung.....	15
3.5.3	Verschulden bei Vertragsverhandlungen	15
3.6	Deliktische Haftung	15
3.6.1	§ 823 Abs. 1 BGB	15
3.6.2	§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. 266 a StGB	15
3.6.3	§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Arbeitsschutzvorschriften.....	16
3.6.4	§ 826 BGB.....	16
3.6.5	§ 69 Abgabenordnung	16
4.	Die Beendigung von Bestellung (Organstellung) und Anstellung (Dienstverhältnis).....	16
4.1	Beendigung der Bestellung	16
4.1.1	Das Widerrufsrecht	16
4.1.2	Die Beschlussfassung.....	17
4.2	Die Folgen.....	17
4.3	Die Amtsniederlegung	18
4.4	Die Beendigung der Anstellung.....	18
4.5	Die außerordentliche Kündigung des Dienstverhältnisses	18
4.6	2-Wochen-Frist	19
4.7	Beendigungsfolgen	19

5.	Wettbewerbsverbot	20
5.1	Während der Dauer der Anstellung	20
5.2	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	20
5.3	Geltung der §§ 74 ff HGB	20
6.	Die Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers.....	20
6.1	Sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis.....	20
7.	Die Pflichten des Geschäftsführers	21

1. Bestellung des Geschäftsführers

1.1 Organstellung

Dem Geschäftsführer kommt die Aufgabe zu, als Handlungsorgan für die GmbH tätig zu werden. Der Geschäftsführer ist daher ein notwendiges Organ der Gesellschaft. Gesetzlich zwingend sieht das GmbHG die Bestellung wenigstens eines Geschäftsführers vor (§ 6 Abs. 1 GmbHG).

Die Befugnis der Vertretung ergibt sich aus den §§ 35 ff. GmbHG.

Der Geschäftsführer ist nicht erst bei der Eintragung der GmbH ins Handelsregister, sondern bereits bei ihrer Gründung zu bestellen.

Damit der Rechtsverkehr Kenntnis über die Identität des Geschäftsführers hat, ist deren Angabe gemäß § 35 a GmbHG zwingend auf den Geschäftsbriefen der Gesellschaft vorgeschrieben. Die Geschäftsführer sind auch im Handelsregister einzutragen, wobei die Eintragung allerdings nicht konstitutiv wirkt.

1.2 Die Bestellungskompetenz

1.3 Bestellungskompetenz laut Gesellschaftsvertrag oder Beschluss der Gesellschafterversammlung

Die Bestellung des Geschäftsführers erfolgt entweder gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 GmbHG im Gesellschaftsvertrag oder gemäß § 36 Nr. 5 GmbHG durch die Gesellschafterversammlung.

Grundsätzlich kann die Bestellungskompetenz auch einem Aufsichts- oder Beirat übertragen werden, so wie es bei großen GmbHs der Fall ist, deren Gesellschafterversammlungen regelmäßig nur ein Mal jährlich einberufen werden.

Zwingend vorgeschrieben ist dies für die mitbestimmte GmbH gemäß §§ 30, 31 MitBestG 76. Hier ist die Bestellung durch den Aufsichtsrat zwingend vorgeschrieben.

1.4 Stellvertretender Geschäftsführer

Es können auch stellvertretende Geschäftsführer bestellt werden, § 44 GmbH-Gesetz. Im Außenverhältnis ist dieser gegenüber dem Geschäftsführer gleichberechtigt. Der Stellvertretungszusatz ist nicht eintragungspflichtig. Für Bestellung und Abberufung sind dieselben Organe zuständig wie für den ordentlichen Geschäftsführer.

Die Besonderheit liegt im Innenverhältnis. Umstritten ist, ob der stellvertretende Geschäftsführer nur handeln soll und darf, wenn der oder einer der ordentlichen Geschäftsführer verhindert ist.

1.5 Der faktische Geschäftsführer

Faktischer Geschäftsführer ist, wer zwar nicht formal zum Geschäftsführer bestellt worden ist, z.B. weil er ungeeignet ist wegen Straftaten, wegen Aufrechterhaltung von Zeugeneigenschaften im Prozess, tatsächlich aber mit Zustimmung aller Gesellschafter im Innen- und Außenverhältnis auf sämtliche Geschäftsvorgänge Einfluss nimmt. Der faktische Geschäftsführer haftet im Zivil-, Steuer- und Strafrecht (§ 14 Abs. 3 StGB) wie der ordnungsgemäß bestellte Geschäftsführer.

2. Arbeitsrechtliche/dienstrechtliche Einordnung des Geschäftsführers

2.1 Grundsatz

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Geschäftsführer einer GmbH nicht Arbeitnehmer ist. Allerdings sieht das BAG in Ausnahmefällen Konstellationen, in denen nicht allein aus der Stellung als gesetzlichen Vertretungsorgan das Fehlen eines Arbeitsverhältnisses geschlossen wird, sondern im Einzelfall eine Einzelprüfung anhand der üblichen Kriterien vorzunehmen ist, ob eine weisungsabhängige Tätigkeit insbesondere jenseits der gesellschaftsrechtlichen Weisungsrechte und damit ein Arbeitsverhältnis gegeben ist (BAG GmbH Rundschau 1999, 816; BAG GmbH Rundschau 1999, 925).

2.2 Ruhen des Arbeitsverhältnisses

Zu beachten ist die Situation der arbeitsvertraglichen Konstellationen, wenn der Geschäftsführer innerhalb der Gesellschaft Karriere gemacht hat. Wird bei der Bestellung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer ohne gleichzeitigen Abschluss eines Dienstvertrages und bei unterbliebener Änderung der Vertragsbedingung (Gehaltserhöhung usw.) nichts anderes vereinbart, ist von einem ruhenden Arbeitsverhältnis auszugehen, dass wieder auflebt, sobald die Bestellung zum Organmitglied und der dazugehörige Dienstvertrag beendet sind.

2.3 Kündigungsschutz

Der erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes gilt explizit nicht für Organmitglieder (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG).

2.4 Kündigungsfristen

Im Hinblick auf die Kündigungsfristen werden regelmäßig gesonderte Vereinbarungen im Einstellungsvertrag getroffen. Ist dies nicht der Fall, gelten nachstehende Grundsätze, wobei umstritten ist, ob von Mindeststandards auszugehen ist, die auch bei eventuell kürzeren vertraglichen Vereinbarungen gelten.

Fremd- bzw. MinderheitsGesellschafter Geschäftsführer ist in § 622 BGB. Zwar bezieht die Vorschrift ausdrücklich auf Arbeitnehmer, der Gesetzgeber dürfte jedoch bei der Neufassung des § 622 BGB die Fremdgeschäftsführer schlecht übersehen haben, so dass es bei der bisherigen Rechtslage bleibt.

Beherrschen der Geschäftsführer mangels abweichender vertraglicher Vereinbarung der einzelnen beherrschenden Geschäftsführer die Kündigungsfristen des § 621 BGB.

2.5 Urlaub

Das Bundesurlaubsgesetz findet keine Anwendung. Die Einzelheiten der Urlaubsgewährung sind daher im Anstellungsvertrag zu regeln. Insbesondere gilt dies für die Grundsätze der Übertragbarkeit ins Folgejahr und der Abgeltung.

2.6 Arbeitszeitrecht

Das Arbeitszeitgesetz gilt nicht für Organmitglieder.

2.7 Entgeltfortzahlung

Das Entgeltfortzahlungsgesetz findet keine Anwendung. Im Ergebnis verbleibt es bei der Regelung des § 616 BGB, als der Vergütungszahlung für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit. Mangels entgegenstehender vertraglicher Vereinbarung gilt im Zweifel nach wie vor der 6-Wochen-Zeitraum.

2.8 SGB IX

Die Regelungen der Schwerbehinderten finden auf Organmitglieder keine Anwendung, so dass insbesondere die Kündigungsbeschränkungen des SGB IX nicht zu beachten sind.

2.9 Mutterschutzgesetz, Bundeserziehungsgeldgesetz

Das Mutterschutzgesetz findet keine Anwendung, da es nur für Frauen gilt, die in einem Arbeitsverhältnis stehen. Voraussetzung für Erziehungsgeld und Elternzeit ist ebenfalls das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.

2.10 Geschäftsführervergütung

Wichtigster Regelungsgegenstand des Anstellungsvertrages in Bezug auf die Pflichten der GmbH ist die Vergütung. Unter Vergütung ist alles zu verstehen, was Geld und alle sonstige Zuwendungen betrifft und im weitesten Sinne als Gegenleistung für die geschuldeten Dienste zu verstehen ist.

2.10.1 Gehalt

Für die Höhe der Vergütung gibt es bei einem Geschäftsführer keinerlei gesetzliche oder tarifvertragliche Regelungen oder sonstige zivilrechtliche Vorgaben. Grundsätzlich ist das Gehalt frei aushandelbar. Einschränkungen bestehen im Hinblick auf Gleichbehandlung der Gesellschafter und auf Treuepflichten. Üblich ist die Vereinbarung eines Festgehalts zuzüglich einer variablen Vergütung, die möglichst den Erfolg der Tätigkeit des Geschäftsführers widerspiegeln soll.

Bei beherrschenden Gesellschafter Geschäftsführer n ist bei der Bemessung der Tantieme besondere Vorsicht geboten. Eine unangemessen hohe Tantieme stellt steuerlich eine verdeckte Gewinnausschüttung (VGA) dar.

Gehaltsansprüche einschließlich aller Nebenleistungen verjähren gemäß § 195 BGB in 3 Jahren. Die Frist beginnt mit Abschluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, § 199 BGB.

Die Bezüge eines Gesellschafter Geschäftsführer s dürfen in keinem Missverhältnis zur vergüteten Leistung und damit zum Entgelt stehen, das ein Fremdgeschäftsführer für die gleiche Tätigkeit erhalten hätte. Sofern nicht sämtliche Gesellschafter im Anstellungsvertrag zustimmen, verlangt die herrschende Meinung auch bei Fremdgeschäftsführern eine Angemessenheit der Bezüge, andernfalls verstoßen die dem Vertrag zustimmende Mehrheitsgesellschafter gegen die gesellschaftsvertragliche Treuepflicht.

2.10.2 *Festgehalt*

Im Anstellungsvertrag wurden zum Thema der monatlich wiederkehrenden Bezüge des Geschäftsführers (Festgehalt) vielfach Fälligkeitsregelungen getroffen. Es ist üblich, das Gehalt am Ende des Monats auszubezahlen, für den es als Gegenleistung geschuldet wird.

Weihnachts- oder Urlaubsgeldanspruch besteht nur dann, wenn dies im Anstellungsvertrag ausdrücklich geregelt ist.

Dies gilt auch dann, wenn dem oder den Mitgeschäftsführern bei ansonsten gleichen Voraussetzungen diese Zusatzleistung ausdrücklich gewährt wird, insofern greift der sogenannte arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nicht.

Ohne ausdrückliche Vereinbarung im Anstellungsvertrag hat der Geschäftsführer keinen Rechtsanspruch auf Anpassung der Vergütung. Insofern ist es üblich, bei Verträgen mit längerer Laufzeit eine jährliche Überprüfung des Gehaltes vorzusehen.

Überstunden werden nicht vergütet, wenn dies nicht ausdrücklich im Anstellungsvertrag zugesagt wurde. Ist der Geschäftsführer für mehrere Gesellschaften desselben Konzerns tätig, kann eine Aufteilung der Bezüge in Betracht kommen. Möglicherweise ist dies bei Gesellschafter Geschäftsführer n zur Vermeidung einer VGA sogar erforderlich.

2.10.3 *Tantiemevereinbarung*

Tantiemevereinbarungen sind üblich. Sowohl Gewinn- wie auch Umsatztantiemen sind denkbar, wobei in der Praxis Gewinntantieme den Vorzug haben.

Behält sich die Gesellschaft vor, die Tantiemeregulung einseitig neu festzustellen, gilt dies im Zweifel nur unter Beachtung der Grundsätze des § 315 BGB, wobei die Beweislast hinsichtlich der Billigkeit und das Unklarheitsrisiko einer solchen Klausel bei der Gesellschaft liegt.

Wenn der Widerruf der Tantiemevereinbarung zu einer grundlegenden Störung des Vertragsverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung führt, kann dies eine unzulässige Teilkündigung sein.

Umgekehrt ist eine Verlustbeteiligung im Rahmen eines Tantiemeversprechens bei Beachtung bestimmter Grenzen zulässig (BGH BB 1974, 252; zur Interpretation einer Mindesttantieme auch OLG München GmbHG 1999, 184).

Vereinbaren die Parteien eine als Gewinnbeteiligung bezeichnete Zahlung, verbunden mit einem bezifferten Mindestbetrag, so ist der bezifferte Mindestbetrag in der Regel nicht davon abhängig, ob tatsächlich Gewinne erzielt worden sind (LAG Berlin, DB 1976, 636).

Wichtig ist, dass bei der Gewinntantieme vereinbart wird, ob Berechnungsgrundlage der Handels- oder Steuerbilanzgewinn sein soll, wobei der Hinweis Gewinnvorsteuer insofern nicht eindeutig ist. Im Zweifelsfall gilt die Handelsbilanz als Bemessungsgrundlage.

2.10.4 *Herabsetzung der Bezüge*

§ 87 Abs. 2 AktG verpflichtet den Vorstand der Aktiengesellschaft im Fall einer wesentlichen Verschlechterung in den Verhältnissen der Gesellschaft zu einer angemessenen Herabsetzung seiner Bezüge. Diese Regelung ist analog für die GmbH. Insofern ist der Geschäftsführer ver-

pflichtet, bei einer wesentlichen Verschlechterung der Geschäftslage der GmbH einer angemessenen Herabsetzung seiner Bezüge zuzustimmen (BGH GmbH Rundschau 1995, 654).

2.10.5 *Verdeckte Gewinnausschüttung*

Bei der Bemessung der Vergütung von Gesellschafter Geschäftsführer n bzw. den nahe stehenden Personen ist die Problematik der verdeckten Gewinnausschüttung zu bedenken.

Unter einer verdeckten Gewinnausschüttung ist ein Vorgang zu verstehen, durch den eine gesellschaftsrechtliche Ausschüttung von Gewinnen verdeckt wird, d. h. der Form nach erscheint der Vorgang nicht als Ausschüttung, sondern ist unter einer anderen Bezeichnung verborgen. Gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG vermindert eine VGA das zu versteuernde Einkommen nicht. Bei einer Kapitalgesellschaft liegt eine VGA vor, sofern es zu einer Vermögensminderung oder verhinderten Vermögensvermehrung kommt, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht.

Einzelfälle

- Ist die dem Gesellschafter Geschäftsführer zuerkannte Vergütung unangemessen (Schätzung Vergleichswerte um 20 % überschritten) hoch, kann eine VGA vorliegen. Abzustellen ist auf einen Fremdvergleich, bzw. den in den Vorjahren von der Gesellschaft erzielten Jahresgewinn sowie auf die Gewinnaussichten unter Berücksichtigung einer angemessenen Kapitalverzinsung.
- Für die Veränderung des Gesellschafter Geschäftsführerdienstvertrages ist nicht ein Mitgeschäftsführer sondern die Gesellschafterversammlung zuständig. Vertragsänderungen, die nicht vom zuständigen Organ vorgenommen werden, sind damit zielrechtlich unwirksam, so dass eine entsprechende Gehaltserhöhung eine VGA darstellt (BMF 15. August 1996, GmbHG 1996, 797).
- Überstundenvergütungen zumindest für beherrschende Gesellschafter Geschäftsführer führen regelmäßig zur verdeckten Gewinnausschüttung. Gleiches soll für Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschläge gelten.
- Weihnachts- und Urlaubsgeldzahlungen sollen – auch auf der Grundlage einer betrieblichen Übung – möglich sein, solange die Leistungen angemessen sind und die betriebliche Übung eindeutig bestimmbare Konturen aufweist.
- Tantiemeregulungen müssen bestimmt, d. h. klar und eindeutig sein, nicht erst bei feststehendem Jahresabschluss rückwirkend vereinbart werden, einen Absaugeffekt vermeiden, d. h. keine angemessene Kapitalverzinsung verhindern. Rechtsgeschäfte zwischen einer Ein-Personen-GmbH und ihren Gesellschafter Geschäftsführer n müssen zur Vermeidung einer VGA unter Beachtung von § 35 Abs. 4 GmbHG klar und im Voraus abgeschlossen sein. Dies gilt nicht für Reisekostenregelungen.

Zu berücksichtigen ist die strafrechtliche Bedeutung der verdeckten Gewinnausschüttung. Eine verdeckte Gewinnausschüttung kann ausnahmsweise als Untreue zulasten der Gesellschaft gewertet werden, wenn das nach § 30 GmbHG geschätzte Stammkapital angegriffen wird.

3. Haftung des Geschäftsführers

3.1 Grundsätze

Die Organhaftung des Geschäftsführers ist im GmbH-Gesetz als Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft ausgestaltet. Maßgebliche Regelungen sind an sich in den §§ 43 Abs. 2 und 64 GmbHG geregelt. Anspruchsberechtigt aus diesen Haftungsnormen sind

- die Gesellschaft, die für die Geltendmachung eines Beschlusses § 46 Nr. 8 GmbHG bedarf
- einzelne Gesellschafter ausnahmsweise unter den Voraussetzungen der actio pro socio;
- der Insolvenzverwalter der Gesellschaft nach § 92 InsO.

Die Außenhaftung des Geschäftsführers, die von jedem betroffenen Gläubiger der Gesellschaft unmittelbar geltend gemacht werden kann, ergibt sich demgegenüber aus spezialgesetzlichen Haftungsnormen und aus delikt- bzw. deliktsähnlichen Normen.

Mit der Haftung der Geschäftsführer als Organ ist in erster Linie der im Handelsregister eingetragene Geschäftsführer angesprochen. Einzubeziehen sind darüber hinaus aber auch faktische Organe, welche die Geschäfte der Gesellschaft wie Geschäftsführer tatsächlich führen. So haftet der faktische Geschäftsführer sowohl bei der Insolvenzverschleppung (BGH DB 2005, 1787) wie auch im Fall der Nichterfüllung steuer- oder sozialversicherungsrechtlicher Pflichten (zu § 266 a StGB, BGH ZIP 2000, 1390).

Voraussetzung der faktischen Geschäftsführung ist, dass die betreffende Person, ohne satzung- oder sonst ordnungsgemäß zum Organ der Gesellschaft bestellt worden zu sein, wie ein Organmitglied auftritt und handelt, d. h. die Geschicke der Gesellschaft lenkt. Abzustellen ist auf das Gesamterscheinungsbild des Auftretenden. Nicht erforderlich ist, dass der Handelnde die gesetzlichen Geschäftsführungsorgane vollständig verdrängt. Dagegen reicht andererseits eine bloße interne Einwirkung auf die satzungsgemäßen Geschäftsführer nicht aus.

Zur Annahme einer faktischen Geschäftsführung reicht es nicht aus, wenn der Geschäftsführer sich jede wesentliche Tätigkeit im Rahmen seiner Geschäftsführung von einem Dritten genehmigen lassen muss und damit quasi zu dessen Befehlsempfänger degradiert wird (BGH 25. Februar 2002, ZIP 2002, 848).

3.2 Einzelne Fälle:

3.2.1 *Verletzung der Sorgfaltspflicht gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG / Insolvenzverursachungshaftung*

Oberstes Gebot für eine ordentliche Geschäftsführung ist es, im Rahmen des Gesetzes, des Gesellschaftsvertrages und der für die Gesellschaft verbindlichen Beschlüsse anderer Organe der Gesellschaft den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden. Dabei schuldet der Geschäftsführer entsprechend § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers, d. h. eines Geschäftsmannes in leitender Position. Konsequenz hieraus ist, dass es auf persönliche Eigenschaften wie Alter, Unerfahrenheit oder Unkenntnis nicht ankommt. Im Übrigen wird für die konkreten Sorgfaltsanforderungen auf den Unternehmensgegenstand, die Branche, die Größe des Unternehmens und die konkrete Ent-

scheidungssituation abgestellt. Verletzt der Geschäftsführer die ihm obliegende Sorgfalt und verursacht dadurch einen Schaden, ist er gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft gegenüber schadenersatzpflichtig.

3.2.2 Einzelne Anwendungsfälle:

a) Risikogeschäfte

Der Geschäftsführer trägt das unternehmerische Risiko. Er haftet deshalb nicht für jede rückwirkend betrachtete vermeidbare Insolvenz. Er macht sich aber regresspflichtig, wenn er

- im Namen der Gesellschaft Geschäfte abschließt, die durch den Gesellschaftszweck nicht gedeckt und für die Gesellschaft nachteilig sind;
- das Unternehmen in den Ruin führt und die Insolvenz auf einem schuldhaften Miss-Management beruht.

Speziell bei letzterem geht es um die Eingehung von Risikogeschäften. Es gilt der Grundsatz, dass der zu erwartende Gewinn aus einem Geschäft in einem angemessenen Verhältnis zu dem drohenden Verlust stehen und der mögliche Schaden bei Misslingen der Leistungsfähigkeit des Unternehmens entsprechen muss. Bestandsgefährdende Geschäfte haben zu unterbleiben!

Natürlich hat der Geschäftsführer einen unternehmerischen Ermessungsspielraum, den auch das Gericht bei der Überprüfung des Verhaltens des Geschäftsführers zu beachten hat. Insbesondere kann die Zweckmäßigkeit eines bestimmten Verhaltens nicht überprüft werden. Pflichtwidrig handelt der Geschäftsführer aber dann, wenn er die Grundsätze einer verantwortungsbewussten Unternehmensführung verletzt hat. Dies führt der BGH wie folgt aus:

"Dem Vorstand muss ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden, der das bewusste Eingehen von Risiken und die Gefahr von Fehleinschätzungen einschließt. Schadenersatzpflichtig macht noch nicht das Fehlen einer unglücklichen Hand, sondern das Handeln ohne vorherige sorgfältige Analyse der maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen oder ein unverantwortliches Überspannen der Risikobereitschaft."

Dem folgend wird in das am 1. November 2005 in Kraft tretende Gesetz zur Unternehmungsintegrität und Modernisierung des Anfechtungsgesetzes (UmAG) eine Änderung des § 93 Abs. 1 AktG erfolgen:

"Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln."

Erfasst werden also unternehmerische Entscheidungen, aber auch nur diese. Unternehmerische Entscheidungen sind Entscheidungen mit Prognosecharakter.

Die Grundlage angemessener Information bedeutet, dass der Geschäftsführer gut und vollständig informiert ist, seine Entscheidung frei von Sonderinteressen nur zum Wohl der Gesellschaft getroffen hat.

Durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich wurde in das Aktiengesetz § 91 Abs. 2 eingefügt, welcher den Vorstand der AG verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere

ein Überwachungssystem einzurichten, damit Entwicklungen, die den Fortbestand der Gesellschaft gefährden, frühzeitig erkannt werden.

Eine vergleichbare Regelung im GmbHG ist nicht vorgesehen und gibt es nicht. Den Gesetzesmaterialien ist jedoch zu entnehmen, dass der Gesetzgeber je nach Größe der GmbH die Einrichtung eines Risikomanagement- und Frühwarnsystems auch zu den Pflichten eines Geschäftsführers als ordentlicher Geschäftsleiter zählt.

Davon unabhängig sind in Rechtsprechung und Literatur anerkannte Fälle eines pflichtwidrigen Handelns im Sinne von § 43 Abs. 2 GmbHG

- die Lieferung von Waren auf Kredit an ein unbekanntes Unternehmen ohne Prüfung der Bonität oder Absicherung der Lieferung;
- die Gewährung eines ungesicherten Darlehens an die Ehefrau des Geschäftsführers bzw. einer später insolventen Tochtergesellschaft;
- die Zahlung eines überhöhten Geschäftsführergehaltes bzw. überhaupt die Aushöhlung des Gesellschaftsvermögens, insbesondere durch verdeckte Ausschüttungen;
- die Ausführung nichtiger, weil z.B. existenzgefährdender Weisungen der Gesellschafter. In diesem Fall kann der Geschäftsführer allerdings im Innenverhältnis Freistellung bzw. Erstattung von Gesellschaftern verlangen.

Im Übrigen sind Einschränkungen zu beachten.

So soll die haftungsrechtliche Situation des Geschäftsführers auf Grundlage des Anstellungsvertrages regelmäßig ergänzend dahin auszulegen sein, dass der Geschäftsführer nicht haftet, soweit der Schaden durch eine Kaskoversicherung abgedeckt wird (OLG Koblenz, GmbH Rundschau 1999, 344).

b) § 64 Abs. 2 GmbHG

Diese Vorschrift regelt einen der Hauptanwendungsfälle der Geschäftsführerhaftung, die allerdings nicht das Verhältnis Geschäftsführer / Gesellschaft betrifft, sondern das Verhältnis Geschäftsführer / Insolvenzverwalter.

Haftungsvoraussetzung ist, dass der Geschäftsführer nach Insolvenzreife die Haftungsmasse durch "Zahlungen" verkürzt hat, wobei hierunter auch die Eingehung von Verbindlichkeiten oder der Einzug eines Kundenschecks auf ein debitorisches Bankkonto zu verstehen ist. Das für die Haftung notwendige Verschulden wird bei objektiver Insolvenzreife vermutet.

Andererseits tritt eine Verkürzung der Haftungsmasse nicht ein, wenn eine vollwertige Gegenleistung in die Masse fließt. Hierfür ist der Geschäftsführer beweispflichtig.

Bedeutsam ist die Beschreibung des Begriffs Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO. Zahlungsunfähigkeit ist gegeben, wenn ca. 90 % aller fälligen Verbindlichkeiten nicht in 2 – 3 Wochen erfüllbar sind.

c) Weitere Anspruchsgrundlagen

Weitere Anspruchsgrundlagen für eine Geschäftsführerhaftung sind unter anderem:

- §§ 61, 112, 113 HGB analog, das ist der Fall einer Verletzung eines vertraglichen Wettbewerbsverbots bei Gesellschafter Geschäftsführer ;
- §§ 687 Abs. 2, 681 Satz 1, 687, 667 BGB, z.B. Herausgabe von erlangten Schmiergeldern;
- §§ 826 BGB, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 263, 266 StGB, Fälle der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung oder Schutzgesetzverletzungen auf Grundlage von Betrug oder Unterschlagung (diese Aufzählung ist nicht abschließend).

Ausdrücklich geregelt ist eine Haftung des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern explizit in § 31 Abs. 6 GmbHG (verbotene Rückzahlung des Stammkapitals).

3.3 *Ausschluss bzw. Reduzierung und Durchsetzung der Haftung gegenüber Gesellschaft und Gesellschaftern*

3.3.1 *Haftungsbegrenzung*

Bedeutsam bei der Gestaltung von Gesellschafterverträgen sind Haftungserleichterungen. Nach herrschender Meinung können Haftungserleichterungen, z.B. summenmäßige Begrenzung, Beschränkung auf Vorsatz, Verkürzung der Verjährungsfrist, Ausschlussfristen, Beweislastregeln vereinbart werden. Insofern weicht die Regelungsbefugnis bei der GmbH von der der Aktiengesellschaft ab. Allerdings geht der BGH davon aus, dass eine solche Haftungserleichterung nicht zu einer Verletzung der gesetzlichen Kapitalschutzvorschriften führen darf und die Ersatzleistung des Geschäftsführers benötigt wird, um Kapitalgläubiger zu befriedigen (BGH BB 2002, 2407, Anmerkung Graef, 2517). Umstritten ist, ob die Klausel eines bloßen Gesellschafterbeschlusses oder einer satzungsmäßigen Verankerung bedarf.

Weiter zu beachten ist, dass eine Weisung oder Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung grundsätzlich Ersatzansprüche der Gesellschafter ausschließt, solange der entsprechende Beschluss nicht angefochten oder nichtig ist, bzw. nicht in Kenntnis aller Tatsachen erteilt worden ist. Nicht ausreichend ist jedoch, dass der Geschäftsführer erklärt, die Gesellschafterversammlung hätte zugestimmt, wenn sie gefragt worden wäre. Insbesondere ist der Geschäftsführer verpflichtet, die Gesellschafter auf mögliche nachteilige Folgen ihrer Weisungen hinzuweisen und ihnen Gelegenheit zu geben, die Entscheidung zu revidieren. Insoweit dominiert das Wohl der Gesellschaft.

Ein Entlastungsbeschluss der Gesellschafter, § 46 Ziffer 5 GmbHG, schließt sämtliche Ersatzansprüche der Gesellschafter aus, selbst solche aus vorherigen Geschäftsjahren (OLG Hamburg, GmbH Rundschau 2000, 1263) die der Gesellschafterversammlung bekannt oder erkennbar waren und deren Verzicht explizit nicht ausgeschlossen ist, §§ 43 Abs. 3 Satz 2, 9 b Abs. 1, 57, Abs. 4, 64 Abs. 2 GmbHG.

Bedeutsam und für die Praxis relevant ist, dass die herrschende Meinung einen Entlassungsbeschluss für nicht einklagbar hält, solange sich eine Gesellschafterversammlung keines Ersatzanspruches berührt. Erst ab diesem Zeitpunkt ist gegebenenfalls eine negative Feststellungsklage zulässig (BGHZ 94, 324, 229 f).

3.3.2 *Praxishinweis*

Im Geschäftsführeranstellungsvertrag sollte auf eine Haftungsbegrenzung oder zumindest auf eine jährliche Entlastung gedrängt und festgeschrieben werden.

Ein häufiges Problem ist die Frage der Verteilung der Verantwortlichkeit beim Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer. Das Vorhandensein eines weiteren Geschäftsführers entbindet keinen Geschäftsführer von der eigenen Verantwortlichkeit für die Erfüllung der gesetzlichen Geschäftsführungspflichten, insbesondere auch nicht der Insolvenzantragspflicht. Der BGH vertritt hierzu die Auffassung, dass dies auch dann gilt, wenn die Geschäftsführer untereinander in zulässiger Weise eine Aufteilung der Geschäfte vorgenommen haben (BGH ZIP 1994, 891). Weiter geht sogar noch der BGH in einer späteren Entscheidung. Nach dieser Entscheidung ist in einer mehrgliedrigen Geschäftsführung grundsätzlich jeder Geschäftsführer für die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflichten der Gesellschaft, zu denen die Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung gehört, verantwortlich. Dieser Pflichten können sich die Geschäftsführer weder durch Zuständigkeitsverteilungen noch durch Delegation erledigen. Hinsichtlich der deliktischen Verantwortlichkeit heißt es explizit weiter:

"Insoweit können interne Zuständigkeitsregeln ... zwar nicht zu einer Aufhebung, wohl aber zu einer Beschränkung der straf- und haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit führen. ... Doch verbleiben dem nicht betroffenen Geschäftsführer **in jedem Fall Kraft seiner Allzuständigkeit** gewisse Überwachungspflichten, die ihm zum Eingreifen veranlassen müssen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Erfüllung der (...) Aufgaben durch den zuständigen Geschäftsführer nicht mehr gewährleistet (...). Eine solche Überwachungspflicht kommt **vor allem in Krisensituationen** in Betracht."

3.4. *Durchsetzung des Anspruches durch die Gesellschafter*

Voraussetzung der Geltendmachung sämtlicher Ersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer ist ein wirksamer Gesellschaftsbeschluss. Er kann formlos bis zur letzten mündlichen Verhandlung nachgeholt werden und muss die Pflichtverletzung und die Angelegenheit hinreichend genau bezeichnen.

Ein betroffener Gesellschafter Geschäftsführer ist nach § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG ebenso vom Stimmrecht ausgeschlossen wie die mitbeteiligten Gesellschafter.

3.5 *Haftung gegenüber Dritten*

Die Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftern und Dritten ist im GmbH-Gesetz nicht geregelt. Nach der Grundnorm des § 13 Abs. 2 GmbHG haftet für Verbindlichkeiten der GmbH gegenüber Gläubigern grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen. Gleichwohl ist in der folgenden Voraussetzung eine persönliche Haftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten anerkannt:

3.5.1 *§ 11 Abs. 2 GmbHG, 128 HGB analog*

Für Geschäfte zwischen Gründung und Eintragung der Gesellschaft haften gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG die Handelnden persönlich. Hierzu zählen insbesondere die Geschäftsführer. Für Geschäftsführer vor Gründung gilt § 128 HGB analog, d. h. der definierte Fremdgeschäftsführer haftet, wenn er bevollmächtigt war, nicht.

3.5.2 *Rechtsscheinhaftung*

Grundsätzlich handelt der Geschäftsführer gemäß § 36 GmbHG für die Gesellschaft. Unterlässt er jedoch die Beifügung des gemäß § 4 Abs. 2 GmbHG erforderlichen "mbH-Zusatzes", so haftet der Geschäftsführer Kraft Rechtsscheins (OLG Köln, Versicherungsrecht 1995, 553; OLG Frankfurt BB 1981, 2069; BGH ZIP 1996, 1511; OLG Dresden, OLG-NL 1997, 16).

3.5.3 *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*

Eine Eigenhaftung des Geschäftsführers aus §§ 280, 311 BGB kommt ausnahmsweise in Betracht, wenn er persönlich in besonderem Maße das Vertrauen des Verhandlungspartners in Anspruch genommen hat oder dem Verhandlungsgegenstand besonders nahe steht, weil er wirtschaftlich selbst stark am Vertragsschluss interessiert ist und aus dem Geschäft eigenen Nutzen erstrebt. Während früher die Bestellung persönlicher Sicherheiten durch den Geschäftsführer ausreichen sollte, das wirtschaftliche Eigeninteresse zu begründen, besteht laut BGH ein Bedürfnis für den Gläubigerschutz durch Rückgriff auf den Geschäftsführer über § 280, 311 BGB nur, sobald sich die Gesellschaft in "Insolvenznahe" befindet. Hinsichtlich des Kriteriums besonderes persönliches Vertrauen stellt der BGH ferner klar, dass es sich dabei um Sachverhalte im Vorfeld einer Garantiezusage handeln müsse (BGH NJW 1995, 398).

3.6 *Deliktische Haftung*

3.6.1 *§ 823 Abs. 1 BGB*

Hierunter fallen die normalen Haftungsfälle, etwa der Produkthaftung oder der Verkehrssicherungspflichten.

3.6.2 *§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. 266 a StGB*

Führt die Gesellschaft zu dem Arbeitgeberanteil die Sozialversicherung der Gehälter nicht ab, verletzt der Geschäftsführer, der als Arbeitgeber anzusehen ist, eine eigene Pflicht. § 266 a, 14 StGB sind Schutzgesetze zugunsten Dritter.

Bei mehrgliedrigem Organ haftet zumindest in Krisensituationen jeder Geschäftsführer, auch wenn er für die Abführung kompetenziell nicht verantwortlich war. Der unzuständige Geschäftsführer muss sich nach der Rechtsprechung gegebenenfalls durch telefonische Rückfragen bei der Bank oder der AOK versichern, dass die Zahlungen geleistet werden; auf Information eines Mitgeschäftsführers darf er sich nicht verlassen (BGH GmbH Rundschau 2001, 236, 237).

Bedeutsam ist, dass die Haftung auch nicht dadurch entfällt, dass der Geschäftsführer die Zahlungsunfähigkeit bedingt vorsätzlich herbeigeführt hat, in dem er etwa andere Schulden getilgt hat. Der Geschäftsführer muss in der Konsequenz also, wenn er merkt, die Sozialabgaben auf die vollen Gehälter nicht zahlen zu können, die Gelder entsprechend reduzieren. Dies setzt jedoch wiederum eine nicht einseitige Handlung voraus, sondern eine entsprechende Vereinbarung mit den betroffenen Arbeitnehmern. Im Wesentlichen empfiehlt sich in diesen Fällen der Versuch einer Stundungsabrede mit der Einzugsstelle.

3.6.3 § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Arbeitsschutzvorschriften

Die Vorschriften des staatlichen Arbeitsschutzes, z. B. Arbeitssicherheitsgesetz, Arbeitsstättenförderung sind Schutzgesetze. Für die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaft ist dies jedoch umstritten.

3.6.4 § 826 BGB

Voraussetzung einer Inanspruchnahme aus § 826 BGB ist der Nachweis der Schadensverursachung mit zumindest bedingtem Vorsatz. Hieran scheitert in der Praxis meist der Anspruch. Allerdings kommt eine Haftung des Geschäftsführers dann in Betracht, wenn der Geschäftsführer bei Vertragsverhandlungen die ihm bekannte wirtschaftliche Lage der Gesellschaft bei anzunehmender Zahlungsunfähigkeit nicht offenbart.

3.6.5 § 69 Abgabenordnung

Gemäß § 34 Abs. 1 AO hat der Geschäftsführer die steuerlichen Pflichten der Gesellschaft zu erfüllen. Verletzt er diese Pflicht vorsätzlich oder grob fahrlässig, so kommt eine Haftung gemäß § 69 Satz 1 AO in Betracht.

Nach § 191 Abs. 1 AO kann der Geschäftsführer und nicht der Steuerschuldner durch den Fiskus in die Haftung genommen werden. Zu überlegen ist, ob durch eine Amtsniederlegung der Geschäftsführer sich möglicherweise dieser Haftung entziehen kann (Bundesfinanzhof DB 1985, 1324).

Auch hier gilt:

Bei mehrgliedrigen Organen, das bedeutet mehreren Geschäftsführern, trifft grundsätzlich jeden Geschäftsführer die Verantwortung für die steuerlichen Pflichten der GmbH. Ist eine schriftliche Aufteilung der Verantwortlichkeit erfolgt, so führt dies so lange zu einer Begrenzung der Haftung, wie die übrigen Geschäftsführer nicht annehmen mussten, der zuständige Geschäftsführer vernachlässige seine Pflichten. Zeichnet sich jedoch eine Unternehmenskrise ab, sind alle Geschäftsführer gleichermaßen verantwortlich.

Konsequenterweise bedeutet dies, Abzugssteuern (Lohn-, Kirchen-, Kapitalertragssteuer) sind als treuhänderische Fremdgelder stets vorrangig vor sonstigen Verbindlichkeiten an das Finanzamt abzuführen. Reichen die zur Verfügung stehenden Mittel zur Zahlung des vollständigen Lohns inklusive Lohnsteueranteils nicht aus, darf der Geschäftsführer die Löhne nur gekürzt auszahlen und aus den verbleibenden Mitteln die zu ermittelnde Steuerschuld tilgen, andernfalls haftet er nach § 69 Abs. 1 AO.

4. Die Beendigung von Bestellung (Organstellung) und Anstellung (Dienstverhältnis)

4.1 Beendigung der Bestellung

4.1.1 Das Widerrufsrecht

Das Widerrufsrecht liegt, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, bei der Gesellschafterversammlung. Umstritten ist, ob die Widerrufskompetenz einem Nichtgesellschafter übertragen werden kann.

Der Insolvenzverwalter kann den Dienstvertrag kündigen, nicht jedoch die Bestellung widerrufen.

Von der Abberufung ist die Suspendierung zu unterscheiden.

Die Suspendierung geht regelmäßig mit der Freistellung der Dienstpflicht einher. Auch während der Suspendierung muss der Geschäftsführer dennoch seine gesetzlichen Pflichten erfüllen können, da diese nicht zur Disposition der Gesellschafter stehen. Damit muss dem Geschäftsführer ein Zugang zu Unterlagen und Informationen gewährleistet werden, die dieser zur Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten benötigt.

4.1.2 *Die Beschlussfassung*

Die Abberufung erfolgt durch Gesellschafterbeschluss. Dabei gelten die allgemeinen Regelungen über die Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen.

Es bedarf auch dann keiner notariellen Beurkundung der Beschlussfassung, wenn der betroffene Geschäftsführer bereits in der Satzung bestellt worden ist, sogenannter formeller Satzungsbestandteil.

Ist der Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter, ist er gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG vom Stimmrecht nur ausgeschlossen, wenn er aus wichtigem Grund abberufen werden soll, nicht dagegen bei ordentlicher Abberufung. Anwesend darf der Gesellschafter Geschäftsführer in jedem Fall sein.

Der Beschluss muss binnen angemessener Frist nach Kenntniserlangung eines wichtigen Grundes gefasst werden, wobei die Frist des § 626 Abs. 2 BGB keine Anwendung findet (BGH Z 13, 194; zur Verwirkung BGH ZIP 1992, 32, 33). Wegen der weitreichenden Folgen kann eine Abberufung aus wichtigem Grund nur erfolgen, wenn die Tagesordnung dies ausdrücklich vorsieht - jedenfalls dann, wenn der Betroffene nicht selbst anwesend ist. Soweit nicht in der Satzung anders bestimmt, erfolgt der Beschluss mit einfacher Mehrheit.

Die Abberufungsentscheidung muss dem Geschäftsführer zur Kenntnis gebracht werden. Sie wird erst mit Zugang wirksam. Eine Anhörung ist nicht erforderlich.

Bei Geltung des Mitbestimmungsgesetzes kann der Geschäftsführer nur aus wichtigem Grund abberufen werden.

Neben den Umständen des Einzelfalles kann sich eine Beschränkung der Abberufung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der Satzung ergeben (§ 38 Abs. 2 GmbHG).

Es ist in jedem Fall eine Interessenabwägung erforderlich. Ein bloßer Vertrauensentzug, ohne dass gleichzeitig sachliche Gründe vorliegen, ist nicht ausreichend. § 84 Abs. 3 Satz 2 AktG findet hierbei direkt noch analog Anwendung.

Das Nachschieben von wichtigen Gründen ist möglich, und zwar wohl auch ohne erneute Beschlussfassung (OLG Naumburg, GmbH Rundschau, 1996, 934).

4.2 *Die Folgen*

Die Abberufung ist dem Handelsregister anzumelden. Zu beachten ist, dass eine Abberufung regelmäßig voraussetzt, dass ein weiterer Geschäftsführer vorhanden ist, welcher die Handelsre-

gisteranmeldung durchführen kann und im Übrigen dafür zur Verfügung steht, dass die Gesellschaft weiterhin rechtsgeschäftlich agieren kann. Im Zweifelsfall kommt die Bestellung eines Notgeschäftsführers in Betracht (Bayerisches Oberstes Landesgericht, GmbH Rundschau 1998, 1123).

4.3 Die Amtsniederlegung

Die Amtsniederlegung eines GmbH-Geschäftsführers ist auch dann sofort wirksam, wenn sie nicht auf einen angeblich vorhandenen wichtigen Grund gestützt wird. Offengelassen hat der BGH, ob diese Grundsätze auch gelten, wenn der Geschäftsführer seinerseits gemäß § 38 Abs. 2 GmbHG nur aus wichtigem Grund abberufen werden kann. Eine Schriftform für die Amtsniederlegung ist – soweit in der Satzung nicht anders geregelt – nicht erforderlich. Sie ist gegenüber einem Gesellschafter zu erklären. Es ist nicht erforderlich, die Erklärung gegenüber allen Gesellschaftern vorzunehmen (BGH GmbH Rundschau 2002, 26).

Stehen dem Geschäftsführer keine ausreichenden Gründe zur Verfügung, macht er sich unter Umständen schadenersatzpflichtig und liefert einen Grund für die Kündigung des Anstellungsvertrages. Die Amtsniederlegung kann zugleich eine Kündigung des Dienstvertrages beinhalten.

4.4 Die Beendigung der Anstellung

Die Abberufung lässt das Dienstverhältnis des Geschäftsführers regelmäßig unberührt. Daraus folgt, dass Voraussetzung jeder Kündigung des Anstellungsverhältnisses ein entsprechender Gesellschafterbeschluss ist, der sich deutlich auf die Kündigung beziehen muss. Dabei ist es möglich, Kündigung und Abberufung in einem Gesellschafterbeschluss vorzunehmen.

Bei der Beschlussfassung über die ordentliche Kündigung ist der hiervon betroffene Gesellschafter Geschäftsführer stimmberechtigt.

Zuständig zum Ausspruch der Kündigung sind alle Gesellschafter, die sich jedoch eines Bevollmächtigten bedienen können.

Die Kompetenz zur Kündigung des Dienstverhältnisses verbleibt auch dann bei den Gesellschaftern, wenn zwischen Abberufung und Ausspruch der Kündigung ein gewisser Zeitraum liegt. Erst wenn aufgrund einer Weiterbeschäftigung von einem Arbeitsverhältnis auszugehen ist, sind die Geschäftsführer zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses befugt. Die Kündigung vor Dienstantritt ist ausgeschlossen, solange keine gegenteilige Vereinbarung getroffen wird (OLG Hamm, GmbH Rundschau 1985, 155).

Die Kündigung durch den Geschäftsführer selbst kann gegenüber den übrigen Geschäftsführern (§ 35 Abs. 2 Satz 3 GmbHG) oder einem Gesellschafter erklärt werden. Die Freistellung ohne Abberufung gibt dem Geschäftsführer – soweit nichts anderes vereinbart ist – keinen Kündigungsgrund.

4.5 Die außerordentliche Kündigung des Dienstverhältnisses

Zum Ausspruch der außerordentlichen Kündigung bedarf es eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses, wobei dem betroffenen Gesellschafter Geschäftsführer kein Stimmrecht zusteht.

Ohne eine abschließende Aufzählung vorzunehmen, sollen exemplarisch außerordentliche Kündigungsgründe genannt sein:

- Auskunftsverweigerung gegenüber den Gesellschaftern
- unkorrekte Behandlung von Spesenvorschüssen
- zustimmungslose Änderung einer langjährigen Geschäftspolitik
- Ausnutzung geschäftlicher Möglichkeiten der GmbH für private Zwecke
- Überschreiten einer Kreditlinie
- Annahme von Schmiergeldern
- Ablehnung einer zumutbaren Weiterbeschäftigung durch die Gesellschafter nach Abberufung eines Geschäftsführers
- Verdacht von Straftaten

Auch wenn die Parteien im Anstellungsvertrag wichtige Gründe benennen, verbleibt dem Gericht in jedem Fall die Prüfungskompetenz, ob ein Grund im Sinn des § 626 BGB vorliegt.

4.6 2-Wochen-Frist

Bei juristischen Personen ist für die Bestimmung der 2-Wochen-Frist grundsätzlich die Kenntnis des zur Kündigung berechtigten Organs, mithin der Gesellschafterversammlung, entscheidend. Die Einzelheiten, wann genau bei Kollektivorganen jedoch von einer Kenntnis der zur Kündigung berechtigenden Tatsache auszugehen ist, sind umstritten. Früher hieß der BGH die Kenntnis eines einzelnen Mitglieds nicht ausreichen, in einer Entscheidung von 1990 (BGH WM 1990, 1028; und ähnlich BGH ZIP 1997, 998) wird die Kenntnis eines Organmitglieds von dem Zeitpunkt als ausreichend angesehen, von dem an dieses Organmitglied andere Mitglieder hätte unterrichten können.

Zwei aktuelle Entscheidungen, BGH BB 1998, 1808 und BGH ZIP 2001, 1957 zeigen eine weitere Änderung der Rechtsprechung an. Danach soll die 2-Wochen-Frist erst mit dem Unterbreiten des maßgeblichen Sachverhalts im zur Kündigung berechtigten Organ, als der Gesellschafterversammlung zu laufen beginnen. Wird allerdings die Einberufung des Organs nach Kenntniserlangung vom Sachverhalt unangemessen verzögert, muss sich die Gesellschaft so behandeln lassen, als wäre die Gesellschafterversammlung mit der Billigerweise zumutbaren Beschleunigung einberufen worden. Soweit einzelne Gesellschafter nicht erscheinen, ist dies für die Kenntniserlangung des Organs unschädlich.

4.7 Beendigungsfolgen

Die Beendigungsmodalitäten werden oft gesondert im Rahmen einer Vereinbarung geregelt. Dabei gelten die allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze.

Ein Arbeitgeberdarlehen ist gegebenenfalls von einer Ausgleichsklausel erfasst. Wird keine Abweichende Regelung getroffen, wird anderweitiger Erwerb im Fall einer Freistellung nicht ange-regt.

Die Regelungen der § 3 Ziffer 9, 24, 34 EStG geltend grundsätzlich für Entlassungsschädigungen von GmbH-Geschäftsführern. Da jedoch problematisch ist, wie das Merkmal der arbeitgeberseitigen Veranlassung für die Beendigung des Dienstverhältnisses bei beherrschenden Gesellschafter Geschäftsführern betrachtet wird, bietet sich für diesen Fall eine Lohnsteuerauskunft bei den für des Wohnsitzes des Geschäftsführers zuständigen Finanzamtes an.

Erledigungsklauseln erledigen üblicherweise auch nachvertragliche Wettbewerbsverbote!

Auch bei Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung wird die Gesellschaft von den Gesellschaftern und nicht von einem anderen Geschäftsführer vertreten. Der Kündigungsbeschluss der Gesellschafterversammlung umfasst im Zweifelsfall nicht die Befugnis zum Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung.

5. Wettbewerbsverbot

5.1 Während der Dauer der Anstellung

Fremd- und Gesellschafter Geschäftsführer unterliegen während der Amtszeit einem Wettbewerbsverbot erst dann, wenn dies nicht im Gesellschafts- oder Dienstvertrag geregelt ist (OLG Oldenburg NZG 2000, 1038). Verboten ist dem Geschäftsführer jede Teilnahme am geschäftlichen Verkehr im eigenen oder im fremden Namen, für eigene oder fremde Rechnungen im Geschäftsbereich der Gesellschaft. Ein Verstoß hiergegen hat eine außerordentliche Kündigung, Schadenersatz und Herausgabe des Erlangten zur Folge.

Dem Geschäftsführer kann von der Gesellschafterversammlung Dispens vom Wettbewerbsverbot erteilt werden.

Nach Beendigung der Amtsstellung ist ein dienstvertragliches Wettbewerbsverbot weiterhin zu beachten. Ein solches gilt auch während einer Freistellungsphase. Ein Verstoß hiergegen rechtfertigt grundsätzlich den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung.

5.2 Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Enthält der Gesellschafts- oder Anstellungsvertrag kein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, ist der Geschäftsführer grundsätzlich frei.

5.3 Geltung der §§ 74 ff HGB

Die §§ 74 ff HGB sind auf Wettbewerbsabreden zwischen Geschäftsführer und Gesellschafter nicht generell anwendbar (BGH 17. Februar 1992, WM 92, 653). Selbst wenn kein vertraglicher Hinweis auf die §§ 74 ff. HGB vorliegt, ist im Einzelfall zu prüfen, welche Vorschrift angesichts der vergleichbaren Interessenlage analog gilt. Während die Analogie für §§ 74 c HGB, 75 a HGB und 75 Abs. 1 HGB bejaht wird, hält der BGH die Zahlung einer Karenzentschädigung nicht für erforderlich, solange der Vertrag nicht abweichendes regelt.

6. Die Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers

6.1 Sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis

Der Geschäftsführer ist – wie dargestellt – kein Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinn.

Gemäß den vom BSG entwickelten Grundsätzen zum entgeltlichen Beschäftigungsverhältnis (§ 7 SGB IV) ist Arbeitnehmer im sozialversicherungsrechtlichen Sinn, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist, d. h. in den Betrieb eingegliedert und im Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeit Ausführung untergeordnet ist.

Angesichts des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit wird insofern zwischen Fremd- und Gesellschafter Geschäftsführer differenziert. Die Kriterien ergeben sich aus dem gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenorganisation des Beitragseinzuges vom 20. Dezember 1999.

Diese sind beigelegt.

7. Die Pflichten des Geschäftsführers

Der Geschäftsführer hat sich den Beschlüssen der Gesellschafter unterzuordnen. Die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit können den Geschäftsführern Weisungen erteilen, und zwar sowohl allgemeine Anordnungen als auch Weisungen im Einzelfall. Aus dieser Kompetenzzuweisung folgt, dass die Geschäftsführer vor allem die Aufgabe haben, die Beschlüsse der Gesellschafter auszuführen.

Darüber hinaus sind sie für Entscheidung im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes zuständig. Weiter haben sie originäre Kompetenzen im Bereich der öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen sowie sonstige gegenüber Dritten existierender Kardinalpflichten.

Die Gesellschafter haben die Möglichkeit, generelle Weisungen in Form einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung zu erlassen.

Der Geschäftsführer ist grundsätzlich verpflichtet, eine formal ordnungsgemäß zustande gekommene und inhaltlich rechtmäßige Weisung zu befolgen. Auch wirtschaftlich nachteilige Weisungen sind bis zur Grenze der unmittelbar drohenden Insolvenz rechtmäßig. Der Geschäftsführer besitzt jedoch das Recht, jede Weisung zu beanstanden, die er für unzumutbar hält.

Ist eine Weisung unzumutbar, ohne dass hieraus ein direkter messbarer Schaden für die GmbH droht, muss der Geschäftsführer sie nicht beanstanden, auch wenn er sie selbst für unzumutbar hält.

Ist eine Weisung nicht nur unzumutbar, sondern droht der GmbH auch ein messbarer Schaden, kann der Geschäftsführer zur Beanstandung verpflichtet sein. Vielfach wird er das auch aus eigenem Interesse tun, da er später nicht für die aus seiner Sicht unzumutbare Weisung zur Verantwortung gezogen werden möchte.

Betrifft die Weisung dagegen eine Kardinalpflicht des Geschäftsführers, also insbesondere öffentlich rechtliche Verpflichtungen oder eine im Interesse Dritter bestehende Pflicht, z. B. Produktbeobachtungspflicht, ist dem Geschäftsführer, falls eine Weisung hiergegen zu verstoßen droht, ein weiteres Zurückweisungsermessen zuzugestehen.

Der Geschäftsführer befindet sich in diesem Zusammenhang regelmäßig in einem Loyalitätskonflikt.

Vollzieht er die Weisung und stellt sich anschließend die Rechtswidrigkeit heraus, entfaltet die Weisung keinen Entlastungseffekt, d. h. wenn das Geschäft später scheitert, trifft den Geschäfts-

führer unter Umständen eine Schadenersatzpflicht. Vollzieht er die Weisung nicht und stellt sie sich später als rechtmäßig heraus, kann er zum Schadenersatz verpflichtet sein.

In diesem Fall ist die Einholung qualifizierten Rates dringend erforderlich. Dann fehlt es nämlich an dem für die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG erforderlichen Verschulden des Geschäftsführers.