

Praxishandbuch der GmbH- Geschäftsführung

Oppenländer / Trölitzsch

3., neu bearbeitete Auflage 2020
ISBN 978-3-406-70679-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

bei einer solchen Gesellschaft keine Satzungsänderung für die Bestellung eines weiteren Geschäftsführers erforderlich, sondern es genügt ein Gesellschafterbeschluss nach § 46 Nr. 5 GmbHG.^{43a}

Ein „echter Satzungsbestandteil“ ist die Bestellung etwa dann, wenn einzelnen Gesellschaftern ein gegen ihren Willen nicht entziehbares Sonderrecht (§ 35 BGB) auf Geschäftsführung eingeräumt werden soll oder eine Geschäftsführerbestellung „auf Lebenszeit“ erfolgt.⁴⁴ Formulieren lässt sich ein solches Sonderrecht wie folgt.

Musterformulierung für ein statutarisches Sonderrecht auf Geschäftsführung:

Solange Herr/Frau ... Gesellschafter der Gesellschaft ist (ggf. Altersbegrenzung), steht ihm/ihr auch das nicht übertragbare und unvererbliche Sonderrecht zur Geschäftsführung zu.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung⁴⁵ soll aber im Zweifel ein „unechter Satzungsbestandteil“ anzunehmen sein, da Regelungen über die Bestellung und das Gehalt eines Geschäftsführers regelmäßig nicht in der Satzung erfolgen.⁴⁶ Dafür spricht auch die Auslegungsregel in § 6 Abs. 4 GmbHG, nach der bei einer Satzungsregelung, wonach sämtliche Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt sein sollen, nur die bei Festsetzung dieser Bestimmung vorhandenen Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt sind. Das Amt wird also im Zweifel nicht mit dem Geschäftsanteil übertragen, sondern erlischt; später der GmbH beitretende Gesellschafter werden nicht ohne besondere Bestellung zu Geschäftsführern⁴⁷.

Allein aus der Bestellung eines Geschäftsführers in der Satzung folgt noch kein Sonderrecht i. S. v. § 35 BGB. Nur wenn ein solches ausdrücklich oder nach (objektiver) Auslegung des Gesellschaftsvertrags eingeräumt wird, kann der betroffene Geschäftsführer gegen seinen Willen nur mit satzungsändernder Mehrheit abberufen werden. Auch ein in der Satzung bestellter Geschäftsführer kann grundsätzlich jederzeit von dem Bestellungsorgan mit einfacher Mehrheit abberufen werden (§ 38 Abs. 1 GmbHG). Das der Gesellschafterversammlung ohnehin nicht entziehbare Recht, Geschäftsführer aus wichtigem Grund abzurufen (vgl. § 38 Abs. 2 GmbHG) besteht dagegen auch, wenn einem Gesellschafter-Geschäftsführer ein Sonderrecht in der Satzung eingeräumt ist. Die Gesellschafterversammlung als oberstes Organ der GmbH (vgl. §§ 37, 46 Nr. 6 GmbHG) darf sich nämlich nicht in diesem Umfang „entmachten“.⁴⁸

Lässt die entsprechende Satzungsbestimmung erkennen, dass für die Abberufung eine satzungsändernde Mehrheit erforderlich ist oder gar ein **Sonderrecht** im Sinne des § 35 BGB auf Geschäftsführung vorliegt, ist eine Abberufung nur aus wichtigem Grund bzw. nur mit (notfalls im Wege der Klage zu ersetzender) Zustimmung des Betroffenen möglich. Im Zweifel ist ein solches Sonderrecht jedoch nicht anzunehmen.⁴⁹

Für die Annahme eines gegen den Willen des Begünstigten unentziehbaren Sonderrechts (§ 35 BGB) auf Geschäftsführerbestellung genügt eben weder die Bestellung in der Satzung, noch der Umstand, dass ein Geschäftsführer nur aus wichtigem Grund abberufbar ist (§ 38 Abs. 2 GmbHG).⁵⁰

Liegt ein Sonderrecht vor, so kann dieses Bestellungsrecht auch nur in dem Rahmen ausgeübt werden, der von der Satzung oder der Gesellschafterversammlung vorgegeben ist. So darf etwa durch die Ausübung eines solchen Sonderrechts eine in der Satzung vorgege-

^{43a} So OLG Rostock NotBZ 2010, 196 ff.; Baumbach/Hueck/Fastrich § 2 Rn. 18. Vgl. auch unten → Rn. 30.

⁴⁴ BGH GmbHR 1982, 129, 130; zu Sonderrechten allgemein Waldenberger GmbHR 1997, 49 ff.

⁴⁵ BGHZ 18, 205, 206 f.

⁴⁶ Baumbach/Hueck/Fastrich § 6 Rn. 27 mwN.

⁴⁷ Ulmer/Habersack/Löbbecke/Paefgen § 6 Rn. 103; Wicke § 6 Rn. 13.

⁴⁸ Wicke § 6 Rn. 12; Goette DStR 1998, 938 f.; aA Baumbach/Hueck/Fastrich § 6 Rn. 27 f.

⁴⁹ BGH WM 1981, 438; BGH BB 1981, 926 und Fn. 37.

⁵⁰ BGH NJW 1969, 131.

bene Gesamtzahl der Geschäftsführer nicht erhöht werden; die Neubestellung eines weiteren Geschäftsführers durch einen Geschäftsführer kommt daher unter Umständen nur bei gleichzeitiger Abberufung eines bisherigen „eigenen“ Geschäftsführers in Betracht.⁵¹

3. Bestellungs- und Benennungsrechte

- 20 Aufgrund der Gestaltungsfreiheit (§ 45 Abs. 2 GmbHG) ist es möglich, das Recht zur Bestellung von Geschäftsführern in der Satzung nicht „paritätisch“ mitbestimmter GmbHs von der Gesellschafterversammlung auf einen Gesellschafterausschuss, einen Familienstamm oder einen einzelnen Gesellschafter zu übertragen.⁵² Solche Bestellungs- oder Benennungsrechte⁵³ finden sich vor allem bei Familiengesellschaften zur Sicherung der Unternehmensnachfolge. Werden sie als bloße **Benennungsrechte** ausgestaltet, die zusätzlich an **Eignungsvoraussetzungen** geknüpft werden können, ist für die Bestellung noch ein Gesellschafterbeschluss erforderlich. Hierbei sind die Mitgesellschafter dann grundsätzlich verpflichtet, für die Bestellung des satzungsgemäß Benannten zu stimmen, es sei denn, dem stehen „sachliche Gründe“ entgegen.

Diese Verpflichtung muss allerdings bei einem Streit um die Eignung des Benannten gerichtlich durchgesetzt werden. Die rechtskräftige Verurteilung von Gesellschaftern, der Bestellung eines bestimmten Geschäftsführers zuzustimmen, ersetzt dabei nach h. M. nur die Stimmabgabe dieser Gesellschafter (§ 894 ZPO), nicht den Gesellschafterbeschluss. Dieser liegt erst vor, wenn alle Stimmen abgegeben wurden bzw. ein Beschluss durch den Versammlungsleiter festgestellt wird, was den Zugang der durch § 894 ZPO ersetzten Willenserklärung beim Versammlungsleiter voraussetzt.⁵⁴ Daher sind aus Sicht des Begünstigten echte **Sonderrechte auf unmittelbare Bestellung**⁵⁵ vorzugswürdig, insbesondere wenn diese mit einer gesellschaftsvertraglichen Regelung verbunden werden, wonach auch eine Bestellung von weiteren Geschäftsführern gegen den Willen der oder des Begünstigten nicht möglich ist.

Eine solche Regelung in der Satzung kann wie folgt lauten:

„Beschlüsse über die Änderung der Satzung, die Bestellung von Geschäftsführern sowie Abberufung derselben können nur mit Zustimmung aller Gesellschafter gefasst werden. Scheidet der geschäftsführende Gesellschafter A aus der Geschäftsführung aus, so haben die verbliebenen geschäftsführenden Gesellschafter das Recht, durch einstimmig zu fassenden Beschluss, oder falls nur noch ein geschäftsführender Gesellschafter vorhanden sein sollte, so hat dieser das alleinige Sonderrecht, ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter einen weiteren Geschäftsführer (der nicht Gesellschafter zu sein braucht) zu bestellen oder diesen abzuberufen.“

- 21 Umstritten ist, ob ein Recht zur Bestellung von Geschäftsführern in der Satzung auch auf außenstehende **Dritte** oder (bloße) **Mitgeschäftsführer** übertragen werden kann. Die h. M. hält dies von der in § 45 Abs. 2 GmbHG eingeräumten Satzungsautonomie gedeckt,⁵⁶ auch soweit es um ein Recht zur Bestellung von Geschäftsführern durch andere

⁵¹ So OLG Stuttgart GmbHR. 1999, 537, 538.

⁵² Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 46 Rn. 34 f., 96; OLG Stuttgart GmbHR. 1999, 538; vgl. zu den Grenzen Miko GmbHG/Liebscher, § 45 Rn. 106 ff. und BGH GmbHR. 1973, 279 zu einem Präsentationsrecht eines Geschäftsführers, welches nur das Auswahlermessen der Gesellschafterversammlung beschränkt.

⁵³ Vgl. dazu mit Musterformulierung für eine Satzung oben bei → § 9 Rn. 13.

⁵⁴ BGH NJW 1989, 2697 und BGHZ 48, 163, 174.

⁵⁵ Vgl. dazu etwa Lohr GmbH-StB 2008, 119.

⁵⁶ So etwa Baumbach/Hueck/Fastrich § 6 Rn. 31 mwN, vgl. auch BGH DB 1965, 624 zur Übertragung von Kompetenzen auf ein Schiedsgericht; aA Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 46 Rn. 34a, 97; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber § 45 Rn. 10 mwN; vgl. auch Scholz/Schmidt § 46 Rn. 72: Solche Vereinbarungen wirken nur schuldrechtlich. Zu dieser Problematik bei „öffentlich-rechtlichen“ GmbHs vgl. unten → § 47 Rn. 17, 26.

Geschäftsführer geht.⁵⁷ Letzteres ist nur dann rechtlich problematisch, wenn eine Person „nur“ Geschäftsführer und nicht zugleich auch Gesellschafter oder gar gemeinsamer Vertreter eines Gesellschafterstamms ist. Nur in einem solchen Fall liegt eine „Fremdbestimmung“ der Gesellschaft in Form eines Bestellungsrechts durch außenstehende Dritte vor. Im Übrigen ist zu differenzieren: Ein Recht auf Bestellung eines weiteren Geschäftsführers ist nicht zu beanstanden, solange der Geschäftsführer selbst von der Gesellschafterversammlung jederzeit mit einfacher Mehrheit abberufen werden kann (§ 38 Abs. 1 GmbHG). Soll dies jedoch bei ihm oder dem von ihm bestellten weiteren Geschäftsführer nur mit qualifizierter Mehrheit oder gar nur aus wichtigem Grund möglich sein, so steht dem die gesetzliche Kompetenzordnung des GmbHG entgegen und die Regelung ist unwirksam.

Von Bestellungsrechten zugunsten einzelner Gesellschafter oder Gesellschafterstämme zu unterscheiden sind bloße **Vorschlags- oder Benennungsrechte**. Während ein Vorschlagsrecht⁵⁸ keinen Anspruch auf Bestellung durch die Gesellschafterversammlung gibt, ist dies bei Benennungsrechten grundsätzlich der Fall;⁵⁹ hier darf die Zustimmung nur aus den in der Satzung geregelten oder aus sachlichen, im Interesse der Gesellschaft liegenden Gründen von der Gesellschafterversammlung verweigert werden (vgl. → Rn. 18). Statutarische Bestellungsrechte gehen darüber noch hinaus, weil es dann nicht mehr Sache der Gesellschafterversammlung, sondern allein die des Begünstigten ist, die Bestellung herbeizuführen.

4. Bestellung durch den Aufsichtsrat

Ein Aufsichtsrat ist bei GmbHs für die **Bestellung** (und die Abberufung) von Geschäftsführern nur dann zwingend zuständig, wenn die GmbH der unternehmerischen Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder dem Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz unterliegt (§ 31 Abs. 1 MitbestG 52, Rn. 281, 283 iVm. § 84 AktG).⁶⁰ Das ist insbesondere der Fall, wenn die Gesellschaft mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt (§ 1 Abs. 1 MitbestG). Wächst die Gesellschaft nachträglich in die Größenordnung des Mitbestimmungsgesetzes hinein, so gilt § 37 Abs. 3 S. 5 MitbestG, d. h. zuvor bestellte Geschäftsführer sind, sofern die Amtszeit fünf Jahre überschreitet, nach Ablauf von fünf Jahren ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes abberufbar.⁶¹ Die Bestellungskompetenz des Aufsichtsrats umfasst in diesen Fällen als **Annex** auch die alleinige Zuständigkeit für den Abschluss des Anstellungsvertrages.⁶² Diese Zuständigkeit kann weder in der Satzung noch durch Gesellschafterbeschluss auf Dritte, etwa eine Konzernobergesellschaft, übertragen werden.⁶³

Der Aufsichtsrat einer dem MitbestG unterliegenden GmbH entscheidet nach § 31 MitbestG über die Bestellung der Geschäftsführer grundsätzlich mit Zweidrittelmehrheit. Wird diese Mehrheit nicht erreicht, hat der Ausschuss nach § 27 Abs. 3 MitbestG dem Aufsichtsrat innerhalb eines Monats einen Vorschlag für die Bestellung zu unterbreiten. Danach hat dann der Aufsichtsrat das Recht, mit der Mehrheit der Stimmen seiner Mitglieder den Geschäftsführer zu bestellen. Sofern auch dieser Beschluss nicht zustande kommt, besitzt der Aufsichtsratsvorsitzende bei einer erneuten Abstimmung zwei Stimmen. Nach § 31 Abs. 5 MitbestG ist über den **Widerruf** im gleichen Verfahren zu entscheiden.

Bei einer nach dem **DrittelG** mitbestimmten GmbH gibt es **keine Verlagerung** der Bestellungskompetenz auf den Aufsichtsrat kraft Gesetzes; sie kann sich nur – wie bei nicht mitbestimmten GmbHs – aufgrund der Satzung ergeben. In diesen Fällen ist es eine Frage

⁵⁷ AA Ulmer/Habersack/Löbke/Hüffer/Schürnbrand § 46 Rn. 86.

⁵⁸ Vgl. dazu Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 46 Rn. 34.

⁵⁹ Vgl. dazu schon oben bei → § 9 Rn. 11 mwN.

⁶⁰ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 52 Rn. 302 sowie unten → § 20 Rn. 32 ff.

⁶¹ Vgl. dazu Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 38 Rn. 5 mwN.

⁶² BGHZ 89, 48, 50 ff.; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 52 Rn. 303; vgl. auch unten → § 13 Rn. 30 f.

⁶³ Ulmer/Habersack/Löbke/Paeßen § 35 Rn. 332; Scholz/Schneider/Hohenstatt § 35 Rn. 317 ff. mwN.

der Auslegung der Satzung, ob dem fakultativen Aufsichtsrat neben der Bestellungs- auch die Abberufungskompetenz und mit ihr verbunden dann regelmäßig auch die Zuständigkeit für alle Fragen des Anstellungsverhältnisses zukommt.⁶⁴

5. Gerichtliche Bestellung (Notgeschäftsführer)

- 25 Die Bestellung von Geschäftsführern kann schließlich notfalls durch das Registergericht am Sitz der Gesellschaft (analog § 29 BGB⁶⁵ bzw. bei mitbestimmten GmbHs analog § 85 AktG) erfolgen,⁶⁶ falls eine GmbH aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen **geschäftsführerlos** ist oder die für die Aktivvertretung der Gesellschaft nach der Satzung erforderliche Zahl von Geschäftsführern fehlt.⁶⁷ Eine tatsächliche Verhinderung kann durch schwere Krankheit, Tod, Strafhaft, Ausweisung oder Abberufung gegeben sein; auch kann die unklare Vertretung der Gesellschaft die rechtliche Beurteilung rechtfertigen, dass ihr ein Geschäftsführer fehlt;⁶⁸ es reicht jedoch nicht aus, dass ein Geschäftsführer unzumutbare oder treuwidrige Handlungen vornimmt, der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer sein Amt rechtsmissbräuchlich niederlegt⁶⁹ oder sich der Geschäftsführer trotz jederzeitiger Einreisemöglichkeit im Ausland aufhält;⁷⁰ auch das hohe Alter des einzigen Geschäftsführers ist kein Grund.⁷¹

Voraussetzung ist ein **Antrag**⁷² auf Bestellung eines Notgeschäftsführers beim zuständigen Amtsgericht-Registergericht am Sitz der Gesellschaft durch einen Beteiligten. Beteiligter ist jeder, dessen Rechte und Pflichten durch die Bestellung unmittelbar beeinflusst werden, also insbesondere Gesellschafter, allein nicht vertretungsbefugte Geschäftsführer, aber auch Gläubiger der GmbH und Behörden (Finanzämter),⁷³ jedoch nicht die Staatsanwaltschaft (wegen Untersuchungshaft des Geschäftsführers⁷⁴). In der Sache muss ein **dringender Fall** vorliegen. So etwa, wenn ohne die Notgeschäftsführung der GmbH oder einem Beteiligten ein Schaden droht oder sonst eine dringend erforderliche Handlung nicht vorgenommen werden kann. Die Geschäftsführungsbefugnis des Notgeschäftsführers soll dabei auf das sachlich Notwendige beschränkt und er soll nur für bestimmte, konkret zu bezeichnende Aufgaben bestellt werden⁷⁵. Die gerichtliche Bestellung eines Notgeschäftsführers ist „**ultima ratio**“; sie kommt daher erst in Betracht, wenn keine andere Möglichkeit besteht, die (drehende) Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu beseitigen. Die Bestellung eines Notgeschäftsführers ist ausgeschlossen, soweit feststeht, dass ein von der Gesellschafterversammlung bestellter Geschäftsführer nicht wirksam abberufen wurde.⁷⁶ Nach Ansicht des OLG Frankfurt⁷⁷ ist ein Rechtsschutzinteresse für eine gerichtliche Bestellung dabei nicht schon deshalb gegeben, weil sich die Gesellschafter nicht auf die Person eines Geschäftsführers einigen können, da es nicht Aufgabe des Verfahrens einer

⁶⁴ BGH DStR 1999, 1743; Scholz/Schneider/Hohenstatt § 35 Rn. 316.

⁶⁵ OLG Düsseldorf NJW-RR 2016, 1183.

⁶⁶ BayObLG NJW-RR 1998, 1254; zu Einzelheiten vgl. Gustavus GmbH 1992, 15 ff.; Helmschrott ZIP 2001, 636; H. P. Westermann FS Kropff, 1997, 681, 682; Kutzer ZIP 2000, 654 ff.; Kögel GmbH 2012, 772.

⁶⁷ Für die mitbestimmte GmbH ist dies in § 31 Abs. 1 MitbestG iVm. § 85 AktG ausdrücklich gesetzlich geregelt.

⁶⁸ OLG Düsseldorf NJW-RR 2016, 1183.

⁶⁹ OLG Zweibrücken DB 2006, 662.

⁷⁰ OLG Frankfurt GmbH 1986, 432; Scholz/Schneider/S. Schneider § 6 Rn. 97 und Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner § 35 Rn. 76 mwN.

⁷¹ Scholz/Schneider/S. Schneider § 6 Rn. 97 und OLG Frankfurt GmbH 1986, 432.

⁷² Formulierungsvorschlag bei Lohr GmbH-StB 2009, 231.

⁷³ Scholz/Schneider/S. Schneider § 6 Rn. 96.

⁷⁴ OLG Frankfurt GmbH 2014, 929.

⁷⁵ OLG München DStR 2007, 1925; OLG Köln GmbH 2020, 274.

⁷⁶ BayObLG GmbH 1999, 1292.

⁷⁷ GmbH 2001, 436 ff. mAnm Hohlfeld; ebenso im Grundsatz OLG München DStR 2007, 1925; aA Scholz/Schneider/S. Schneider § 6 Rn. 97; BayObLG GmbH 1998, 1123 (für Zwei-Personen-GmbH) und LG Frankenthal GmbH 2003, 586, 587.

Notgeschäftsführerbestellung entsprechend § 29 BGB sei, Differenzen zwischen verschiedenen Gesellschaftern über die Bestellung eines Geschäftsführers zu entscheiden.

Selbst wenn ein solcher Fall nicht vorliegt, wird verlangt, dass etwa Minderheitsgesellschafter zunächst ein Verlangen nach § 50 Abs. 1 GmbHG auf Einberufung einer Gesellschafterversammlung gestellt haben oder in anderer Weise nachgewiesen wird, dass man sich um die Bestellung bemüht hat. Vorrangig muss versucht werden, eine Lösung auf Ebene der zuständigen Geschäftsorgane zu finden.⁷⁸ Ein dringender Fall ist daher nur gegeben, wenn die Geschäftsorgane selbst nicht in der Lage sind, innerhalb einer angemessenen Frist den Mangel zu beseitigen, und der Gesellschaft oder einem Beteiligten ohne Notgeschäftsführerbestellung Schaden drohen würde oder eine alsbald erforderliche Handlung nicht vorgenommen werden könnte.⁷⁹ Hintergrund für die zurückhaltende Haltung der Gerichte sind die Probleme, einen geeigneten und zur Übernahme des Amtes bereiten Notgeschäftsführer zu finden. Außerdem ist umstritten, wie bzw. auf welcher Grundlage ein Notgeschäftsführer zu vergüten ist.

Nach ganz hM kann niemand, auch nicht ein Mehrheitsgesellschafter, gegen seinen Willen zum Notgeschäftsführer bestellt werden;⁸⁰ auch dieses Amt bedarf vielmehr der Annahme. Ein Antragsteller sollte daher nicht nur das Vorliegen eines dringenden Falles und sein Rechtsschutzinteresse glaubhaft machen, sondern auch eine zur Übernahme des Notgeschäftsführeramtes bereite Person benennen und deren **Einverständniserklärung** möglichst schon dem Antrag beifügen. Findet sich trotz Ausschöpfung der gebotenen Ermittlungsmöglichkeiten keine geeignete und zur Übernahme des Amtes bereite Person, so ist der Antrag zurückzuweisen⁸¹. Außerdem ist die Vertretungsregelung der Satzung zu beachten, d. h. bei zwingender Gesamtvertretung sind unter Umständen zwei Notgeschäftsführer zu bestellen. Das Gericht kann im Bestellungsbeschluss die Geschäftsführungsbefugnis des Notgeschäftsführers im Innenverhältnis auf eine bestimmte Aufgabe oder einen bestimmten Wirkungskreis beschränken, nicht jedoch die Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis einschränken.⁸²

Nach § 29 BGB analog entscheidet das Amtsgericht, das für den Bezirk, in dem der Verein seinen Sitz hat, das Vereinsregister führt, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 23 ff. FamFG) auf Antrag eines Beteiligten.⁸³ Nach § 23 Abs. 1 FamFG soll ein **verfahrenseinleitender Antrag** begründet werden. In dem Antrag sollen die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel angegeben sowie die Personen benannt werden, die als Beteiligte in Betracht kommen. Der Antrag soll in geeigneten Fällen die Angabe enthalten, ob der Antragstellung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen. Urkunden, auf die Bezug genommen wird, sollen in Urschrift oder Abschrift beigefügt werden. Der Antrag soll von dem Antragsteller oder seinem Bevollmächtigten unterschrieben werden.

Das Amt eines Notgeschäftsführers endet automatisch und sofort mit der Bestellung eines ordentlichen Geschäftsführers durch die Gesellschafterversammlung. Ein Notgeschäftsführer kann nach hM auf Antrag eines Beteiligten auch vom Gericht aus wichtigem Grund wieder abberufen werden.⁸⁴

Hinsichtlich des **Rechtsschutzinteresses** ist weiter von Bedeutung, dass der Bestellung eines Notgeschäftsführers u. U. die Bestellung eines Prozesspflegers gemäß § 57 ZPO als

⁷⁸ OLG Frankfurt NZG 2011, 1277.

⁷⁹ OLG Zweibrücken NZG 2012, 424; ebenso OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 4474 für die gerichtliche Bestellung eines Liquidators nach § 66 Abs. 2 GmbHR.

⁸⁰ Vgl. BGH ZIP 1985, 283; KG GmbHR 2000, 660; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek vor § 35 Rn. 23, aA für eine Amtsübernahmepflicht von Gesellschaftern: Gustavus GmbHR 1992, 12, 15.

⁸¹ OLG München DStR 2007, 1925; OLG Frankfurt GmbHR 2006, 204.

⁸² BayObLG GmbHR 1986, 189. Das Registergericht kann den Notgeschäftsführer auch für den Einzelfall vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) befreien; OLG Düsseldorf DB 2002, 576, 577.

⁸³ GmbH-Handbuch/Fuhrmann Rz. I 2060.

⁸⁴ BayObLG GmbHR 1979, 61.

„milderes Mittel“ vorgeht.⁸⁵ Durch die Bestellung eines Prozesspflegers wird aber die Bestellung eines Notgeschäftsführers nicht ausgeschlossen, wenn diese dennoch erforderlich ist. Gemäß §§ 4 InsO, 57 ZPO kann ein Prozesspfleger auch durch das Insolvenzgericht auf Antrag eines Gläubigers im Rahmen des Insolvenzeröffnungsverfahrens bestellt werden.⁸⁶

Für seine Tätigkeit hat der Notgeschäftsführer gegenüber der GmbH einen **Anspruch auf Vergütung einschließlich Auslagensatz**, da mit der Bestellung durch das Gericht auch ein Anstellungsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer zustande kommt. Für die Höhe der Vergütung gilt mangels entgegenstehender Vereinbarung § 612 BGB. Nach wohl hM ist das Gericht allerdings nicht berechtigt, selbst die Höhe der Vergütung festzusetzen.⁸⁷

6. Auffang- und Rückfallkompetenz der Gesellschafterversammlung

- 28 Die Gesellschafterversammlung kann jede Angelegenheit der Gesellschaft einschließlich aller Geschäftsführungsmaßnahmen an sich ziehen und für andere Organe im Innenverhältnis bindend entscheiden,⁸⁸ soweit es sich nicht um gesetzlich zwingende Kompetenzen der Geschäftsführer oder eines Pflicht-Aufsichtsrates handelt. Ergeben sich die Kompetenzen anderer Organe (hinsichtlich der Geschäftsführerbestellung) aus der Satzung, so kann die Gesellschafterversammlung davon jedenfalls durch einen satzungsdurchbrechenden Gesellschafterbeschluss im Einzelfall abweichen⁸⁹, da es sich dabei nur um einen einmaligen Verstoß gegen das Verfahren mit punktueller Wirkung handelt. Die „**Allzuständigkeit**“ der Gesellschafterversammlung findet ihre Grenzen außerdem in Gesellschaftersonderrechten (§ 35 BGB), dem Verbot der Umgehung von Satzungsbestimmungen, dem Gleichheitssatz und der Treuepflicht.
- 29 Ist oder wird ein nach der Satzung anstelle der Gesellschafterversammlung zuständiges Bestellungsorgan funktionsunfähig, so lebt die Bestellungskompetenz der Gesellschafterversammlung wieder auf.⁹⁰ Streitig ist nur, unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist. Während überwiegend davon ausgegangen wird, dass bei Gefahr in Verzug und Verhinderung bzw. Handlungsunfähigkeit des laut Satzung zuständigen Organs stets eine unmittelbare Sachentscheidung der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit möglich ist,⁹¹ wird zum Teil auf die stets verbleibende „Kompetenz-Kompetenz“ der Gesellschafterversammlung für Satzungsänderungen abgestellt,⁹² sodass eine Kompetenz der Gesellschafterversammlung nur in Notfällen oder nur bei Vorliegen einer satzungsändernden Drei-Viertel-Mehrheit (§ 53 Abs. 2 GmbHG) gegeben wäre. Letzteres geht jedoch zu weit, zumal in Eilfällen die Einhaltung der Regeln über Satzungsänderungen kaum möglich ist. Dies gilt allerdings nur solange, wie durch diese „**Rückfallzuständigkeit**“ Sonderrechte einzelner Gesellschafter (§ 35 BGB)⁹³ nicht übergangen werden; dann ist eine Satzungsänderung mit Zustimmung des Sonderrechtsinhabers erforderlich.

⁸⁵ Hohlfeld GmbHR 1986, 181; OLG Zweibrücken GmbHR 2007, 544; OLG Dresden GmbHR 2002, 163; aA OLG München NZG 2008, 160.

⁸⁶ Kutzer ZIP 2000, 654 ff.

⁸⁷ BayObLG GmbHR 1988, 436, 439 f.; aA H. P. Westermann FS Kropff, 1997, 682, 689; § 85 Abs. 3 S. 2 AktG analog: „Einigen sich das gerichtlich bestellte Vorstandsmitglied und die Gesellschaft nicht, so setzt das Gericht die Auslagen und die Vergütung fest.“; vgl. außerdem Kögel GmbHR 2012, 772, 775.

⁸⁸ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 46 Rn. 89.

⁸⁹ Heckschen/Heidinger/Heidinger, 4. Aufl. 2018 Kap. 6 Rn. 25 unter Hinweis auf ein Gutachten des DNotI vom 9.7.2008 (Nr. 86390); anders wohl Scholz/Schmidt § 46 Rn. 5: Satzungsänderung erforderlich.

⁹⁰ BGHZ 12, 337, 340; OLG Brandenburg NZG 2000, 143, 144; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 46 Rn. 94 und Scholz/Schmidt § 46 Rn. 5, § 45 Rn. 11 MüKoGmbHG/Liebscher § 45 Rn. 111.

⁹¹ So BGHZ 12, 337, 340; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber § 45 Rn. 16; wohl auch Roth/Altmeppen/Altmeppen § 45 Rn. 4.

⁹² OLG Düsseldorf ZIP 1984, 1476, 1478.

⁹³ Vgl. dazu Waldenberger GmbHR 1997, 49 ff.

7. Stellvertretende Geschäftsführer

Nach § 44 GmbHG können auch stellvertretende Geschäftsführer^{93a} berufen werden, die nach § 43 Nr. 4b HRV ins Handelsregister einzutragen sind. Deren interne Rechtsstellung richtet sich nach der ihnen erteilten Geschäftsführungsbefugnis, ist also nicht kraft Gesetzes darauf beschränkt, einen ordentlichen Geschäftsführer im Fall seiner Verhinderung zu vertreten. Hinsichtlich der Vertretungsmacht und der Haftung stellt das Gesetz sie den „ordentlichen“ Geschäftsführern gleich. Daher wird in das Handelsregister ein Stellvertreterzusatz nicht eingetragen.⁹⁴ 30

8. Notwendigkeit der Annahme des Amtes

Die Bestellung zum Geschäftsführer wird wirksam mit der Bekanntgabe des Bestellungsakts, also etwa dem Beschluss der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrates, gegenüber dem Geschäftsführer, wenn von diesem vorher, nachher oder gleichzeitig die Annahme des Amtes erklärt wird.⁹⁵ Bis zur Annahme ist die Bestellung schwebend unwirksam. Hat der Bestellte in der Gesellschafterversammlung für seine eigene Bestellung gestimmt, so ist darin konkludent die Annahme des Amtes zu sehen.⁹⁶ Die Annahme muss also nicht schriftlich erklärt werden, sondern kann auch auf andere Weise zum Ausdruck gebracht werden. Ebenso ist es ausreichend, wenn ein bei der Errichtung der GmbH anwesender Gesellschafter in der Satzung zum Geschäftsführer ernannt wird, weil er dann konkludent mit der Unterzeichnung der Satzung die Annahme zum Ausdruck bringt. Allgemein genügt ein Handeln, durch das eine Amtsübernahme nach außen dokumentiert wird. Eine Verpflichtung zur Annahme eines angetragenen Geschäftsführeramtes besteht auch nicht für Gesellschafter⁹⁷, weder gegenüber der Gesellschaft noch gegenüber den anderen Gesellschaftern. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn sich der Bestellte entweder in der Satzung oder in einem schon zuvor abgeschlossenen Anstellungsvertrag (zB mit der Konzernmuttergesellschaft) zur Übernahme des Amtes verpflichtet hatte. 31

9. Besonderheiten bei der Verwendung des Musterprotokolls

Werden eine GmbH oder eine „UG (haftungsbeschränkt)“ unter Verwendung eines Musterprotokolls gegründet, so gelten Besonderheiten. Beide dem GmbHG als Anlage beigefügten Musterprotokolle unter Nr. 4 sehen vor, dass **nur eine einzige natürliche Person als Geschäftsführer bestellt** wird. Ferner sehen Nr. 4 S. 2 der Musterprotokolle (sowohl für die Gründung einer Ein-Personengesellschaft als auch für die Gründung einer Mehr-Personengesellschaft von bis zu drei Gesellschaftern) vor, dass dieser einzige Geschäftsführer **zwingend von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit** ist⁹⁸. Nach § 2 Abs. 1a S. 3 GmbHG dürfen über das Musterprotokoll hinaus bei der Gründung⁹⁹ keine „vom Gesetz abweichenden Bestimmungen“ getroffen werden. Die dogmatische 32

^{93a} Ausführlich hierzu van Venrooy GmbHR 2010, 169 ff.

⁹⁴ BGH GmbHR 1998, 181.

⁹⁵ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 35 Rn. 10. Erst mit der Bestellung beginnen zeitlich die Pflichten des Geschäftsführers, zB zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen, BGH NJW 2002, 1122.

⁹⁶ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 35 Rn. 10.

⁹⁷ OLG Hamm GmbHR 2002, 428: Keine Nebenpflicht eines Gesellschafters zur Übernahme des Geschäftsführeramtes; vgl. auch BGH NJW 1969, 131.

⁹⁸ Vgl. dazu Sandhaus NJW-Spezial 2009, 607, 608; Plückerlmann GWR 2009, 385 ff.; OLG Bremen ZIP 2009, 1998.

⁹⁹ Möglich ist es aber, unmittelbar nach Beurkundung des Musterprotokolls weitere Geschäftsführer zu bestellen oder Geschäftsführer den Beschränkungen des § 181 BGB zu unterwerfen. Vor Eintragung der GmbH im Handelsregister ist dies durch privatschriftlichen Gesellschafterbeschluss (einstimmig) möglich, danach nur im Wege einer Ergänzung des Gesellschaftsvertrages (§ 2 Abs. 1a S. 5 GmbHG; Wälzholz GmbHR 2008, 841, 842; Tebben RNotZ 2008, 441, 444 f.).

Einordnung dieser Geschäftsführerbestellung im Musterprotokoll ist fraglich¹⁰⁰. Daher bestehen zahlreiche rechtliche Unklarheiten. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei dem im Musterprotokoll bestellten Geschäftsführer nicht um den Alleingesellschafter der GmbH oder der UG (haftungsbeschränkt) handelt. Daher empfiehlt sich jedenfalls in solchen Fällen die Verwendung des Musterprotokolls nicht. Dies gilt erst recht, wenn nach der Eintragung der Gesellschaft weitere Geschäftsführer bestellt werden sollen¹⁰¹.

- 33 Bei der Bestellung eines Geschäftsführers **im Musterprotokoll** (§ 2 Abs. 1a GmbHG) ist die **abstrakte Vertretungsbefugnis** für alle auch späteren Geschäftsführer entsprechend der in § 35 GmbHG enthaltenen gesetzlichen Regelung **anzumelden**.¹⁰² Ferner ist auch die konkrete Vertretungsbefugnis für den ersten bestellten Alleingesellschafter anzumelden. Von dieser Anmeldung wird die Aussage umfasst, dass der namentlich genannte Geschäftsführer einzelvertretungsberechtigt ist, solange er alleiniger Geschäftsführer ist.

Bestandteil der konkreten Vertretungsbefugnis des im Musterprotokoll bestellten Geschäftsführers ist dessen **Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB**. Diese gilt nach überwiegender Meinung nicht abstrakt, also nicht allgemein für jeden auch zukünftigen Geschäftsführer.¹⁰³ Die einem Geschäftsführer bei Gründung mit Musterprotokoll eingeräumte Befreiung von § 181 BGB besteht daher nicht fort, wenn ein weiterer Geschäftsführer bestellt wird.^{103a}

Die konkrete **Dauer einer Befreiung** von § 181 BGB für den im Musterprotokoll bestellten Alleingesellschafter ist umstritten. Teilweise wird vertreten, dass die konkrete Befreiung von § 181 BGB nur so lange Bestand hat, wie der „Gründungsgeschäftsführer“ Alleingesellschafter bleibt.¹⁰⁴ Nach anderer Ansicht soll die Befreiung des Gründungsgeschäftsführers von § 181 BGB auch im Rahmen der gemeinschaftlichen Vertretungsbefugnis mehrerer Geschäftsführer (dann nur für den Gründungsgeschäftsführer) fortgelten.¹⁰⁵

Ein **zusätzlicher Geschäftsführer** ist selbst nicht von § 181 BGB befreit und kann dies auch nicht durch einfachen Gesellschafterbeschluss werden,¹⁰⁶ sondern bedarf entweder einer satzungsmäßigen konkreten Befreiung im Hinblick auf bestimmte Geschäftsführer, einer satzungsmäßigen abstrakten, allgemein wirkenden Befreiung für alle Geschäftsführer oder einer Ermächtigung in der Satzung, jeweils einzelne Geschäftsführer durch einfachen Gesellschafterbeschluss von § 181 BGB zu befreien. In letzterem Fall bedarf es dann zusätzlich eines konkreten Befreiungsbeschlusses.

Wird der im Musterprotokoll bestellte Gründungsgeschäftsführer abberufen und stattdessen ein neuer Geschäftsführer bestellt, so gilt die Befreiung von § 181 BGB für diesen nicht fort.¹⁰⁷ Der neue Geschäftsführer muss vielmehr persönlich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden. Durch einfachen Gesellschafterbeschluss kann dies nur erfolgen, wenn eine entsprechende Satzungs Ermächtigung existiert.

¹⁰⁰ Heckschen DStR 2009, 166, 167 und die Gutachten des DNotI vom 16.12.2008, Nr. 90392 und in DNotI-Report 2010, S. 16. Zutreffend Tebben RNotZ 2008, 441, 443 f.: Trotz § 2 Abs. 1a S. 5 GmbHG hat die Geschäftsführerbestellung im Musterprotokoll keinen materiellen Satzungscharakter mit der Folge, dass eine Abberufung ohne Satzungsänderung möglich ist und weitere Geschäftsführer ohne Satzungsänderung durch einfachen Gesellschafterbeschluss bestellt werden können (so auch OLG Rostock NotBZ 2010, 196 ff.).

¹⁰¹ Deren abstrakte Vertretungsbefugnis ist schon bei Anmeldung anzugeben, vgl. OLG Hamm NZG 2009, 1431; Ries NZG 2009, 1293 f.

¹⁰² LG Stralsund NotBZ 2009, 107; OLG Stuttgart NJW 2009, 1011.

¹⁰³ Der von § 181 BGB befreite Geschäftsführer muss aber namentlich benannt sein, vgl. OLG Stuttgart ZIP 2009, 1011; aA Sandhaus NJW-Spezial 2009, 607, 608.

^{103a} OLG Nürnberg ZIP 2016, 74.

¹⁰⁴ OLG Stuttgart ZIP 2009, 1011.

¹⁰⁵ Sandhaus NJW-Spezial 2009, 607.

¹⁰⁶ OLG Stuttgart ZIP 2009, 1011.

¹⁰⁷ OLG Stuttgart ZIP 2009, 1011.