Eckardt, Mayer, van Zwoll

Der Geschäftsführer der GmbH

2., aktualisierte und
erweiterte Auflage

Kohlhammer

Kohlhammer

Bernd Eckardt, Volker Mayer, Christiane van Zwoll

Der Geschäftsführer der GmbH

2., aktualisierte und erweiterte Auflage

Verlag W. Kohlhammer

2., aktualisierte und erweiterte Auflage 2014

Alle Rechte vorbehalten

© W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Gesamtherstellung: W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Print:

ISBN 978-3-17-020696-0

E-Book-Formate:

pdf: ISBN 978-3-17-025263-9

epub: ISBN 978-3-17-025264-6

mobi: ISBN 978-3-17-025265-3

Für den Inhalt abgedruckter oder verlinkter Websites ist ausschließlich der jeweilige Betreiber verantwortlich. Die W. Kohlhammer GmbH hat keinen Einfluss auf die verknüpften Seiten und übernimmt hierfür keinerlei Haftung.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	13
A Einleitung	15
B Der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft	17
I Beginn der Organstellung	17
1 Die Bestellung im Überblick	17
2 Zuständigkeit und Verfahren	17
2.1 Bestellung durch Gesellschafterbeschluss	17
2.2 Bestellung im Gesellschaftsvertrag	18
2.3 Übertragung der Bestellungskompetenz im Gesellschaftsvertrag	18
2.4 Mitbestimmte GmbH	19
2.5 Zustimmung des Geschäftsführers	20
2.6 Formbedürftigkeit der Bestellung	20
2.7 Beststellungszeitpunkt und Dauer	21
2.8 Anzahl der Geschäftsführer	21
2.9 Handelsregistereintragung der Bestellung	21
3 Persönliche Bestimmungsvoraussetzungen	22
3.1 Allgemeines	22
3.2 Auslandswohnsitz	22
3.3 Kein Berufsverbot	23
3.4 Keine Insolvenzstraftaten	24
4 Umfang der gesetzlichen Vertretungsbefugnis	24
4.1 Grundsatz	24
4.2 Verbot des Selbstkontrahierens	25
4.3 Gesamtvertretung	26
4.4 Problemfälle der Passivvertretung	27
5 Stellvertretende Geschäftsführer	28
6 Bestellung eines Notgeschäftsführers	28
7 Muster	29
7.1 Beispiel für Gesellschaftsvertragsklausel über Geschäftsführerbestellung	29
7.2 Beispiel für Gesellschafterbeschluss über Geschäftsführerbestellung	30

7.3	Beispiel für eine Handelsregisteranmeldung der Geschäftsführerbestellung	30
II	Beendigung der Organstellung	30
1	Abberufung	31
1.1	Zuständigkeit	31
1.1.1	Mitbestimmungsfreie Gesellschaft	31
1.1.2	Mitbestimmte Gesellschaft	31
1.2	Verfahren	32
1.2.1	Abberufungsbeschluss	32
1.2.1.1	Erforderliche Mehrheit	32
1.2.1.2	Mitwirkung des betroffenen Gesellschafter- Geschäftsführers	32
1.2.1.3	Abberufung bei Sonderrecht auf die Geschäftsführung	33
1.2.1.4	Anhörung des Geschäftsführers	33
1.2.1.5	Form und Frist	33
1.2.1.6	Besonderheiten bei der sog. Einheitsgesellschaft	34
1.2.1.7	Besonderheiten nach einem Gesellschafterwechsel	34
1.2.2	Abberufungserklärung	34
1.3	Materielle Voraussetzungen	35
1.3.1	Grundsatz: Freie Abberufung ohne Frist	35
1.3.2	Beschränkungen der Abberufbarkeit	35
1.3.2.1	Mitbestimmte GmbH	36
1.3.2.2	Personalistische GmbH	36
1.3.2.3	Satzungsgemäße Beschränkung	37
1.3.2.4	Sonderrecht auf die Geschäftsführung	37
1.3.2.5	Beschränkung im Anstellungsvertrag?	37
1.3.2.6	Beschränkung bei Schwangerschaft und durch das AGG?	38
1.3.3	Der wichtige Grund	39
1.4	Rechtslage bei Streit über die Wirksamkeit der Abberufung	40
1.4.1	Nichtiger Abberufungsbeschluss	40
1.4.2	Anfechtbarer Abberufungsbeschluss	40
1.4.2.1	Fremdgeschäftsführer	41
1.4.2.2	Gesellschafter-Geschäftsführer	41
1.4.2.3	Gesellschafter-Geschäftsführer mit Sonderrecht	41
1.4.2.4	Paritätische Zweipersonen-GmbH	41
1.5	Vertretung der GmbH im Abberufungsprozess	42
2	Amtsniederlegung	42
2.1	Grundsatz	42
2.2	Verfahren	43
3	Sonstige Beendigungsgründe	44
3.1	Tod oder Wegfall einer persönlichen Bestimmungsvoraussetzung	44
3.2	Automatische Beendigung	44

3.3	Aufhebungsvertrag	45
3.4	Umwandlung oder Liquidation der Gesellschaft	45
4	Entlastung	46
5	Muster	47
5.1	Beispiel für einen Beschluss über die Abberufung des Geschäftsführers	47
5.2	Beispiel für einen Beschluss über die Entlastung des Geschäftsführers	48
5.3	Beispiel für eine Handelsregisteranmeldung nach Amtsniederlegung	48
III	Strohmann und sog. faktischer Geschäftsführer	48
1	Strohmann als Geschäftsführer	48
2	Faktischer Geschäftsführer	49
C	Anstellungsvertrag	50
I	Rechtliche Qualifizierung	50
II	Abschluss des Anstellungsvertrages	53
1	Zuständigkeit	53
2	Fragerecht und AGG	53
3	Form und Verfahren	54
4	Vertragsmuster als AGB?	54
III	Rechte und Pflichten	55
1	Allgemeines	55
2	Aufgaben des Geschäftsführers	56
2.1	Gesetzliche Pflichten	56
2.2	Umfang der Geschäftsführungsbefugnis	57
2.2.1	Erforderlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses	58
2.2.2	Gewöhnliche Geschäftsleitungsmaßnahmen	59
2.2.3	Ausdrückliche anstellungsvertragliche oder Satzungsregelungen	59
2.3	Aufgabenverteilung bei mehrköpfiger Geschäftsleitung	60
2.3.1	Auswirkungen auf die Vertretungsbefugnis	60
2.3.2	Auswirkungen auf die Geschäftsleitungsbefugnis	61
3	Vertragslaufzeit	62
4	Vergütung	63
4.1	Allgemeines	63
4.2	Bestandteile und ihre Höhe	64
4.3	Steuerliche Behandlung	66
4.4	Entgeltfortzahlung	67
4.5	Gehaltsanspruch und Insolvenz der Gesellschaft	68
4.6	Pfändungsschutz	69
4.7	Verjährung	69
5	Sozialversicherungspflicht	70

6	Urlaub	72
7	Dienstwagen und Dienstwohnung	72
8	Betriebliche Altersversorgung	74
9	Aufwendungsersatz	76
10	Verschwiegenheitspflicht und Wettbewerbsverbot	76
11	Erfindungen des Geschäftsführers	79
IV	Beendigung des Anstellungsvertrages	80
1	Allgemeines	80
2	Zuständigkeit	80
3	Verfahren	81
4	Ordentliche Kündigung	82
	4.1 Kündigungsfrist	82
	4.2 Im Besonderen: Arbeitsgerichtliche Zuständigkeit	82
	4.2.1 Annahme eines ruhenden Arbeitsverhältnisses	83
	4.2.2 Weiterbeschäftigung nach der Abberufung	84
	4.2.3 Vereinbarung der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit	85
	4.3 Anwendbarkeit des KSchG und besonderer Kündigungsschutz	85
5	Kündigung aus wichtigem Grund	86
	5.1 Der wichtige Grund	86
	5.2 Einhaltung der 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB	89
	5.3 Umdeutung einer unwirksamen fristlosen Kündigung	92
6	Kündigung in der Insolvenz der GmbH	92
7	Koppelung der Anstellung an den Bestellungsvertrag	93
8	Aufhebungsvertrag	94
9	Sonstiges	94
	9.1 Weiterbeschäftigungsanspruch nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen?	94
	9.2 Schicksal des Anstellungsvertrags bei Betriebsübergang und Umwandlung	95
	9.3 Zeugnisanpruch	96
	9.4 Herausgabe von Geschäftsunterlagen und Rechnungslegung	96
V	Besonderheiten in der GmbH & Co KG und im Konzern	96
1	In vertraglicher Hinsicht	96
2	In steuerlicher Hinsicht	98
VI	Vertragsmuster	98
1	Beispiel für einen Anstellungsvertrag eines Gesellschafter-Geschäftsführers	98
2	Beispiel für den Anstellungsvertrag eines Fremdgeschäftsführers	101
D	Haftung	106
I	Haftung im Gründungsstadium	106
1	Vorgründungsgesellschaft	106

1.1	Haftung des handelnden Gesellschafters einer Vorgründungsgesellschaft	106
1.2	Rechtsgeschäftliche Beschränkung der Haftung	108
1.3	Beispiel für eine Haftungsbeschränkungsvereinbarung	108
2	Vorgesellschaft	108
2.1	Rechtsnatur der Vor-GmbH	108
2.2	Haftungsverhältnisse bei der Vor-GmbH	109
2.2.1	Verlustdeckungshaftung	109
2.2.2	Ausnahme: Außenhaftung bei der (unechten) Vor-GmbH	109
2.2.3	Handelndenhaftung	110
2.2.4	Beschränkung der Handelndenhaftung	110
2.2.5	Beispiel für Haftungsbeschränkungsvereinbarung	111
2.3	(Handelnden-)Haftung bei Verwendung eines GmbH-Mantels bzw. einer Vorratsgesellschaft	111
2.4	Vorbelastungs- oder Unterbilanzhaftung	111
2.4.1	Umfang der Vorbelastungshaftung	112
2.4.2	Geltendmachung der Vorbelastungshaftung	112
2.4.3	Vorbelastungshaftung bei Verwendung von Mantelgesellschaften oder von Vorratsgesellschaften	113
II	Haftung gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung)	114
1	Gläubiger eines Haftungsanspruchs gem. § 43 Abs.1, 2 GmbHG	114
1.1	Die Gesellschaft als unmittelbar Anspruchsberechtigte	114
1.2	Mittelbar Anspruchsberechtigte	115
1.2.1	Einzelne Gesellschafter	115
1.2.2	Die KG in der GmbH & Co KG	116
1.2.3	Der Insolvenzverwalter	116
1.2.4	Die Gesellschaftsgläubiger	116
1.2.5	Versicherer der GmbH	117
2	Sorgfaltspflichtverletzung gemäß § 43 Abs.1 GmbHG	117
2.1	Business Judgement Rule (entsprechend § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) .	117
2.2	Verstoß gegen die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung	120
2.3	Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot	121
2.4	Verfrühter Insolvenzantrag	121
2.5	Untreue	122
2.6	Haftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG i.V.m. § 49 Abs. 3 GmbHG .	122
2.7	Beweislast	123
3	Haftung gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG	123
3.1	Verstoß gegen § 30 GmbHG	123
3.2	Existenzvernichtender Eingriff	125
3.3	Verstoß gegen § 64 GmbHG: Zahlungssperre und Zahlungen an Gesellschafter	125
4	Haftungserleichterungen und Verjährung	126
5	Entlastung des Geschäftsführers und Generalbereinigung	127

III	Im Besonderen: Haftung gegenüber der Gesellschaft wegen verspäteter Insolvenzantragstellung	128
1	Antragspflicht gemäß § 15a InsO	128
1.1	Zahlungsunfähigkeit	129
1.1.1	Erstellung eines stichtagsbezogenen Liquiditätsstatus	130
1.1.2	Aufstellung eines Finanz- oder Liquiditätsplans	134
1.2	Drohende Zahlungsunfähigkeit	135
1.3	Überschuldung	136
1.3.1	Fortführungsprognose	137
1.3.2	Überschuldungsstatus	138
1.3.3	Rechtslage seit dem 1.1.2014	138
2	Haftung gemäß § 64 Satz 1 GmbHG	138
IV	Haftung gegenüber den Gesellschaftern	141
1	Haftung nach verbotener Kapitalrückzahlung	141
2	Haftung wegen Vertragsverletzung	141
3	Haftung aus unerlaubter Handlung	142
V	Haftung gegenüber Dritten (Außenhaftung)	142
1	Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen	142
1.1	Wirtschaftliches Eigeninteresse	143
1.2	Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens	144
1.3	Im Besonderen: Zeichnung der Firma ohne Rechtsformzusatz.....	144
2	Haftung wegen Insolvenverschleppung	144
2.1	Insolvenzantragspflicht	145
2.2	Compliance	145
2.3	Verschulden.....	146
2.4	Schaden	147
2.4.1	Schaden des Altgläubigers	148
2.4.2	Neugläubiger.....	148
2.5	Verjährung	149
2.6	Beweislastverteilung	150
2.6.1	Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast	150
2.6.2	Sekundäre Behauptungslast	151
2.6.3	Beweiserleichterung nach § 287 ZPO.....	151
3	Haftung für Steuerschulden	152
3.1	Verletzung steuerlicher Pflichten	152
3.2	Grundsatz der anteiligen Tilgung	154
3.3	Lohnsteuer	154
4	Haftung wegen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen	155
4.1	Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen	156
4.2	Gegenstrategien zur Haftungsvermeidung	157
5	Haftung wegen sonstigen deliktischen Handelns	158
5.1	Verletzung absoluter Rechte Dritter	159
5.2	Haftung aus Organisationsverschulden	159
5.3	Verletzung von Schutzgesetzen	160

5.3.1	Betrug (§ 263 StGB), insbesondere Eingehungsbetrug	160
5.3.2	Subventionsbetrug (§ 264 StGB)	161
5.3.3	Untreue (§ 266 StGB)	161
5.3.4	Weitere Strafgesetze	162
5.3.5	Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG)	162
5.3.6	Verletzung der Buchführungspflicht (§ 41 GmbHG)	163
5.3.7	Pflichtverletzung bei Kapitalherabsetzung (§ 58 GmbHG)	164
5.3.8	Pflichtverletzung als Liquidator (§ 73 GmbHG)	164
5.3.9	Verstoß gegen das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen	164
5.4	Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung	165
6	Wettbewerbsrechtliche Störerhaftung	168
VI	Stadien einer Unternehmenskrise – Betriebswirtschaftliche, insolvenzrechtliche und strafrechtliche Krisenbegriffe	169
VII	Sanierungsmöglichkeiten für die GmbH	171
1	Allgemeines	171
2	Rangrücktritt	171
3	Forderungsverzicht	173
4	Schuldumwandlung	174
5	Stundungsvereinbarung	175
6	Neukredite	175
7	Kapitalmaßnahmen	176
8	Insolvenzplan	176
9	Eigenverwaltung	177
10	Schutzschirmverfahren	177
E	Strafrechtliche Risiken	179
I	Allgemeines	179
II	Strafbarkeit bei Kapitalaufbringung und -erhaltung	179
1	Gründungsschwindel (§ 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG)	179
2	Kapitalerhöhungsschwindel (§ 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG)	179
3	Kapitalherabsetzungsschwindel (§ 82 Abs. 2 Nr. 1 GmbHG)	180
4	Untreue (§ 266 StGB)	180
III	Strafbarkeit in der Krise	181
1	Betrug, Subventionsbetrug, Untreue und Vorenthalten von Sozialversicherungsabgaben	181
2	Kreditbetrug (§ 265b StGB)	181
3	Unterlassene Verlustanzeige (§ 84 Abs. 1 GmbHG)	181
4	Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4, 5 InsO)	182
5	Falsche Versicherung an Eides Statt (§ 156 StGB)	183
6	Die eigentlichen sog. »Insolvenzstraftaten« (§§ 283 ff. StGB)	183

6.1	Bankrott (§ 283 StGB)	184
6.2	Verletzung der Buchführungspflicht (§ 283 b StGB)	187
6.3	Gläubigerbegünstigung (§ 283 c StGB)	187
6.4	Schuldnerbegünstigung (§ 283d StGB)	187
7	Steuerstraftaten	188
IV	Strafbarkeit im laufenden Geschäft	188
1	Nochmals: Verletzung der Buchführungspflicht	188
2	Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB)	189
3	Geheimhaltungsverstoß (§ 85 GmbHG)	189
4	Körperschäden durch fehlende Produktsicherheit	190
5	Umweltdelikte (§§ 324 ff. StGB)	191
6	Weitere sondergesetzliche Strafvorschriften im Überblick	191
V	Begehung von Ordnungswidrigkeiten	192
VI	Verhaltenshinweise für den beschuldigten Geschäftsführer	192
F	Versicherbarkeit der Risiken	195
I	Rechtsschutz bei Anstellungsvertragsstreitigkeiten	195
II	Das zivilrechtliche Haftungsrisiko	196
1	Allgemeines	196
2	Deckungsumfang der D&O-Versicherung	197
3	Weitere Einzelheiten	198
3.1	Steuerliche Behandlung	198
3.2	Rückwärtsversicherung, Nachhaftung	199
3.3	Obliegenheitsverletzungen	200
4	Anbieter von D&O-Versicherungen	200
4.1	Marktübersicht	200
4.2	Checkliste zum Versicherungsumfang	201
4.3	Muster eines D&O-Fragebogens	202
III	Rechtsschutz bei strafrechtlicher Verfolgung	205
G	Zusammenfassende Empfehlungen	206
	Stichwortverzeichnis	207

Vorwort

Diese Neuauflage wurde erforderlich durch zahlreiche gesetzgeberische und richterrechtliche Entwicklungen in den letzten zehn Jahren.

Zu nennen sind insbesondere das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) vom 10. November 2006, das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG) vom 25. Mai 2009 und das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011.

Die Rechtsprechung hat z.B. anknüpfend an die Neufassung des §64 GmbHG eine Hinwendung zu einer stärker objektiv geprägten Verursachungshaftung vollzogen, die anstelle der früheren, weit mehr an Bilanzkennzahlen orientierten Haftung für formal inkriminierte Handlungen getreten ist. In diese Richtung weist auch das Urteil des BGH vom 14.05.2012, Az. II ZR 130/10 zur fehlenden Garantienpflicht eines Geschäftsführers aus der bloßen Organstellung (Aufgabe der sogenannten »Baustoff-Rechtsprechung«), das letztlich die besondere Organisations- und Informationspflicht des Geschäftsführers betont. Aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht hat sich aus der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes, so dem Danosa-Urteil vom 11.11.2010, Az. C-232/09, erheblicher Klärungsbedarf zur Stellung des angestellten Geschäftsführers und der Einordnung seines Dienstverhältnisses ergeben. In strafrechtlicher Hinsicht haben sich für die Rechtstellung des Geschäftsführers relevante Änderungen durch die Aufgabe der sog. Interessentheorie bei den Bankrottdelikten ergeben.

Insgesamt ist damit eine weitere erhebliche Ausweitung des zivil- und strafrechtlichen Haftungsrisikos für Geschäftsführer zu diagnostizieren. Nach wie vor und um so mehr gilt die Feststellung aus dem Vorwort der Voraufgabe: »Der juristische Laie, dem die Übertragung dieses Amtes angetragen wird, macht sich kaum eine Vorstellung vom Umfang der Pflichten und Risiken, die hiermit verbunden sind und ihn persönlich treffen können. Dies reicht bis hin zu drohenden Kriminalstrafen. Es geht daher nicht umsonst als geflügeltes Wort unter Eingeweihten um, dass man als Geschäftsführer der GmbH ›immer mit einem Bein im Gefängnis steht‹.«

Die Autoren haben es sich zur Aufgabe gemacht, dem Geschäftsführer bei dieser Gratwanderung eine praktisch brauchbare Unterstützung zu bieten. Zu einem bedeutenden Mehrwert der Neuauflage führt, dass es gelungen ist, einen ausgewiesenen Insolvenzrechtsspezialisten in den Autorenkreis aufzunehmen. Volker Mayer war vor seiner Berufung an die Fakultät für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften der Fachhochschule

Köln als Fachanwalt für Insolvenzrecht tätig und leitet heute u. a. den auf die WP-Prüfung vorbereitenden Masterstudiengang.

Auf eine umfassende Wiedergabe der rechtswissenschaftlichen Diskussion wird, wie in der Voraufgabe, bewusst verzichtet. Im Mittelpunkt steht der Praktiker in der operativen Unternehmensführung, dem mit der Beschränkung auf die Darstellung der aktuellen höchst- und obergerichtlichen Belegstellen mehr gedient ist.

Das Werk richtet sich neben den amtierenden Geschäftsführern an die Studierenden des Wirtschaftsrechts in BWL- und Jurastudiengängen an Universitäten und Fachhochschulen. Zum einen gehört das Gesellschaftsrecht zum Pflichtstoff; zum anderen sind viele von ihnen die »Geschäftsführer von morgen«.

Wie in der Voraufgabe wird der praktische Nutzwert durch viele Tipps und Muster-texte optimiert. Auf den Abdruck der aktuellen Gesetze konnte dagegen zugunsten einer Ausweitung des Erläuterungsteils verzichtet werden. Anders als noch vor zehn Jahren sind heute sämtliche Gesetze elektronisch verfügbar (z. B. www.gesetze-im-internet.de).

Zum Schluss ist es den Autoren noch ein besonderes Anliegen zu betonen, dass das Werk sich selbstverständlich auch an (die erfreulicher Weise zunehmende Zahl von) Geschäftsführerinnen wendet. »Geschäftsführer« wird dem gemäß stets im Sinne eines geschlechtsneutralen Oberbegriffs verwendet.

Anregungen und Kritik sind weiterhin ausdrücklich erwünscht.

Köln/ Gummersbach, im Januar 2014

Bernd Eckardt, Volker Mayer,
Christiane van Zwoll

A Einleitung

Das Rechtsverhältnis des Geschäftsführers zur GmbH bzw. zur UG (haftungsbeschränkt) beschränkt sich regelmäßig nicht auf seine Installierung als Organ der Gesellschaft. Meist wird auch ein sog. Anstellungsvertrag abgeschlossen, der seine persönliche Rechtstellung regelt. Denn die Bestellung als Geschäftsführer beinhaltet nicht die Festlegung eines bestimmten Gehalts oder z. B. des Urlaubsanspruchs. Dies wird in dem von der bloßen Bestellung zu trennenden Anstellungsvertrag vereinbart. Die Notwendigkeit hierfür liegt auf der Hand für den Geschäftsführer, der nicht zugleich auch Gesellschafter ist (sog. Fremdgeschäftsführer). Dagegen könnte man bei dem sog. Gesellschafter-Geschäftsführer annehmen, dass die seine persönliche Stellung berührenden Fragen im Rahmen des Mitgliedschaftsverhältnisses geregelt werden. Auch insoweit wird jedoch – vor allem aus steuerlichen Erwägungen – meist ein Anstellungsvertrag abgeschlossen.

Wichtig ist, Organstellung und Anstellung im Ansatz strikt zu trennen. Die Voraussetzungen und Grenzen sind unterschiedlich. Nach § 38 Abs. 1 GmbHG ist z. B. die Bestellung zum Geschäftsführer zu jeder Zeit widerruflich (► **Kap. B Punkt II 1**), »unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen«. Dies bedeutet, dass die Beendigung von Organstellung und Anstellung durchaus unterschiedlich zu sehen sein kann. Man nennt dies auch Trennungsprinzip. Es entspricht allgemeiner Auffassung und dient letztlich – wie der sachenrechtliche Abstraktionsgrundsatz – der Rechtsklarheit. Die Feststellung, ob jemand wirksam als Geschäftsführer bestellt oder abberufen ist, soll unabhängig von möglichen Schutzerwägungen sein, die sich aus den sonstigen Absprachen zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer möglicherweise ergeben.

Wichtig: Begründung und Beendigung von Organstellung und Anstellung sind unabhängig voneinander und selbstständig zu prüfen.

Aus diesem Grund wird auch hier darstellerisch strikt zwischen der Behandlung der Organstellung (► **Kap. B**) und des Anstellungsvertrages (► **Kap. C**) getrennt. Die jeweils praxisrelevanten Fragestellungen werden ausführlich behandelt. Formulierungsvorschläge und Muster erleichtern dem Praktiker die Umsetzung.

Einen weiteren Schwerpunkt muss – der tatsächlichen Bedeutung entsprechend – die Darstellung der den Geschäftsführer treffenden Haftungsgefahren bilden. Zum einen drohen ihm persönlich aus zahlreichen Gründen zivilrechtliche Schadensersatzverpflichtungen (► **Kap. D**). Hiermit nicht genug läuft er auch schnell Gefahr, sich einer

strafrechtlichen Verfolgung auszusetzen (► **Kap. E**). Vor diesem Hintergrund erfreuen sich – gewiss nicht zu Unrecht – alle Möglichkeiten, diese Risiken durch Abschluss von Versicherungen zu beschränken, großen Interesses (► **Kap. F**).

B Der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft

I Beginn der Organstellung

1 Die Bestellung im Überblick

Die Organstellung des GmbH-Geschäftsführers wird begründet durch die Bestellung. Es ist der gesellschaftsrechtliche Akt, durch den eine natürliche Person als Vertretungsorgan der GmbH installiert wird. Auf die wirksame Bestellung ist größtes Augenmerk zu legen, da erst mit der Bestellung zumindest eines Geschäftsführers die GmbH handlungsfähig wird.

Hinweis: Die Bestellung des ersten Geschäftsführers muss schon vor der Anmeldung der GmbH zum Handelsregister erfolgen, da es seine Aufgabe in dieser Phase ist, die Einlagen der Gesellschafter einzuziehen und bei der Anmeldung die entsprechenden Versicherungen gegenüber dem Registergericht abzugeben.

Die Bestellung des Geschäftsführers obliegt grundsätzlich den Gesellschaftern und erfolgt durch Beschluss der Gesellschafterversammlung. Möglich ist es aber auch, die Bestellung unmittelbar im Gesellschaftsvertrag vorzunehmen oder auf andere Organe oder Personen zu übertragen. In dringenden Fällen kann es zu der Bestellung eines Notgeschäftsführers durch das Gericht kommen.

Wichtig ist in jedem Fall, dass die Wirksamkeit der Bestellung nicht von der Existenz eines Anstellungsvertrags abhängt. Dies ist selbstverständliche Konsequenz des oben in Kapitel A erwähnten Trennungsprinzips.

Die Bestellung ist schließlich eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache. Geschäftspartner der GmbH müssen auf einfachem Wege überprüfen können, wie die Vertretungsverhältnisse bei der Gesellschaft liegen. Dementsprechend gilt Gleiches auch für die Beendigung der Bestellung (► **Kap. B Punkt II**).

2 Zuständigkeit und Verfahren

2.1 Bestellung durch Gesellschafterbeschluss

Die Bestellung des Geschäftsführers ist nach dem Gesetz grundsätzlich Sache der Gesellschafter. Sieht der Gesellschaftsvertrag keine andere Regelung vor, so erfolgt sie durch einen entsprechenden Beschluss der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG).

Hierbei genügt die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 47 Abs. 1 GmbHG), es sei denn, der Gesellschaftsvertrag verlangt eine qualifizierte Mehrheit.

Soll ein Gesellschafter zum Geschäftsführer bestellt werden, stellt sich die Frage, ob er als Gesellschafter Stimmrecht besitzt, also sich selbst wählen kann. Die Frage ist zu bejahen. Weder liegt ein ausdrückliches Stimmverbot im Sinne des § 47 Abs. 4 GmbHG vor, noch ergibt sich ein solches aus übergeordneten Erwägungen.

2.2 Bestellung im Gesellschaftsvertrag

Möglich ist die Bestellung des Geschäftsführers auch bereits unmittelbar im Gesellschaftsvertrag (§ 6 Abs. 3 S. 2 GmbHG). Da der Gesellschaftsvertrag von sämtlichen Gesellschaftern zu unterzeichnen ist (§ 2 Abs. 1 S. 2 GmbHG), bedeutet dies, dass Einstimmigkeit erforderlich ist. Wird diese Bestellungsform gewählt, handelt es sich bei dem Geschäftsführer in aller Regel um einen Gesellschafter.

Damit stellt sich zugleich die Frage, ob in seiner Bestellung zum Geschäftsführer die Einräumung eines satzungsgemäßen Sonderrechts auf die Geschäftsführung liegt, das ihm nicht gegen seinen Willen entzogen werden kann. Dies ist zwar möglich (vgl. § 35 BGB), müsste aber eindeutig dem Gesellschaftsvertrag zu entnehmen sein. Wie sich aus § 6 Abs. 4 GmbHG ergibt, begründet die satzungsmäßige Bestellung als Geschäftsführer im Zweifel kein derartiges persönliches Sonderrecht.

Die Bestellung als Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag ist meist nicht einmal ein echter Satzungsbestandteil, der nur unter Beachtung der für eine Satzungsänderung erforderlichen Form und Mehrheiten geändert werden kann. Maßgeblich ist insoweit immer noch ein Urteil des BGH vom 29.09.1955: »Nicht jede Änderung einer im Gesellschaftsvertrage enthaltenen Bestimmung ist Satzungsänderung. Denn in den Gesellschaftsvertrag werden auch Vereinbarungen aufgenommen, die nicht das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft betreffen und gar nicht in der Satzung enthalten zu sein brauchen, um wirksam zu sein. Deshalb gehören Bestellung und Gehalt eines Geschäftsführers, auch wenn sie in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen sind, nur tatsächlich, nicht aber rechtlich zur Satzung, so dass eine Änderung insoweit nicht der Einhaltung der für eine Satzungsänderung gegebenen Vorschriften bedarf.« (NJW 1955, 1716; ergänzend Fastrich in Baumbach/Hueck, 20. Aufl., 2013, § 6 GmbHG Rn. 26).

2.3 Übertragung der Bestellungskompetenz im Gesellschaftsvertrag

Schließlich haben die Gesellschafter auch die Möglichkeit, die Kompetenz zur Bestellung der Geschäftsführer auf andere Organe oder einzelne Personen zu übertragen.

Sofern der Gesellschaftsvertrag einen **Aufsichts- oder Beirat** vorsieht (vgl. § 52 GmbHG), ist diesem Gremium auch meist die Bestellungskompetenz übertragen. Ohne weiteres möglich ist ebenfalls eine gesellschaftsvertragliche Regelung, wonach ein **Gesellschafterausschuss**, eine Gesellschaftergruppe (z. B. **Familienstamm**) oder auch ein **einzelner Gesellschafter** den Geschäftsführer bestellen können sollen. Wich-

tig ist jeweils nur, dass der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Kompetenzregelung trifft.

Beispiel: Bei einer GmbH mit zwei zu je 50 % beteiligten Gesellschaftern sieht der Gesellschaftsvertrag vor, dass jeder Gesellschafter das Recht zur Bestellung eines (von insgesamt zwei) Geschäftsführern hat. – Möglich wäre selbstverständlich auch eine Regelung, wonach ein Geschäftsführer von der Gesellschafterversammlung mit qualifizierter Mehrheit bestellt werden soll oder auch die Bestellung beider Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag zu Geschäftsführern – eventuell sogar als Sonderrecht.

Eine Übertragung des Rechts zur Bestellung des Geschäftsführers auf **Nichtgesellschafter** kann in Betracht gezogen werden zugunsten des herrschenden Unternehmens in einem Vertragskonzern. Hin und wieder ist eine solche Überlegung auch auf Seiten eines Kreditinstituts anzutreffen, um so einen größeren Einfluss auf das Schicksal des Kreditengagements der Kunden-GmbH zu erlangen. Ob die Übertragung der Bestellungskompetenz auf Nichtgesellschafter angängig ist, ist seit langem umstritten (vgl. m.w.N. Fastrich in Baumbach/Hueck, § 6 GmbHG Rn. 31). Das Fehlen einschlägiger aktueller Gerichtsentscheidungen zeigt, dass es sich um eine rein akademische, hier nicht zu vertiefende Frage handelt. Die Praxis verzichtet offenbar (zu Recht) auf derartige Experimente, zumal aus dem folgenden Grund keinerlei Notwendigkeit besteht: Ein **Vorschlags- oder Präsentationsrecht** kann nach allgemeiner Ansicht durch den Gesellschaftsvertrag auch außenstehenden Dritten eingeräumt werden. Der Dritte bestellt dann zwar nicht den Geschäftsführer, er kann der Gesellschafterversammlung jedoch einen – je nach Ausgestaltung – mehr oder weniger bindenden Vorschlag unterbreiten.

Hinweis: Ist oder wird das für die Bestellung zuständige Organ funktionsunfähig, lebt – auch ohne gesellschaftsvertragliche Regelung – die grundsätzliche Bestellungskompetenz der Gesellschafterversammlung auf.

2.4 Mitbestimmte GmbH

Unterliegt die GmbH der (paritätischen) Mitbestimmung nach dem Montan-MitbestG oder nach dem MitbestG 1976, so ist Bestellungsorgan für die Geschäftsführer zwingend kraft Gesetzes der Aufsichtsrat (vgl. § 31 MitbestG, § 12 MontanMitbestG, § 13 MontanMitbestErgG, die jeweils auf die aktienrechtliche Kompetenznorm des § 84 Abs. 3 AktG verweisen). Dies bedeutet übrigens auch, dass die Gesellschafter hier nicht schon im Gesellschaftsvertrag den ersten Geschäftsführer bestellen können. Sämtliche Geschäftsführer müssen vom Aufsichtsrat bestellt werden.

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass dies nicht für die nach dem Drittelbeteiligungsgesetz, das 2004 die Vorgängerregelungen im BetrVG 1952 abgelöst hat, mitbestimmte GmbH gilt. Dem dortigen § 1 Abs. 1 Nr. 3 fehlt die Verweisung auf das Aktienrecht. Dort verbleibt es damit bei der Zuständigkeit der Gesellschafterversamm-

lung – es sei denn, der Gesellschaftsvertrag sähe die Übertragung auf den Aufsichtsrat vor (► **Kap. B Punkt I 2.3**).

Wann unterliegt eine GmbH der unternehmerischen Mitbestimmung?

- Montanmitbestimmung: Unternehmen befasst sich mit Kohle- oder Erzbergbau oder mit Eisen- oder Stahlerzeugung und beschäftigt mehr als 1000 Arbeitnehmer.
- MitbestG 1976: Unternehmen aller anderen Branchen mit mehr als 2000 Arbeitnehmern.
- DrittelbeteiligungsG: Unternehmen aller anderen Branchen mit mehr als 500 bis 2000 Arbeitnehmern.

Das Schicksal der unternehmerischen Mitbestimmung bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung regelt das MgVG vom 21. Dezember 2006. Ziel dieses Gesetzes ist es gemäß § 1 Abs. 1 S.2 erklärtermaßen, möglichst die in den an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften erworbenen Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer zu sichern.

2.5 Zustimmung des Geschäftsführers

Die Bestellung wird erst mit der Zustimmung des Geschäftsführers wirksam. Dies ist zwar nirgends ausdrücklich geregelt. Es entspricht jedoch allgemeiner Meinung und hat seinen Grund darin, dass das Geschäftsführeramt mit einer Fülle von Pflichten verbunden ist.

Bei der Bestellung eines Gesellschafter-Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag ist dessen Zustimmung in der Unterzeichnung des Vertrages zu erblicken, bei der Bestellung durch Gesellschafterbeschluss, falls er dem Beschluss zugestimmt hat. Die Zustimmung eines Fremdgeschäftsführers wäre spätestens in der Zeichnung seiner Unterschrift für das Handelsregister zu sehen.

Tipp: Um Zweifel auszuschließen und zur Beweissicherung sollten die Gesellschafter einen Fremdgeschäftsführer schriftlich von der Bestellung in Kenntnis setzen und sich, ebenfalls schriftlich, die Zustimmung bestätigen lassen.

2.6 Formbedürftigkeit der Bestellung

Bei der Bestellung im Gesellschaftsvertrag ergibt sich die einzuhaltende Form aus der Beurkundungsbedürftigkeit des Vertrages (§ 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG). Wird der Geschäftsführer von der Gesellschafterversammlung bestellt, ist eine besondere Form durch Niederschrift des Beschlusses nur für die Einpersonen-GmbH ausdrücklich vorgesehen (§ 48 Abs. 3 GmbHG). In allen anderen Fällen ist hierzu aus Gründen der Nachweissicherung aber ebenso zu raten. Ein Versammlungsleiter, der dies nicht beherzigt, verletzt seine Pflichten gegenüber der GmbH (MüKoGmbHG/Liebscher, 2012, § 48 Rn. 130).