



Jutta Glock/Christoph Abeln

# Der GmbH- Geschäftsführer

Was Geschäftsführer und  
Manager wissen müssen



Jutta Glock/Christoph Abeln

Der GmbH-Geschäftsführer

Jutta Glock/Christoph Abeln

# Der GmbH- Geschäftsführer

Was Geschäftsführer und  
Manager wissen müssen



Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek  
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;  
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

1. Auflage 2005

Alle Rechte vorbehalten

© Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler/GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2005

Lektorat: Jens Kreibaum

Der Gabler Verlag ist ein Unternehmen von Springer Science+Business Media.

[www.gabler.de](http://www.gabler.de)



Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: Nina Faber de.sign, Wiesbaden

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

ISBN-13: 978-3-409-14260-1

e-ISBN-13: 978-3-322-82616-9

DOI:10.1007/ 978-3-322-82616-9

# Vorwort

Trotz oder gerade auf Grund der Tatsache, dass es zwischenzeitlich zahlreiche Publikationen zum Themenkomplex des GmbH-Geschäftsführers gibt, wollen wir mit diesem Buch den gesamten Stoff, der den GmbH-Geschäftsführer betrifft, praxisnah aufbereiten. Im Zusammenhang mit der praxisorientierten Rechtsform der GmbH und der stetig steigenden Anzahl von Firmengründungen erscheint es uns im gesamtwirtschaftlichen Rahmenumfeld besonders wichtig, sich mit den rechtlich relevanten Fallkonstellationen zu beschäftigen, die Sie als Geschäftsführer kennen und im Rahmen der Entscheidungsgrundlagen berücksichtigen sollten. Wir haben für Sie als Geschäftsführer den gesamten Themenbereich von dem Neubeginn Ihrer Tätigkeit als GmbH-Geschäftsführer bis zur Beendigung des Vertrages anhand von Fallbeispielen aufgezeigt. Der Schwerpunkt unseres Buches liegt insbesondere im Bereich der Haftung des GmbH-Geschäftsführers. Hier sollen Rechtsklarheit und Transparenz zum gesamten Themenkomplex der Haftung nach innen und nach außen aufgezeigt und Vermeidungsstrategien dargestellt werden.

Das Buch vermittelt einen praxisorientierten Leitfaden, auch über die Fragen der Haftung als GmbH-Geschäftsführer hinaus, und bespricht zusätzlich die wichtigen Fragestellungen aus der Unternehmensleitung. Es stellt somit einen übersichtlich gegliederten Ratgeber für die Praxis dar.

Wenn Sie den Schritt zum GmbH-Geschäftsführer gehen wollen oder bereits als GmbH-Geschäftsführer bestellt sind, gehören Sie zur Zielgruppe dieses Buches.

Die derzeitige aktuelle Rechtsprechung ist bereits in die Kapitel eingearbeitet worden, so dass dieses Buch eine wichtige zusammenfassende Darstellung zur aktuellen Rechtslage der Themenkomplexe eines GmbH-Geschäftsführers bietet.

An dieser Stelle danken wir persönlich den Mitarbeitern unserer Kanzlei ([www.agpkkanzlei.de](http://www.agpkkanzlei.de)) die im Rahmen der Bearbeitung dieses Buches sehr engagiert mitgewirkt haben und hier ganz besonders Rechtsanwältin Barbara Siemes und Rechtsanwalt Marc Repey.

Berlin im März 2005

Dr. jur. Jutta Glock  
Dr. jur. Christoph Abeln

---

# Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Drei Beispielfälle zum Einstieg – Was wollen Sie wissen?.....</b>	<b>11</b>
1.1	Vom Arbeitnehmer zum Geschäftsführer (und wieder zurück?).....	11
1.2	Teure Personalplanung .....	12
1.3	Die Wurzel allen Übels .....	12
<b>2</b>	<b>Beginn der Geschäftsführertätigkeit .....</b>	<b>15</b>
2.1	Unterscheidung Organ-/Anstellungsverhältnis.....	15
2.1.1	Organstellung .....	15
2.1.2	Anstellungsverhältnis .....	15
2.2	Begründung der Organstellung durch wirksame Bestellung .....	16
2.2.1	Bestellungskompetenz.....	16
2.2.2	Gesetzliche Anforderungen an die Person des Geschäftsführers .....	18
2.2.3	Rechtsfolgen einer fehlerhaften Bestellung.....	19
2.3	Das Anstellungsverhältnis .....	20
2.3.1	Rechtsnatur des Anstellungsvertrages und Auswirkungen auf den Status des Geschäftsführers .....	21
2.3.2	Form des Anstellungsvertrages .....	26
2.3.3	Parteien des Anstellungsvertrages.....	27
2.3.4	Rangordnung Anstellungsvertrag – Gesellschaftsrechtliche Vorgaben .....	29
2.3.5	Der fehlerhafte Anstellungsvertrag .....	30
2.3.6	Essentials des Anstellungsvertrages .....	32
2.3.7	Vergütung.....	37
2.3.8	Betriebliche Altersversorgung.....	44
2.3.9	Befristung.....	52
2.3.10	Arbeitszeit/Nebentätigkeit.....	52
2.3.11	Wettbewerbsverbot.....	53
2.3.12	Freistellungsabreden.....	57
<b>3</b>	<b>Die Haftung des Geschäftsführers .....</b>	<b>59</b>
3.1	Abgrenzung zwischen haftungsrechtlich relevantem Verhalten und haftungsrechtlich irrelevanten unternehmerischen Fehlentscheidungen .....	59
3.2	Grundlegendes zur Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft 60	
3.2.1	Gesetzliche Aufgaben .....	61
3.2.2	Weisungen.....	61
3.2.3	Zustimmungskatalog .....	62
3.2.4	Haftung und Pflichten gegenüber der Gesellschaft .....	62
3.2.5	Haftung bei mehreren Geschäftsführern .....	63

---

3.3	Haftungsmaßstab gegenüber der Gesellschaft.....	64
3.3.1	Grundsätzliches .....	64
3.3.2	Modifizierung des Haftungsmaßstabs .....	65
3.3.3	Ressortverteilung .....	65
3.3.4	Freistellungsvereinbarung .....	65
3.3.5	Einwand des Mitverschuldens.....	67
3.3.6	Entlastungsbeschluss.....	67
3.3.7	Verjährung des Anspruchs .....	68
3.3.8	Amtsniederlegung .....	68
3.4	Haftung bei der Vor-GmbH.....	70
3.5	Der Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG .....	71
3.6	Kernpflichten des Geschäftsführers als Grundlage für seine Haftung.....	71
3.6.1	Auskunftspflichten .....	72
3.6.2	Treuepflicht.....	73
3.6.3	Gesellschaftsrechtliche Organisationspflichten.....	75
3.6.4	Buchführungspflicht.....	77
3.6.5	Insolvenzantragspflicht .....	77
3.6.6	Haftung für fehlerhafte (Waren-)Kreditvergabe .....	79
3.6.7	Haftung im Personalbereich .....	79
3.7	Haftung des Geschäftsführers gegenüber den GmbH-Gesellschaftern .....	84
3.8	Darlegungs- und Beweislast .....	86
3.9	Beschluss zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen .....	87
3.10	Haftung gegenüber Dritten .....	88
3.10.1	Haftung bei Vertragsschluss.....	88
3.10.2	Rechtsscheinhaftung.....	90
3.10.3	Verstoß gegen interne Verfügungsbeschränkungen .....	90
3.10.4	Haftung wegen Verschweigen der Insolvenzreife.....	91
3.10.5	Haftung wegen Insolvenzverschleppung.....	91
3.10.6	Bürgenhaftung .....	94
3.10.7	Pflichten und Haftung im Sozialrecht .....	97
3.10.8	Haftung für Steuerschulden.....	98
3.10.9	Deliktische Haftung.....	101
3.10.10	Produkthaftung .....	104
3.10.11	Haftung wegen Verstoßes gegen Wettbewerbsregeln .....	107
3.11	Strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers .....	107
3.11.1	Geschäftsführer einer im städtischen Alleinbesitz befindlichen GmbH.....	109
3.11.2	Verletzung der Geheimhaltungspflicht.....	110
3.11.3	Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen .....	111
3.11.4	Anzeigepflicht bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals.....	111
3.11.5	Verspäteter Insolvenzantrag .....	111

---

3.11.6	Untreue zum Nachteil der GmbH.....	112
3.11.7	Betrug.....	112
3.11.8	Kreditbetrug .....	114
3.11.9	Bankrott.....	114
3.11.10	Gläubiger- und Schuldnerbegünstigung .....	115
3.11.11	Falsche Angaben gegenüber dem Handelsregister .....	116
3.11.12	Unrichtige Wiedergabe der Verhältnisse der GmbH.....	117
3.11.13	Strafrechtliche Haftung bei mehreren Geschäftsführern und Delegation.....	117
3.11.14	Straftaten gegen Betriebsverfassungsorgane und ihre Mitglieder .....	118
3.11.15	Umweltstraftaten .....	118
3.11.16	Ordnungswidrigkeiten .....	119
3.12	Corporate Governance und Risikomanagement .....	122
3.12.1	Zusammenarbeit von Gesellschaftern und Geschäftsführung .....	124
3.12.2	Aufgaben und Zuständigkeit der Geschäftsführung .....	125
3.12.3	Interessenkonflikte .....	125
3.13	Korruptionsbekämpfung und Ausschlussregister .....	126
3.14	D & O-Versicherung für den Geschäftsführer.....	128
3.14.1	Konfliktsituation – Der Geschäftsführer als Zeuge für sein eigenes Fehlverhalten .....	129
3.14.2	Schutzmechanismus für den Versicherer – Risiko für den Geschäftsführer ...	130
3.14.3	Der Schaden – Was ist versichert? .....	131
3.14.4	Schadensersatzansprüche des Geschäftsführers gegen die Gesellschaft .....	132
3.14.5	Anzeigepflichten von Gefahrenerhöhungen während der Versicherungsdauer ..	133
3.15	Die Haftung des Geschäftsführers bei Unternehmenskäufen und -verkäufen .	133
3.15.1	Aufklärungspflichten.....	133
3.15.2	Befugnisse des Geschäftsführers .....	136
3.15.3	Pflichtverletzung .....	137
3.15.4	Der Mantel-Kauf .....	138
3.15.5	Unternehmerische Freiheit und Grenzen .....	140
<b>4</b>	<b>Beendigung der Geschäftsführertätigkeit .....</b>	<b>141</b>
4.1	Beendigung der organschaftlichen Bestellung des Geschäftsführers .....	141
4.1.1	Widerruf der Geschäftsführerbestellung .....	141
4.1.2	Andere Beendigungsmöglichkeiten .....	150
4.2	Beendigung des Anstellungsvertrages.....	150
4.2.1	Kündigung des Anstellungsvertrages .....	150
4.2.2	Aufhebung des Anstellungsvertrages .....	160
4.2.3	Andere Beendigungsgründe .....	167

---

4.3	Prozessuale Besonderheiten .....	168
4.4	Checkliste für einen an Trennung denkenden Geschäftsführer .....	168
<b>5</b>	<b>Ausgewählte Gesetzestexte .....</b>	<b>171</b>
5.1	Auszug aus dem GmbH-Gesetz.....	171
5.2	Auszug aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch .....	186
5.3	Auszug aus dem Betriebsverfassungsgesetz.....	191
5.4	Auszug aus dem Arbeitsgerichtsgesetz .....	198
5.5	Auszug aus dem Betriebsrentengesetz .....	201
5.6	Auszug aus dem Strafgesetzbuch .....	205
5.7	Auszug aus der Insolvenzordnung.....	210
5.8	Auszug aus dem Teilzeit- und Befristungsgesetz.....	211
5.9	Auszug aus dem Gesetz über technische Arbeitsmittel und Verbraucherprodukte (GPSG).....	213
<b>6</b>	<b>Deutscher Corporate Governance Kodex .....</b>	<b>217</b>
	<b>Weiterführende Literatur .....</b>	<b>229</b>
	<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>231</b>
	<b>Die Autoren .....</b>	<b>236</b>

# 1 Drei Beispielfälle zum Einstieg – Was wollen Sie wissen?

Im Folgenden stellen wir Ihnen stellvertretend für die drei Kapitel des Buches jeweils ein aktuelles Fallbeispiel vor, anhand dessen Sie entscheiden können, welches Kapitel für Sie in Frage kommt. Sie können sich natürlich auch ganz konventionell über das Inhaltsverzeichnis oder das Stichwortverzeichnis Zugang zu den einzelnen Themenkomplexen verschaffen.

## 1.1 Vom Arbeitnehmer zum Geschäftsführer (und wieder zurück?)

Nachdem ein Arbeitnehmer fünf Jahre als Niederlassungsleiter bei seinem Arbeitgeber gute Arbeit geleistet hatte, trat der Arbeitgeber an ihn heran und bot ihm einen auf zwei Jahre befristeten Anstellungsvertrag als stellvertretender Geschäftsführer an. Gemäß dieses Anstellungsvertrages sollte er nunmehr dem technischen Bereich vorstehen und darüber hinaus weiterhin die Funktion des Niederlassungsleiters wahrnehmen. Ob er sich als Geschäftsführer nicht bewährte, ist nicht bekannt – jedenfalls lehnte der Arbeitgeber eine Verlängerung des Anstellungsvertrages ab. Der Geschäftsführer besann sich in dieser Situation auf seinen ursprünglichen Arbeitsvertrag und klagte vor dem Arbeitsgericht. Er war der Ansicht, seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis seien durch den Geschäftsführervertrag weder ausdrücklich noch konkludent aufgehoben worden. Das hätte zur Folge, dass sein „alter“ Arbeitsvertrag nach Beendigung des Geschäftsführeramtes wieder aufleben und er fortan wieder ein ganz normaler Arbeitnehmer sein würde. Das Bundesarbeitsgericht musste sich im Jahr 2002 mit diesem Problem befassen (vgl. dazu das Urteil des BAG vom 25. April 2002 – Aktenzeichen 2 AZR 352/01).

### **Hinweis:**

Dieser Beispielfall vereint gleich mehrere praktische Probleme: es geht um den Beginn *und* gleichzeitig die Beendigung der Geschäftsführertätigkeit sowie um die Frage, ob ein ursprünglich bestehendes Arbeitsverhältnis wieder aufleben kann, wenn das Geschäftsführeramt endet. Interessiert Sie das Kapitel „Beginn der Geschäftsführertätigkeit“, empfehlen wir Ihnen, ab Seite 15 weiterzulesen. Der oben beschriebene Fall wird in dem Unterkapitel Sonderfall „Ruhendes Arbeitsverhältnis“ ab Seite 25 ausgewertet. Das Kapitel „Beendigung der Geschäftsführertätigkeit“ wird ab Seite 141 behandelt.

## 1.2 Teure Personalplanung

Der Geschäftsführer einer GmbH beabsichtigt, neue Arbeitskräfte einzustellen. Diese sollen einen auf zwei Jahre befristeten Arbeitsvertrag erhalten, weil das Unternehmen nicht längerfristig planen kann und der Bedarf an Arbeitskräften nach Ablauf der zwei Jahre neu überdacht werden soll. Im Vorstellungsgespräch teilt der Geschäftsführer den in Aussicht genommenen Arbeitnehmern mit, dass das Arbeitsverhältnis auf zwei Jahre befristet sei. Die Arbeitnehmer sind damit einverstanden und beginnen bereits am nächsten Tag mit der Arbeit, ohne zuvor einen schriftlichen Arbeitsvertrag unterzeichnet zu haben. Erst nach zehn Tagen legt ihnen der Geschäftsführer den Arbeitsvertrag vor, den alle Arbeitnehmer unterzeichnen. In dem Vertrag ist auch die zweijährige Befristung schriftlich fixiert. Es kam, wie es kommen musste: nach zwei Jahren beabsichtigt das Unternehmen, die Arbeitnehmer nicht länger zu beschäftigen und verlängert die Arbeitsverhältnisse nach Ablauf der Befristung nicht weiter. Die Arbeitnehmer, ihrerseits, haben natürlich ein großes Interesse an ihrem Arbeitsplatz und ziehen vor das Arbeitsgericht.

### **Hinweis:**

Warum das Bundesarbeitsgericht in einem solchen Fall dem Arbeitnehmer in letzter Instanz Recht gegeben hat, welche *erheblichen* Folgen dies für den Geschäftsführer haben könnte und wie er diese und viele andere *Haftungsfallen* sicher erkennt *und* vermeidet, zeigen wir Ihnen in ab Seite 59 in dem Kapitel „Die Haftung des Geschäftsführers“. Das hier vorgestellte Problem wird in dem Unterkapitel „Haftung im Personalbereich-Befristete Arbeitsverträge“ ab Seite 81 behandelt.

## 1.3 Die Wurzel allen Übels

Der Geschäftsführer einer GmbH geriet bereits kurze Zeit nach seiner Anstellung mit dem Alleingesellschafter des Unternehmens aneinander. Dies lag daran, dass er den Gesellschafter gegenüber den Angestellten als „Wurzel allen Übels“ bezeichnet und ihn einen „ganz einfachen Mann, nicht besonders gebildet“ genannt hatte. Gegenüber Bewerbern beschrieb er ihn als Choleriker und fiel auch sonst im Umgang nicht gerade durch Feingühligkeit auf.

Es kam schließlich zu einer Auseinandersetzung mit dem Alleingesellschafter, in deren Folge dieser dem Geschäftsführer mündlich die fristlose Kündigung seines Dienstvertrages sowie seine Abberufung als Geschäftsführer erklärte. Der Geschäftsführer klagte gegen die Kündigung. Er war der Ansicht, es hätte zumindest einer vorherigen Abmahnung bedurft. Unabhängig davon, dass die Kündigung wirksam war, stellte der Bundes-

gerichtshof in seinem Urteil zu diesem Fall klar, dass vor Ausspruch der Kündigung von Geschäftsführern eine Abmahnung – im Gegensatz zur Kündigung von Arbeitnehmern - grundsätzlich nicht erforderlich sei.

**Hinweis:**

Die Besonderheiten rund um die *Beendigung der Geschäftsführertätigkeit* stellen wir Ihnen im gleichnamigen Kapitel ab Seite 141 vor. Warum es der Bundesgerichtshof wie im vorstehenden Beispiel für entbehrlich hält, einen Geschäftsführer vor Ausspruch von Kündigungen abzumahnen, erläutern wir Ihnen ab Seite 153 im Unterkapitel „Außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages seitens der Gesellschaft“.

---

## 2 Beginn der Geschäftsführertätigkeit

### 2.1 Unterscheidung Organ-/Anstellungsverhältnis

Die rechtliche Stellung eines GmbH-Geschäftsführers ist dadurch gekennzeichnet, dass er eine sogenannte Doppelstellung innehat. Er ist Organ der Gesellschaft und befindet sich zugleich in einem Anstellungsverhältnis zu ihr.

#### 2.1.1 Organstellung

Als Konsequenz der bei der GmbH-Gründung und ihrer Führung zu beachtenden gesellschaftsrechtlichen Vorgaben ist ein GmbH-Geschäftsführer zunächst einmal Organ der Gesellschaft: er ist der gesetzliche, organschaftliche und *alleinige* Vertreter der Gesellschaft.

Die GmbH braucht ihre Organe, um im Rechtsverkehr handlungsfähig zu sein. Neben dem Geschäftsführer hat die GmbH noch mindestens ein weiteres Organ, nämlich die *Gesellschafterversammlung*. Existiert ein Aufsichts-/oder Beirat, so sind auch diese Gremien Organe der GmbH.

#### 2.1.2 Anstellungsverhältnis

Neben den auf die Organstellung des Geschäftsführers bezogenen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben trifft der Geschäftsführer mit der ihn anstellenden Gesellschaft in aller Regel detaillierte Absprachen über das, was beide Seiten voneinander erwarten. Diese Anstellungsvereinbarung ist die schuldrechtliche und individualrechtliche Basis für beide Parteien. Auf die mit ihr verbundenen Besonderheiten soll ausführlich im Folgenden eingegangen werden.

Zu beachten ist, dass Organ- und Anstellungsverhältnis selbständig nebeneinander bestehen und strikt voneinander zu trennen sind (sog. „Trennungstheorie“). Das bedeutet, dass die Wirksamkeit des einen Rechtsverhältnisses nicht notwendig auch die Wirksamkeit des anderen berühren muss. Daraus folgt, dass jedes der beiden Rechtsverhältnisse

auf seine Rechtswirksamkeit hin überprüft werden muss. Das wirksame Zustandekommen des einen indiziert noch nicht das Vorliegen des anderen.

## 2.2 Begründung der Organstellung durch wirksame Bestellung

Die organschaftliche Stellung erlangt ein Geschäftsführer aufgrund einer wirksamen *Bestellung*. Eine solche setzt voraus, dass von zuständiger Stelle ein persönlich geeigneter Kandidat berufen wird, dem die Bestellungserklärung zugegangen ist und der diese Erklärung auch angenommen hat.

### 2.2.1 Bestellungskompetenz

Grundvoraussetzung einer wirksamen Bestellung ist, dass die mit Bestellungskompetenz versehene Stelle tätig geworden ist. Wem diese Kompetenz im Einzelfall zusteht, bedarf stets einer *sorgfältigen Prüfung*.

#### 2.2.1.1 Grundsätzliches

In den meisten Fällen bestellt die Gesellschafterversammlung den Geschäftsführer (§ 46 Nr. 5 GmbH-Gesetz). Möglich ist es auch, die Bestellung einem Aufsichts-/bzw. Beirat oder außenstehenden Dritten zu übertragen. Diese Übertragungsmöglichkeit folgt aus der in § 45 Abs. 2 GmbHG verankerten Befugnis zur gesellschaftsrechtlichen Selbstverwaltung. Von ihrem Delegationsrecht machen insbesondere große Gesellschaften Gebrauch, wofür in der Regel Praktikabilitätsgesichtspunkte sprechen. So ist es durchaus üblich, dass bei großen GmbHs festgelegt wird, dass die Gesellschafterversammlung nur einmal pro Jahr einberufen werden soll. Um in der Zwischenzeit handlungsfähig zu bleiben, empfiehlt sich die Delegation der Bestellungskompetenz.

Zum Teil (hauptsächlich bei Neugründungen) erfolgt die Bestellung bereits im Gesellschaftsvertrag (gemäß § 6 Abs. 3 S. 2 GmbHG). Dieses Vorgehen kann jedoch problematisch werden: da der Gesellschaftsvertrag als Satzung ergeht, muss im Falle der Bestellung im Gesellschaftsvertrag stets besondere Aufmerksamkeit auf die Frage verwandt werden, ob die Bestellung als echter oder unechter Satzungsbestandteil anzusehen ist. Echte Satzungsbestandteile sind Bestimmungen, die erkennbar Kern des getroffenen Gesellschaftsvertrages sein sollen. Von unechten Satzungsbestimmungen ist auszugehen, sofern alle Indizien dafür sprechen, dass die Regelung nur bei Gelegenheit des Satzungsabschlusses getroffen wurde. Diese Unterscheidung ist insoweit wichtig, als dass ein

echter Satzungsbestandteil nur durch Änderung der Satzung abänderbar ist. Wird also eine bestimmte Person im Gesellschaftsvertrag zum Geschäftsführer berufen und soll dies zum Kern des Satzungsinhaltes zählen, so steht diesem Geschäftsführer ein satzungsmäßiges Sonderrecht zu, das nur durch Satzungsänderung geändert oder widerrufen werden kann.

Wurde dagegen die Bestellung des Geschäftsführers nur anlässlich des Gesellschaftsvertragsabschlusses getroffen, so kann dieser Geschäftsführer ohne Satzungsänderung durch einfachen Mehrheitsbeschluss der Gesellschafterversammlung abberufen oder zu veränderten Bedingungen weiterbeschäftigt werden.

### 2.2.1.2 Sonderfälle

#### *Gerichtliche Bestellungskompetenz*

Existiert ausnahmsweise kein Geschäftsführer (z. B. infolge von Tod/Amtsniederlegung etc.), liegt die Bestellungskompetenz beim Amtsgericht, das gemäß § 29 BGB analog einen Notgeschäftsführer bestellen kann. Zuständiges Amtsgericht ist das Gericht am Sitz der Gesellschaft (= das Registergericht). Der Antrag auf Bestellung eines Notgeschäftsführers kann unter anderem von den Gesellschaftern, von Gläubigern oder von Behörden gestellt werden.

#### *Bestellungskompetenz bei einer mitbestimmten GmbH*

Hat die GmbH mehr als 2.000 Arbeitnehmer, so muss ein GmbH-Geschäftsführer zwingend durch den in diesem Falle vorhandenen Aufsichtsrat bestellt werden (§§ 30, 31 MitbestG, 15 Montan-Mitbestimmungsgesetz). Eine Bestellung allein durch die Gesellschafterversammlung wäre bei einer mitbestimmten GmbH unwirksam.

#### **Tipp:**

Bei der mitbestimmten GmbH ist darüber hinaus die Besonderheit der §§ 31 Abs. 1 MitbestG, 84 Abs. 1 S. 1 AktG zu beachten: eine *Bestellung* kann *nur für die Dauer von fünf Jahren* erfolgen!

Anders stellt sich die Kompetenzfrage bei GmbHs mit 500 bis 2.000 Arbeitnehmern. Zwar ist auch hier ein Aufsichtsrat zu bilden, diesem fällt jedoch nicht zwingend die Bestellungskompetenz zu. Die Bestellungskompetenz verbleibt vielmehr – wie es dem oben erwähnten Grundsatz entspricht – bei der Gesellschafterversammlung (die die Bestellung jedoch – siehe oben – delegieren darf).

## 2.2.2 Gesetzliche Anforderungen an die Person des Geschäftsführers

Hat die GmbH einen bestimmten Kandidaten für das Amt des Geschäftsführers ins Auge gefasst, sollte stets geprüft werden, ob dieser Kandidat in seiner Person die gesetzlichen Anforderungen an einen Geschäftsführer erfüllt bzw. erfüllen kann.

### 2.2.2.1 Erfordernis des § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG

Geschäftsführer einer GmbH kann nur eine natürliche und voll geschäftsfähige Person sein. Dadurch wird klargestellt, dass nur ein Mensch und nicht eine juristische Person Geschäftsführer sein kann. Das Erfordernis der uneingeschränkten Geschäftsfähigkeit bewirkt, dass Minderjährige oder Geschäftsunfähige grundsätzlich keine Geschäftsführerposition ausfüllen dürfen. Diese Regelung ist zwingend und kann weder durch elterliche oder vormundschaftsgerichtliche Einwilligungen abbedungen werden.

### 2.2.2.2 Fehlen von Ausschlussgründen

Der gewünschte Geschäftsführerkandidat muss daneben noch weitere Kriterien erfüllen. Es muss insbesondere gewährleistet sein, dass kein Ausschlussgrund gegeben ist, der einer Bestellung entgegensteht: durch gesetzliche Vorschriften von der Geschäftsführertätigkeit ausgeschlossen sind z. B. Personen, die wegen Konkursstraftaten in Sinne der §§ 283- 283d StGB verurteilt wurden.

Darunter fallen im Einzelnen die Straftatbestände:

- des Bankrott
- der Schuldnerbegünstigung
- der Gläubigerbegünstigung
- der Verletzung der Buchführungspflicht.

Der Katalog der in §§ 283-283d StGB genannten Konkursstraftaten ist abschließend, was zur Folge hat, dass etwaige Verurteilungen wegen anderer (konkursnaher) Delikte einer Geschäftsführung nicht entgegenstehen.

Die Ausschlussstatbestände der Konkursstraftaten gelten für eine Dauer von fünf Jahren ab Rechtskraft des Urteils.

#### **Beispiel:**

A hat als Geschäftsführer der A-GmbH im Vorfeld des letzten Endes dennoch eingetretenen Konkurses Gelder veruntreut, um geschäftliche Verbindlichkeiten der A-GmbH erfüllen zu können. Wegen dieser Veruntreuung wurde er straf-

rechtlich verurteilt. Dennoch will er sofort nach Abschluss des Gerichtsverfahrens die B-GmbH gründen und als ihr Geschäftsführer fungieren. Dies ist rechtlich zulässig, da die *Veruntreuung keine Konkursstraftat* im Sinne der §§ 283-283d StGB ist und A somit wegen *keiner Straftat* verurteilt wurde, *die einer Geschäftsführertätigkeit entgegenstünde*.

Generell von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind Aufsichtsratsmitglieder einer mitbestimmten GmbH sowie Personen, denen gegenüber ein entsprechendes Berufs- oder Gewerbeverbot ausgesprochen wurde.

Kein Ausschlussgrund ist das Fehlen der deutschen Staatsbürgerschaft, d. h. grundsätzlich können auch Ausländer als Geschäftsführer einer inländischen GmbH bestellt werden. Hier ist jedoch zu beachten, dass der gewünschte Kandidat rein faktisch in der Lage sein muss, seine mit der Geschäftsführerbestellung verbundenen Amtspflichten auszuüben. Daher wird überwiegend verlangt, dass der potenzielle Geschäftsführer im Besitz einer Einreise- und Aufenthaltserlaubnis ist.

**Tipp:**

Während sich bei EU-Mitgliedern hier in der Regel keine Schwierigkeiten ergeben, sollte sich eine Gesellschaft bei Nicht-EU-Mitgliedern bei den für sie zuständigen Behörden erkundigen, ob der gewünschte Kandidat mit der Erteilung einer Einreise- und Aufenthaltserlaubnis rechnen kann. Fehlt diese, so steht zu befürchten, dass eine Geschäftsführertätigkeit aus faktischen Gesichtspunkten unmöglich wird.

### 2.2.2.3 Satzungsrechtliche Anforderungen

Die Gesellschafter können in der *Satzung* der Gesellschaft *besondere Anforderungen* für ihre Organmitglieder aufstellen. Zu denken ist hier an besondere persönliche oder sachliche Eignungsvoraussetzungen, die in besonderen Qualifikationen oder Erfahrungen liegen können.

**Tipp:**

Um sicher zu gehen, empfiehlt es sich daher, immer auch die Satzung zur Prüfung der Wirksamkeit der Bestellung hinzuzuziehen.

### 2.2.3 Rechtsfolgen einer fehlerhaften Bestellung

Unterlaufen bei der Bestellung gravierende Fehler (z. B. Bestellung durch die unzuständige Stelle oder durch fehlerhaften Beschluss), so stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen eine solche unwirksame Bestellung haben kann.

Aus dem bereits erwähnten Grundsatz, dass die organschaftliche Bestellung und die Anstellung zwei rechtlich selbständige Rechtsverhältnisse sind, folgt zunächst, dass die Unwirksamkeit des einen nicht zwangsläufig die Unwirksamkeit des anderen bewirkt. Um die Unwirksamkeit der Bestellung verbindlich feststellen zu lassen, kann eine Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage erhoben werden.

*Bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Unwirksamkeit zweifelsfrei feststeht, ist zu überlegen, welche Folgen die fehlerhafte Bestellung für Dritte und ggf. auch für den Geschäftsführer selbst haben kann.*

Übernimmt ein unwirksam bestellter Geschäftsführer ungehindert die tatsächliche Geschäftsführung, so spricht der äußere Anschein dafür, dass er dies mit Wissen und Ermächtigung der von ihm vertretenen Gesellschaft tut. Daher dürfen außenstehende Dritte in der Regel darauf vertrauen, dass die mit dem Geschäftsführer geschlossenen Rechtsgeschäfte wirksam sind. Die Gesellschaft muss sich in diesen Fällen die Tätigkeit des Geschäftsführers zurechnen lassen und kann sich nicht auf die nichtige Bestellung berufen (sog. Rechtsscheinhaftung). Dies gilt insbesondere für den Fall, dass der unwirksam bestellte Geschäftsführer ins Handelsregister eingetragen wurde und eine der Eintragung entsprechende Bekanntmachung erfolgte. In einer solchen Konstellation ist der nach außen gesetzte Rechtsschein so bedeutsam, dass sich Dritte umfassend darauf berufen können.

Der für die Gesellschaft tätige, unwirksam bestellte Geschäftsführer wird dagegen durch die im Rahmen von faktischen Arbeitsverhältnissen entwickelten Grundsätze geschützt. Die Gesellschaft, die seine Dienste annimmt, schuldet ihm für die Zeit der tatsächlichen Leistungserbringung eine entsprechende Vergütung. Darüber hinaus muss sie – wie vorstehend schon erwähnt – aus Gesichtspunkten der Anscheinshaftung die vom Geschäftsführer getätigten Rechtsgeschäfte gegen sich wirken lassen, was den Geschäftsführer vor etwaigen Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung schützt.

Beseitigt die Gesellschaft den Rechtsschein der wirksamen Bestellung, so endet der Vertrauensschutz Dritter.

## 2.3 Das Anstellungsverhältnis

Das Anstellungsverhältnis individualisiert die Rechtsbeziehungen zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft, da beide Seiten hier ihre konkreten Vorstellungen einbringen und vertraglich absichern können. Diese Individualisierbarkeit zeigt nochmals deutlich den Unterschied zwischen Organstellung und Anstellungsverhältnis: die *Organstellung* ergibt sich mit ihren Rechten und Pflichten als Rechtsfolge eines körperschaftlichen Aktes *kraft Gesetz*, ohne dass persönliche Vorstellungen Berücksichtigung finden. Diese bleiben vielmehr dem Anstellungsverhältnis vorbehalten.

---

Man darf wohl sagen, dass im Bereich des *Anstellungsverhältnisses* die für beide Parteien wichtigsten Weichen gestellt werden können, so dass beide Seiten gut auf die Vertragsverhandlungen vorbereitet sein sollten. Im Folgenden sollen die *wesentlichen zu bedenkenden Punkte* angesprochen werden.

## 2.3.1 Rechtsnatur des Anstellungsvertrages und Auswirkungen auf den Status des Geschäftsführers

### 2.3.1.1 Der Geschäftsführer – ein Arbeitnehmer?

Betrachtet man die Art der von einem Geschäftsführer zu erbringenden Tätigkeit, so stellt er seine Dienste der Gesellschaft zur Verfügung, wofür er regelmäßig ein Entgelt erhält. Nach überwiegender Ansicht wird der Anstellungsvertrag daher als entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstleistungscharakter im Sinne der §§ 675 in Verbindung mit 611 ff BGB angesehen. Dies hat zur Folge, dass der Geschäftsführer *kein Arbeitnehmer* ist und somit auch nicht in den Genuss der für die Arbeitnehmer geltenden Schutzvorschriften (Kündigungsschutz, Urlaub nach dem Bundesurlaubsgesetz, Verfahren vor den Arbeitsgerichten usw.) kommen kann. Diese in der Vergangenheit fast unbestrittene Qualifizierung des Anstellungsverhältnisses hat in letzter Zeit eine verstärkte Kritik erfahren.

Ausgehend von der Frage, ob es sich aus Gesichtspunkten der sozialen Schutzbedürftigkeit des Geschäftsführers bei dem Anstellungsvertrag nicht doch eher um die Begründung eines Arbeitsverhältnisses handelt, mehren sich die Stimmen, die die Arbeitnehmereigenschaft des Geschäftsführers nicht per se ausschließen wollen. Bei ihrer Argumentation verweisen die Vertreter dieser Ansicht darauf, dass es verschiedene Arten von Geschäftsführern gebe, die rechtlich nicht gleich behandelt werden könnten. So werden grundsätzlich Fremd- bzw. Gesellschafter-Geschäftsführer unterschieden.

Fremdgeschäftsführer sind Geschäftsführer, die keine Anteile an der Gesellschaft halten, Gesellschafter-Geschäftsführer zeichnen sich dagegen dadurch aus, dass sie am Kapital der Gesellschaft beteiligt sind und auf diesem Wege Einfluss auf die geschäftliche Ausrichtung der GmbH nehmen können. Entsprechend der Höhe der Beteiligung unterscheidet man beherrschenden den Gesellschafter-Geschäftsführer und Gesellschafter-Geschäftsführer mit Minderheitsbeteiligung. Letztere werden dem Fremdgeschäftsführer gleichgestellt, sofern sie keinen maßgeblichen Einfluss nehmen können.

#### **Beispiel a):**

Die Gesellschafterversammlung bestellt den Gesellschafter A zu ihrem Geschäftsführer. A hält 51 Prozent Anteile, so dass ohne seine Zustimmung keine

Entscheidung durchsetzbar ist. Er leitet die GmbH weitgehend eigenverantwortlich und unbeschränkt durch Weisungen der Gesellschafter.

**Beispiel b):**

Das Familienunternehmen A-GmbH stellt B als Geschäftsführer ein. B hatte zuvor bei einer anderen Firma als Geschäftsführer gearbeitet. B hält keine Anteile an der A-GmbH. Die Gesellschaftsanteile befinden sich ausschließlich in Familienbesitz und die Gesellschafter fühlen sich, auch nach Bestellung des B, für viele Sachfragen persönlich verantwortlich. Infolgedessen wird die Tätigkeit des B durch zahlreiche Weisungen mittels Gesellschafterbeschlüsse gelenkt und beeinflusst.

Geht man von der klassischen *Definition der Arbeitnehmereigenschaft* aus, wonach *Arbeitnehmer* jemand ist, der aufgrund eines *privatrechtlichen Vertrages* im Dienste eines anderen zu *unselbständiger Arbeit* verpflichtet ist, so bestehen im Hinblick auf Beispiel a) wohl keine Bedenken, A die Arbeitnehmereigenschaft abzusprechen. Er ist vielmehr das klassische Beispiel eines selbständig Tätigen, der frei in der Entscheidung ist, wie und wann er seine Leistungen erbringen will. Anders stellt sich der Sachverhalt für den in Beispiel b) benannten Fremdgeschäftsführer B dar. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Entscheidung vom 26.05.1999 – 5 AZR 664/98) könnte das Dienstverhältnis des B auch ein Arbeitsverhältnis sein (mit der Folge, dass B Arbeitnehmer der A-GmbH wäre), sofern er – so das BAG – „*arbeitsbegleitende oder verfahrensorientierte Weisungen*“ erhalte. Durch diese Entscheidung hat das BAG für den *Anstellungsvertrag erstmals auf Kriterien zurückgegriffen, die bislang nur für die Prüfung freier Mitarbeiterverhältnisse herangezogen wurden.*

### 2.3.1.2 Stellungnahme

Gegen die Ansicht, der Geschäftsführervertrag sei ein Arbeitsvertrag, sprechen gewichtige Argumente: so ist zum einen die Weisungsabhängigkeit des Geschäftsführers von den Beschlüssen der Gesellschafterversammlung Ergebnis der gesetzlich vorgeschriebenen gesellschaftsrechtlichen Kompetenzverteilung. Dies unterscheidet sie vom einseitigen allgemeinen Direktionsrecht des Arbeitgebers.

Zum anderen übt der Geschäftsführer aufgrund der ihm übertragenen Organstellung die Arbeitgeberfunktion für die Gesellschaft gegenüber den bei ihr tätigen Arbeitnehmern aus. Er *repräsentiert* in diesem Falle *die Gesellschaft* und übt als *deren Vertreter* die *oberste Leitungsmacht* aus. Es erscheint daher sachgerechter, ihm die Arbeitnehmereigenschaft abzusprechen und seinen Anstellungsvertrag auch weiterhin grundsätzlich als freies Dienstverhältnis mit Geschäftsbesorgungscharakter zu qualifizieren.

Dem steht die vom BAG angestrebte Berücksichtigung sozialer Schutzbedürftigkeit nicht entgegen, denn auch die hier vertretene herrschende Meinung schließt nicht aus, dass unabhängig von der Einordnung als Arbeitsvertrag oder Dienstvertrag im Einzelfall Arbeitnehmerschutzvorschriften entsprechend angewendet werden können. Allerdings

findet diese entsprechende Anwendung von arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften dort ihre Grenze, wo gesetzliche Regelungen eine abschließende abweichende Wertung enthalten. So finden sich in einigen Gesetzen Vorschriften, die einzig auf die formelle organschaftliche Stellung des Geschäftsführers abstellen und ihn aus diesem Grund aus dem Anwendungsbereich der Arbeitnehmerschutzgesetze ausklammern. Materielle Gesichtspunkte, wie die tatsächliche Ausgestaltung des Dienstverhältnisses oder das soziale Schutzbedürfnis des Einzelnen müssen bei diesen ausdrücklichen Regelungen unberücksichtigt bleiben.

Die wichtigsten – allein auf die Organstellung des Geschäftsführers abstellenden – gesetzlichen Regelungen finden sich

- im Arbeitsgerichtsgesetz ( vgl. § 5 Abs. 1 S.3 ArbGG)
- im Arbeitszeitgesetz ( vgl. § 18 Abs. 1 Nr.1 ArbeitZG analog)
- im Betriebsverfassungsgesetz ( vgl. § 5 Abs.2 Nr.1 BetrVG)
- im Kündigungsschutzgesetz ( vgl. § 17 Abs. 5 KSchG).

Auf diese Gesetze kann sich ein Geschäftsführer folglich wegen seiner organschaftlichen Stellung nicht berufen.

*Ausnahme:*

Nur dann, wenn nicht das der Organbestellung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis, sondern eine weitere Rechtsbeziehung betroffen ist, entfällt insoweit die Sperrwirkung der vorstehend genannten Normen. Zur Frage, wann ein solcher Ausnahmefall gegeben sein kann, sei auf die in Gliederungspunkt 2.3.1.3 genannten Beispiele verwiesen.

**Tipp:**

Auch wenn aus gesetzessystematischen Gesichtspunkten hier die Arbeitnehmereigenschaft von Geschäftsführern verneint wurde, empfiehlt es sich, die abweichende BAG-Rechtsprechung nicht unberücksichtigt zu lassen. In der Praxis sollten (will man die Arbeitnehmereigenschaft des als Geschäftsführer gewünschten Kandidaten unstreitig ausschließen) die Vertragsbestimmungen so formuliert werden, dass der Geschäftsführer im wesentlichen frei und eigenverantwortlich tätig werden soll. Hierbei ist aber auch zu beachten, dass die vertraglichen Regelungen nicht in Widerspruch zur tatsächlichen Vertragsabwicklung stehen dürfen, d. h. auch die praktische Umsetzung sollte keinen Zweifel an der Eigenverantwortlichkeit und damit der freien Tätigkeit aufkommen lassen.

### 2.3.1.3 Ausnahmefälle

Auch wenn man davon ausgehen kann, dass ein Geschäftsführer grundsätzlich nicht Arbeitnehmer ist, gibt es ausnahmsweise Konstellationen, bei denen ein Geschäftsführer (auch) auf Grundlage eines Arbeitsvertrages tätig wird. In diesen Ausnahmefällen be-

steht uneingeschränkte Einigkeit, dass der Geschäftsführer hier auch Arbeitnehmer ist. Als Ausnahmefälle kommen in Betracht:

### *Fälle der Drittanstellung*

In Konstellationen, in denen nicht die GmbH Vertragspartner des Geschäftsführers wird, sondern ein Dritter, kann es vorkommen, dass der Geschäftsführer mit diesem Dritten in einem Arbeitsverhältnis steht. Dieses Arbeitsverhältnis wird dann durch die Ausübung seiner Geschäftsführertätigkeit erfüllt. Hauptanwendungsbereich der Drittanstellungsfälle sind Beschäftigungsverhältnisse in einer GmbH & Co. KG bzw. Konzernsachverhalte.

#### **Beispiel a):**

A ist Arbeitnehmer einer Kommanditgesellschaft (K). In der Komplementär-GmbH wird ein Geschäftsführer gesucht. Die Gesellschafterversammlung bestellt A, der daraufhin die Geschäftsführertätigkeit aufnimmt.

Ob A in einem solchen Fall ausnahmsweise aufgrund eines Arbeitsvertrages tätig wird, bedarf stets einer genauen Einzelfallbetrachtung. Auszugehen ist in jedem Fall davon, dass A zunächst mit der KG in einem Arbeitsverhältnis stand. Sofern die weitere Entwicklung keine Änderung dieser vertraglichen Beziehungen bewirkt, kann ausnahmsweise die Tätigkeit des A als Erfüllung seines ursprünglichen Arbeitsvertrages bei K sein. Davon ist insbesondere auszugehen, sofern mit der Komplementär-GmbH keine eigenen Vertragsbeziehungen bestehen, die insbesondere den Ursprungsvertrag abändern bzw. sofern dieser schon vorsieht, dass A bei der GmbH tätig werden soll.

#### **Tipp:**

Es gibt Stimmen, die für GmbH & Co. KG-Sachverhalte eine Ausnahmeregelung wie die vorstehend skizzierte aus folgendem Grund ablehnen: die GmbH & Co. KG stelle eine wirtschaftliche Einheit dar, so dass der Geschäftsführer eine einheitliche Organstellung ausfülle. Um hier unnötigen Ärger zu vermeiden, sollten bei GmbH & Co. KG-Sachverhalten eindeutige Vereinbarungen getroffen werden, die dem gewünschten – wie eingangs erwähnt – Rechtsstatus des Geschäftsführers entsprechen.

Bedeutsame Drittanstellungsverhältnisse sind auch die sogenannten Konzernsachverhalte. Bei Konzernen ist stets zu prüfen, ob der Geschäftsführer neben dem Organverhältnis aufgrund eines Arbeitsvertrages mit einer anderen Konzerngesellschaft tätig wird. Es entspricht gängiger Praxis, dass Konzerne ihre Arbeitnehmer in Geschäftsführerämter bei ihren Tochtergesellschaften berufen. Die Arbeitnehmereigenschaft bei der Konzernmuttergesellschaft bleibt davon unberührt, so dass – das Fehlen entgegenstehender vertraglicher Vereinbarungen vorausgesetzt – der Arbeitsvertrag mit der Muttergesellschaft gleichzeitig Anstellungsvertrag mit der Tochter-GmbH sein kann. Wird der ursprüngliche Vertrag unverändert fortgesetzt, so ist im Zweifel davon auszugehen, dass die Geschäftsführertätigkeit aufgrund des Arbeitsvertrages mit der Muttergesellschaft erfolgt.

**Dazu Beispiel b):**

A ist Arbeitnehmer der Muttergesellschaft (M) und wird zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft (T) bestellt, ohne dass sein bisheriger Arbeitsvertrag abgeändert wird. A wird für M und für T tätig. Hier erfolgt die Geschäftsführertätigkeit ausnahmsweise aufgrund des Arbeitsvertrages mit M mit der Konsequenz, dass hier grundsätzlich das Arbeitsrecht zur Anwendung gelangt.

**Beispiel c):**

A wird zum Geschäftsführer der T berufen. A schließt mit der T selbst einen Anstellungsvertrag und wird im Folgenden auch nur noch für sie eigenverantwortlich tätig. Rechtsfolge: hier ist Rechtsgrundlage für die Tätigkeit des A sein mit T geschlossener Anstellungsvertrag. Sofern er eigenverantwortlich tätig werden kann, wird er nicht aufgrund eines Arbeitsverhältnisses tätig, so dass das Arbeitsrecht in dieser Konstellation keine Anwendung findet.

**Tipp:**

Aus Sicht der Gesellschaft zeigt sich daher, dass in Fällen mit Drittbezug stets eindeutige Regelungen zu treffen sind, um das im Zweifel günstigere Arbeitsrecht eindeutig ausschließen zu können.

Aus Sicht des Geschäftsführers ist jedoch zu empfehlen, diese Punkte nur dann anzusprechen, sofern die Gesellschaft auf eine Regelung besteht.

*Sonderfall „Ruhendes Arbeitsverhältnis“*

Hat vor der Geschäftsführerbestellung zwischen dem jetzigen Geschäftsführer der Gesellschaft ein Arbeitsverhältnis bestanden, so kann fraglich sein, welches rechtliche Schicksal diesem Arbeitsverhältnis nach Abschluss der Geschäftsführerbestellung zukommt. Das BAG hat in älteren Entscheidungen angenommen, dass im Zweifel das bisherige Arbeitsverhältnis nur ruhe (= suspendiert wird) und das neue Dienstverhältnis neben diese ruhende ursprüngliche Rechtsbeziehung trete (vgl. BAG vom 13.03.1987 AP ArbGG 79 § 5 Nr. 6). Begründet wurde dies unter anderem damit, dass der bisherige Arbeitnehmer im Zweifel auf den Bestandsschutz seines Arbeitsverhältnis vertrauen dürfe. Ein solches schutzwürdiges Vertrauen wurde nur abgesprochen, wenn die Parteien eine eindeutige vertragliche Beendigungsregelung getroffen hatten bzw. sofern die Umstände des Einzelfalles eine einvernehmliche Beendigung durch konkludentes Handeln nahe legten.

Hauptkriterium für die Annahme einer konkludenten Beendigung war stets die Vereinbarung einer wesentlich höheren Vergütung für die Geschäftsführertätigkeit. Hier wurde die höhere Vergütung als Gegenleistung für den einseitigen Verzicht auf den Bestandsschutz des alten Arbeitsverhältnisses gewertet. Dies hatte zur Folge, dass bei Beendigung der Geschäftsführeranstellung unter den genannten Voraussetzungen das alte Arbeitsverhältnis wieder aufleben konnte. Diese Rechtsprechung wurde immer wieder als

nicht überzeugend kritisiert. Das BAG hat in seiner neueren Rechtsprechung auf diese Kritik reagiert und seine früheren Wertungen ausdrücklich aufgegeben.

Mit seiner Entscheidung vom 07.10.1993 (vgl. EzA ArbGG Nr. 5 § 5 Nr. 9) hat es eine Änderung seiner Rechtsprechung eingeleitet und erstmals entschieden, dass *im Zweifel von einer Beendigung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses auszugehen* sei. Diesen Ansatz hat es ausdrücklich in weiteren Folgeentscheidungen bestätigt (vgl. z. B. Entscheidung vom 25.04.2002, AZR 352/01 mit weiteren Nachweisen, Entscheidung vom 08.06.2000 AP ArbGG 79 § 5 Nr. 46), so dass nunmehr von folgendem Grundsatz auszugehen ist:

*Werden bei der Anstellung eines ehemaligen Arbeitnehmers als Geschäftsführer keine klaren vertraglichen Regelungen darüber getroffen, was mit dem Arbeitsverhältnis geschehen solle, so muss von der Vermutung ausgegangen werden, dass mit Abschluss des Geschäftsführervertrages grundsätzlich das Ende des Arbeitsverhältnisses einher geht.*

**Achtung:** Durch die Regelung des § 623 BGB (gilt seit dem 01.05.2000) kann die oben genannte Vermutungsregelung nur greifen, sofern der neu abgeschlossene Anstellungsvertrag schriftlich vorliegt. Nur in diesem Fall kann davon ausgegangen werden, dass die für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen zwingend vorgeschriebene Schriftform des § 623 BGB hinreichend gewahrt wurde.

Durch die neue Rechtsprechung hat das BAG die Fälle eines denkbaren ruhenden Arbeitsverhältnisses *gravierend eingeschränkt*. Dennoch kann jeder GmbH, die einem ehemaligen Arbeitnehmer als Geschäftsführer beschäftigen will, nur empfohlen werden, eindeutige, schriftliche Beendigungsvereinbarungen zu treffen. Dies kann entweder im Rahmen eines Aufhebungsvertrages oder im Rahmen des Anstellungsvertrages erfolgen und bedarf gemäß § 623 BGB unbedingt der Schriftform.

### 2.3.2 Form des Anstellungsvertrages

Grundsätzlich kann der Anstellungsvertrag formfrei geschlossen werden, d. h. es kommt schon ein Vertragsschluss durch schlüssiges Verhalten in Betracht, wenn der Geschäftsführer z. B. mit seiner Arbeit beginnt und entsprechend vergütet wird. In der Praxis dürfte jedoch der Abschluss eines schriftlichen Vertrages der Regelfall sein. Dies ist auch dringend zu raten. Denn zum einen benötigen sowohl der Geschäftsführer als auch die Gesellschaft Klarheit über die für sie geltenden Vertragsbedingungen. Zum anderen erleichtert eine schriftliche Fixierung des Anstellungsvertrages im Streitfall die Beweisführung. Dies ist gleichzeitig auch der wohl wichtigste Grund, warum der Anstellungsvertrag unbedingt schriftlich festgehalten werden sollte.