

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG

Altmeppen

10. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-75428-9
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein

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

wenn er nicht spätestens innerhalb einer bestimmten Frist vor Vertragsablauf von einer der Parteien gekündigt wird (*Jaeger Der Anstellungsvertrag* S. 176).

b) Ordentliche Kündigung. Ist das Dienstverhältnis nicht befristet, so kann jede Seite es unter Einhaltung einer Frist ordentlich kündigen (§ 620 II BGB). Ein rechtfertigender Grundes bedarf es nicht (BGH ZIP 2004, 461). Kraft Vertragsfreiheit können außerdem die Parteien eines befristeten Anstellungsverhältnisses – sogar nachträglich – ein Recht zur ordentlichen Kündigung vereinbaren (OLG Hamm NZG 1999, 836; Palandt/*Weidenkaff* BGB § 620 Rn. 10). Das Recht zur außerordentlichen Kündigung ist unter den Voraussetzungen des § 626 BGB ohnehin immer gegeben (Palandt/*Weidenkaff* BGB § 626 Rn. 2; Palandt/*Weidenkaff* BGB § 620 Rn. 10; *W. Goette/M. Goette* Die GmbH § 8 Rn. 174 aE). Die Wahrung der Schriftform (§ 623 BGB) ist mangels AN-Eigenschaft nicht erforderlich (*Richardi/Annuf* NJW 2000, 1231; Palandt/*Weidenkaff* BGB § 623 Rn. 2; *Grobys* GmbHR 2000, 137). Die zuständige Gesellschafterversammlung (→ Rn. 84; → § 46 Rn. 40) schaltet bei Abwesenheit des Geschäftsführers ggf. einen Boten ein, der die Kündigungserklärung überbringt. Die Bevollmächtigung zur Kündigung ist der krasse Ausnahmefall. Es darf dann keinerlei Unsicherheit über die Vertretungsverhältnisse bestehen, anderenfalls kann der Geschäftsführer die Kündigung nach § 174 BGB zurückweisen (OLG Köln GmbHR 2016, 647; zu den praktischen Konsequenzen des Urteils *Wachter GmbHR* 2016, 617).

Bei der ordentlichen Kündigung ist hauptsächlich problematisch, welche Frist dabei gilt. Zulässig und vorrangig ist eine **vereinbarte Kündigungsfrist** (Scholz/*Hohenstatt* § 35 Rn. 471; Lutter/*Hommelhoff/Kleindiek* Anh. § 6 Rn. 53). Die vereinbarte Frist darf jedoch nach hM die gesetzliche Mindestgrenze von vier Wochen analog § 622 V, I BGB nicht unterschreiten (BGHZ 112, 103 (115) = NJW 1990, 2622; BGH NJW 1999, 3263; OLG Karlsruhe NZG 2017, 226; *W. Goette/M. Goette* Die GmbH § 8 Rn. 166; aA – volle Disponibilität – *Baumbach/Hueck/Beurskens* § 38 Rn. 138; vermittelnd *Jaeger Der Anstellungsvertrag* S. 172 f.). Entsprechendes gilt bei Koppelvereinbarungen (→ Rn. 127, 150).

Fehlt es an einer solchen Vereinbarung und handelt es sich nicht um ein befristetes und daher nur außerordentlich kündbares Anstellungsverhältnis (→ Rn. 140 ff.), so ist **str.**, welche **gesetzliche Kündigungsfrist** gilt. Die hM befürwortet grds. die entsprechende Anwendung des für AN geltenden § 622 BGB (BGH NZG 2005, 968 (970); Lutter/*Hommelhoff/Kleindiek* Anh. § 6 Rn. 53; Scholz/*Hohenstatt* § 35 Rn. 473 f.; *Nägele* BB 2001, 305 (309 f.) jew. mwN). Nach der Gegenansicht soll grds. § 621 BGB gelten, bei festen monatlichen Bezügen die Kündigung also gem. § 621 Nr. 3 BGB am fünfzehnten des Monats zum Ende des Kalendermonats zulässig sein (*Hümmrich* NJW 1995, 1177; vgl. auch *MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück* § 35 Rn. 410; *Säcker* BB 1979, 1324). Für beherrschende Gesellschafter soll es auch nach der hM bei § 621 Nr. 3 BGB bleiben (BGH NJW 1987, 2073 f.; OLG Düsseldorf NZG 2004, 478 (481); UHL/*Paefgen* § 38 Rn. 79 ff., 81; MHLS/*Tebben* Rn. 218 ff., 220; Palandt/*Weidenkaff* BGB § 621 Rn. 1 mit § 622 Rn. 4; *Löwisch* FS Kraft, 1998, 375 (379); *Wilhelm* KapGesR. 1211 jew. mwN).

Stellungnahme. Regelmäßig stellt der Geschäftsführer seine Arbeitskraft der Gesellschaft wie ein AN hauptberuflich zur Verfügung. Er ist insoweit wirtschaftlich von dieser Anstellung abhängig und bedarf hinreichender Zeit, sich nach einer anderen hauptberuflichen Beschäftigung umzusehen. Umgekehrt benötigt auch die GmbH hinreichend Zeit, um einen qualifizierten Nachfolger suchen und einstellen zu können. Die **Interessenlage** spricht daher **auf beiden Seiten** für eine analoge Anwendung des **§ 622 BGB** (sa BGHZ 91, 217 (219 f.) = NJW 1984, 2528; OLG Düsseldorf NZG 2004, 478 (481); *Baumbach/Hueck/Beurskens* § 38 Rn. 137; *W. Goette/M. Goette* Die GmbH § 8 Rn. 169 jew. mwN).

- 133 Hinsichtlich des **beherrschenden Gesellschafters** gilt entgegen der hM (→ Rn. 131) **nichts anderes**, zumal wenn er im Hinblick auf die Kündigungserklärung seinen beherrschenden Einfluss gar nicht ausüben kann (zutr. Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* Anh. § 6 Rn. 53).
- 134 Bei **unberechtigter Kündigung**, etwa vor Ablauf der fest vereinbarten Vertragsdauer, ist der Geschäftsführer wegen Vertragsverletzung (§ 280 I BGB) zum **Schadenersatz** verpflichtet. Praktisch wichtig sind die Kosten der Nachfolgersuche. Dabei trifft den Geschäftsführer die Beweislast dafür, dass diese Kosten auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wären (Baumbach/Hueck/*Beurskens* § 38 Rn. 154). Bei unberechtigter Kündigung durch die Gesellschaft hat der Geschäftsführer **keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung** in leitender Funktion (BGH NJW 2011, 920), er kann lediglich Fortzahlung seiner Vergütung verlangen (sa *Lunk/Rodenbusch* NZA 2011, 497 (499 f.)). Umgekehrt ist er aber im Regelfall auch nicht dazu verpflichtet, eine andere Tätigkeit für die Gesellschaft auszuüben (→ § 38 Rn. 6).
- 135 **c) Insolvenz der Gesellschaft.** In der **Insolvenz** der Gesellschaft besteht das Anstellungsverhältnis grds. fort, § 108 I InsO. § 113 InsO erlaubt die Kündigung des Anstellungsvertrags mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende; er verdrängt längere Kündigungsfristen nach § 622 BGB und sogar den Ausschluss der ordentlichen Kündigung (BAGE 92, 41 = NZA 1999, 1331). Unberührt bleibt hingegen eine (insbes. vereinbarte) Kündigungsfrist, die kürzer als drei Monate ist (§ 113 I 2 HS 2 InsO; BAGE 95, 216 = NJW 2001, 317). Die Kündigung durch den Insolvenzverwalter beendet – selbstverständlich – nur das Anstellungsverhältnis, nicht etwa die Organisation (Scholz/*U. H. Schneider/Sethe*, 10. Aufl. 2007, § 35 Rn. 360). Zum Schicksal der Bezüge → Rn. 120.
- 136 **Str.** ist, ob der **beherrschende (Gesellschafter-)Geschäftsführer** (dazu bereits → Rn. 80, → Rn. 120) anders zu behandeln ist. Nach verbreiteter Auffassung soll hier § 103 InsO (Wahlrecht des Insolvenzverwalters bei gegenseitigen Verträgen) einschlägig sein und den Insolvenzverwalter ermächtigen, das Anstellungsverhältnis ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen (so Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Baukelmann* § 38 Rn. 59). Doch ist auch der unternehmerisch engagierte Geschäftsführer im Insolvenzfall insofern schutzwürdig, als er innerhalb der Mindestfristen der InsO die Chance bekommen muss, sich eine neue Vollzeitbeschäftigung zu suchen (dazu bereits → Rn. 131 ff.). Von seiner Beteiligung an der GmbH kann er im Insolvenzfall gewiss nicht mehr leben. Die Vorstellung, der Insolvenzverwalter könne einseitig darüber befinden, ob ein solcher Geschäftsführer ohne jede Frist gehen oder aber seine Dienste weiterhin der insolventen GmbH zur Verfügung stellen muss (§ 103 InsO), ist in hohem Maße unsozial (so iErg auch Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* Anh. § 6 Rn. 69).
- 137 Die **Aufhebung des Insolvenzeröffnungsbeschlusses** im Beschwerdeverfahren berührt nicht die Wirksamkeit einer vorausgegangenen Kündigung (*Obermüller/Hess*, InsO, 4. Aufl. 2003, Rn. 770).
- 138 **d) Aufhebungsvertrag.** In der Praxis wird das Anstellungsverhältnis häufig durch einen Aufhebungsvertrag beendet (dazu OLG Frankfurt BB 1995, 2440; Baumbach/Hueck/*Beurskens* § 38 Rn. 146). Zuständigkeit: → Rn. 84. Das Bestellungsorgan muss auch einer sog. Generalvereinigung zustimmen (BGH ZIP 1998, 332). IdR besteht keine Pflicht des Geschäftsführers, bei den Verhandlungen über die Aufhebung seines Anstellungsvertrages bislang unentdeckte, zur fristlosen Kündigung berechtigende Verfehlungen zu offenbaren (OLG Düsseldorf GmbHR 2000, 666).
- 139 Wie bei jedem Aufhebungsvertrag stellt sich auch hier die Frage, ob „**Ausgleichsklauseln**“, nach denen abschließende Leistungen vereinbart werden, ein konstitutives bzw. deklaratorisches, positives bzw. negatives Schuldanerkenntnis oder auch

einen Erlassvertrag enthalten (s. dazu OLG Düsseldorf BB 1997, 2237). Das ist eine Frage der Auslegung (§§ 133, 157, 242 BGB), die davon abhängt, ob die Parteien zugleich einen feststellenden Vertrag abschließen wollten. Das wiederum ist anzunehmen, wenn es den Parteien – was häufig der Fall sein dürfte – darum ging, einen etwaigen Streit über bestehende Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag mit den getroffenen Vereinbarungen endgültig zu erledigen.

e) Außerordentliche Kündigung. aa) Verfahren. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung folgt aus § 626 BGB (hierzu BGH NJW 1975, 1698; 1980, 2411; UHL/*Paefgen* § 38 Rn. 87 ff. mwN; krit. *Kübler* FS W. Werner, 1984, 437 (448); zu Vorgehensweise und Folgen s. *Bayer/Rempp* GmbHR 1999, 530; *Reiserer* BB 2002, 1199; *Gehrlein* BB 1996, 2257; *Lohr* NZG 2001, 826; *Lunk* ZIP 1999, 1777; zur Abberufung aus wichtigem Grund → § 38 Rn. 34 ff.). Die Entscheidung über die Kündigung und deren Ausspruch unterfallen ebenso wie die Anstellung selbst grds. der **Kompetenz** der Gesellschafter (BGH NJW 1999, 3263 f.; OLG Köln NZG 2000, 551 f.; s. schon → Rn. 84; → § 46 Rn. 48 ff.). Str. ist, ob Kündigung/Abberufung aus wichtigem Grund stets der Gesellschafterversammlung vorbehalten ist, also auch bei Delegation, dazu → Rn. 61, 84 (bejahend Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Baukelmann* § 38 Rn. 17 mwN; aA *Goette* DStR 1999, 1745; näher → § 46 Rn. 40; → § 38 Rn. 13).

Der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer soll bei der Abstimmung zur außerordentlichen Kündigung nach hM generell **kein Stimmrecht** haben (das geht bei str. Tatsachenbehauptungen zum wichtigen Grund fehl → § 38 Rn. 46 ff.). IFd Einmann-GmbH ist die Protokollierung des Gesellschafterbeschlusses (§ 48 III) kein Wirksamkeitserfordernis (→ § 48 Rn. 56) und kann sogar durch eine schriftliche Kündigungserklärung ersetzt werden (→ § 48 Rn. 55, KG NZG 1999, 501). Einem Gesellschafter-Geschäftsführer ist die Kündigung spätestens dann zugegangen, wenn er das den Kündigungsbeschluss dokumentierende Protokoll der Gesellschafterversammlung unterschreibt (OLG Nürnberg NZG 2001, 810 f.).

Grds. ist die Kündigung formfrei möglich; § 623 BGB gilt nicht (→ Rn. 129), auch nicht analog (ebenso *Zimmer* BB 2003, 1175). Sieht der Vertrag die Kündigung in der **Form** des eingeschriebenen Briefes vor, hat iZw die Schriftform konstitutive Bedeutung, die Übermittlungsform (Einschreiben) lediglich Beweisfunktion (KG NZG 1999, 764). Die Angabe eines bestimmten Kündigungsgrundes ist nicht erforderlich (OLG Zweibrücken NZG 1999, 1011). Die Abberufung enthält nur dann zugleich die Kündigung des Anstellungsvertrages, wenn mit hinreichender Klarheit zum Ausdruck kommt, dass auch der Anstellungsvertrag beendet werden soll (OLG Köln NZG 2000, 551 f.; OLG Rostock NZG 1999, 216, zust. *Gitter* NZG 2000, 552 f.; → § 38 Rn. 5).

Einer vorherigen **Abmahnung** des Geschäftsführers bedarf es – anders als beim AN – wegen dessen organschaftlicher Stellung nicht (BGH ZIP 2001, 1957; OLG Hamm GmbHR 2010, 477 (481)), und zwar trotz § 314 II BGB (BGH GmbHR 2007, 936, aber str., wie hier *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek* Anh. § 6 Rn. 61a; aA *Winzer* GmbHR 2007, 1190; diff. nach der Schwere der Pflichtverletzung *Koch* ZIP 2005, 1621; *Döge/Jobst* GmbHR 2008, 527; ausführl. *U. H. Schneider* GmbHR 2003, 1).

bb) Wichtiger Grund für die Gesellschaft. Erforderlich ist das Vorliegen von **Tatsachen**, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die **Fortsetzung** des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses **nicht zugemutet werden kann** (§ 626 I BGB). Es bedarf keines Verschuldens, um einen wichtigen Grund bejahen zu können (BGH WM 1975, 761; OLG München ZIP 2017, 1808 (1809)).

Beweislast trägt derjenige, der sich auf § 626 BGB beruft (BGH NJW 2003, 431 (432 f.); OLG München ZIP 2017, 1808).

- 145 Aufseiten der GmbH sind **wichtige Gründe** zB **Pflichtverletzungen mit persönlicher Bereicherung**: eigenmächtige Veranlassung der Auszahlung einer Tantieme (Goette DStR 1995, 1120); unberechtigte Abrechnung privater Kosten als Spesen (KG NZG 2001, 325), aber nicht ohne Weiteres bei Uneinigkeit über Erstattungsfähigkeit von Spesen, wenn der Geschäftsführer diejenigen Spesen, auf die er Anspruch zu haben glaubt, offen abrechnet (vgl. BGH NJW 2003, 431 (432)); ungenehmigter umfangreicher Einsatz der Firmenkreditkarte zu privaten Zwecken (OLG Brandenburg GmbHR 2007, 874); nachhaltiger Verstoß gegen ein Wettbewerbsverbot, abhängig von Umfang, Intensität und Dauer des Verstoßes (OLG Düsseldorf GmbHR 2000, 1050 (1054 f.)); die missbräuchliche Ausnutzung von Geschäftschancen der GmbH (BGH NJW 1995, 1358); die Überführung eines Betrages iHv fünf bis sechs Monatsgehältern vom Gesellschaftskonto ins Privatvermögen aus Anlass einer befürchteten Veränderung der Rechtsstellung, um sich so wegen etwaiger künftiger Ansprüche gegen die Gesellschaft zu sichern (OLG Köln GmbHR 1996, 290 (Ls.)); der Entzug nicht unerheblicher Barmittel für private Zwecke (OLG Düsseldorf GmbHR 1999, 543); die Verwendung von Arbeitskräften und Materialien der Gesellschaft für den Bau des privaten Hauses in erheblichem Umfang (BGH GmbHR 1997, 998); unberechtigte Amtsniederlegung (BGH DStR 1995, 1359; LG München I ZIP 2018, 1292).

- 146 **Pflichtverletzungen ohne Bereicherung zulasten der GmbH**: schuldhaftes Insolvenzverschleppung (BGH ZIP 2005, 1365; 2008, 267); Tötlichkeiten gegenüber Gesellschaftern (OLG Stuttgart GmbHR 1995, 229 (230)); unterlassenes Einschreiten gegen sexuelle Belästigung von Angestellten durch andere Mitarbeiter oder Mitgeschäftsführer (OLG Hamm GmbHR 2007, 823); unterlassene Nachforschung nach erheblichen Bewertungsdivergenzen bei der Erstellung des Jahresabschlusses (OLG Bremen NJW-RR 1998, 468); üble Nachrede und Verunglimpfung des gesetzlichen Vertreters der Mehrheitsgesellschafterin (BGH NJW 1998, 3274); die Ablehnung der Übernahme einer zumutbaren Tätigkeit durch einen zeitlich nicht ausgelasteten Geschäftsführer (OLG Nürnberg NZG 2000, 154 f.); Weigerung, Gesellschafteranweisung nachzukommen (BGH ZIP 2019, 1805 (1809): Tatfrage; das Angebot eines Geschäftsführers, sich für einen gut bezahlten Geschäftsführerposten in einer Auseinandersetzung zwischen seinem aktuellen und einem möglichen neuen Dienstherrn auf dessen Seite zu schlagen (KG NZG 1999, 764); keine Einrichtung von Kontrollsystemen zur Unterbindung von Scheinrechnungen (OLG Jena NZG 2010, 226); Abschluss von Beraterverträgen mit Politikern ohne konkrete Gegenleistung (BGH NJW 2013, 2425); **Straftaten** mit, aber ggf. auch ohne Bezug zur Geschäftsführertätigkeit (Nachw. bei MHLS/Tebben Rn. 231); **Missachtung von Gesellschafterrechten**: Auskunftsverweigerung gegenüber den Gesellschaftern (vgl. OLG Frankfurt GmbHR 1994, 114 (115); OLG München DB 1994, 828); die beharrliche Nichtbefolgung einer rechtmäßigen Weisung (OLG Frankfurt GmbHR 1997, 346 (348 f.)); wiederholte Kompetenzüberschreitungen (BGH NZG 2002, 46 (47)); die Unfähigkeit des Geschäftsführers, das Kassenbuch vorzulegen oder dessen Verbleib plausibel zu erklären sowie von ihm vom Geschäftskonto getätigte Barabhebungen zu begründen oder für das Geld einen plausiblen Verwendungszweck zu erbringen (OLG Rostock NZG 1999, 216); ein tief greifendes Zerwürfnis zwischen den Geschäftsführern (LG Karlsruhe GmbHR 1998, 684); mangelnde Bereitschaft, mit den Mitgeschäftsführern und dem AR zusammenzuarbeiten (LG Berlin GmbHR 2004, 741). Auch eine anhaltende schwere Krankheit kann im Einzelfall einen Kündigungsgrund darstellen (vgl. dazu Picker GmbHR 2011, 629). Informiert der Geschäftsführer vor dem Abschluss von Verträgen für die GmbH mit einer Gesellschaft, die ihm persönlich eng verbunden ist, die Gesellschafter nicht, so kommt es darauf an, ob diese Verträge für die GmbH wirtschaftlich nachteilig

und für den Vertragspartner entsprechend vorteilhaft sind (OLG Brandenburg NZG 2000, 143; weitere Bsp. bei MHLS/*Tebben* Rn. 229 ff.). Nicht ohne Weiteres einen wichtigen Grund stellt die Amtsniederlegung durch den Geschäftsführer dar (BGHZ 78, 82 (85) = NJW 1980, 2415; OLG Celle GmbHR 1995, 728).

Eine Kündigung wegen des **dringenden Verdachts** erheblicher Pflichtverletzungen erfordert, dass der Verdacht auf obj. nachweisbaren Tatsachen beruht, die Gesellschaft alles in ihren Kräften Stehende zur Aufklärung des Sachverhaltes unternommen und dem Geschäftsführer die Möglichkeit gegeben hat, den Verdacht zu entkräften (**Verdachtskündigung**; dazu LAG Berlin GmbHR 1997, 839 (841); *W. Goette/M. Goette* Die GmbH § 8 Rn. 181 f.; *Linck* in Schaub ArbR-HdB § 127 Rn. 136 ff.; *Jaeger* Der Anstellungsvertrag S. 182; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* Anh. zu § 6 Rn. 61 → § 38 Rn. 40).

Kein wichtiger Grund: Insolvenz, Massearmut, mangelnde Möglichkeit der Weiterbeschäftigung; insoweit gelten die Regelungen in der InsO (OLG Düsseldorf NZG 2000, 1044). Ein wichtiger Grund scheidet grds. aus, wenn sich die Gesellschaft ihrerseits gegenüber dem ohnehin abberufenen Geschäftsführer vertragsuntreu und rechtswidrig verhält (BGH Beschl. v 18.12.2000 – II ZR 171/99, besprochen bei *Goette* DStR 2001, 1312). Ebenso fehlt es am wichtigen Grund, wenn sich der Geschäftsführer für die Zeitspanne bis zum regulären Ende des Dienstverhältnisses im Erholungsurlaub befindet und daher keine Aktivitäten iRd Dienstverhältnisses mehr entfalten kann (OLG Jena NZG 1999, 1069 f. betr. Vorstand). Kein wichtiger Grund soll auch die auf geschäftspolitischen Erwägungen beruhende Absicht der Muttergesellschaft sein, die Tochtergesellschaft zu liquidieren (vgl. BGH NJW 2003, 431 (433)).

cc) Vereinbarung des wichtigen Grundes. Die Parteien können den „**wichtigen Grund**“ in der Weise **vereinbaren**, dass bestimmte Tatbestände zur fristlosen Kündigung berechtigen sollen. Bei Eintritt eines solchen Tatbestandes bedarf es dann keiner Interessenabwägung mehr. Erfüllen diese vertraglich festgelegten Tatbestände jedoch nicht die gesetzlichen Anforderungen eines wichtigen Grundes iSv § 626 BGB, soll eine hierauf gestützte Kündigung keine fristlose Beendigung des Anstellungsvertrages bewirken. Vielmehr ende er unter Wahrung der gesetzlichen (ordentlichen) Mindestkündigungsfrist (BGH NJW 1989, 2683 f.).

Der praktisch bedeutsamste Fall ist die **Koppelungsvereinbarung**, nach welcher der Anstellungsvertrag unter der auflösenden Bedingung der Beendigung des Organverhältnisses stehen soll (→ Rn. 127). Erfolgt die Abberufung nach § 38 aus einem Grund, der zugleich zur außerordentlichen Kündigung berechtigt (§ 626 BGB), enden Organamt und Dienstvertrag iZw gleichzeitig. Fehlt ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung des Dienstvertrages, ist der Kündigungsschutz nach § 622 BGB analog zu beachten (→ Rn. 130 ff.). Der BGH tendiert offenkundig dahin, dass der Dienstvertrag in solchen Fällen erst nach Ablauf der in § 622 BGB zwingend vorgeschriebenen Mindestkündigungsfrist endet (BGHZ 112, 103 (115) = GmbHR 1990, 449). Nach OLG Karlsruhe (NZG 2017, 226 = GmbHR 2017, 295 mzustAnm *Haase*; ebenso *Seitz* FS Wegen, 2015, 517) soll die Koppelungsvereinbarung sogar nichtig sein, weil sie die sich aus § 622 V 1 Nr. 2 BGB zwingend ergebende Mindestkündigungsfrist von vier Wochen unterschreite. Richtiger Ansicht nach ist die Abberufung aus dem Organamt im Falle einer **Koppelungsvereinbarung als Erklärung der ordentlichen Kündigung auszulegen**, weil der Geschäftsführer seine Abberufung entsprechend verstehen muss (§§ 133, 157, 242 BGB). Das ist gerade der Inhalt der Koppelungsvereinbarung, wenn und weil sie den Schutz bei ordentlicher Kündigung, den der Geschäftsleiter analog § 622 BGB genießt (→ Rn. 130 ff.), nicht zu beseitigen vermag (ebenso wohl OLG München DB 1994, 1972; UHL/*Paefgen* § 38 Rn. 253 ff.; aA *Baumbach/Hueck/Beurskens* § 38 Rn. 96: Keine Bedenken gegen auflösende Bedingung). Weil der Geschäftslei-

ter die Koppelungsvereinbarung iS einer auflösenden Bedingung akzeptiert hat, kann ihm nur noch die nicht disponible Kündigungsfrist analog § 622 BGB helfen, die mit Zugang der Abberufungserklärung in Lauf gesetzt wird (→ Rn. 130 ff.). Die Annahme, eine Koppelungsvereinbarung ohne Berücksichtigung der Mindestkündigungsfrist müsse wegen Verstoßes gegen § 622 V 1 Nr. 2 BGB nichtig sein (so OLG Karlsruhe NZG 2017, 226), geht fehl (ebenso UHL/*Paefgen* § 38 Rn. 254 mit Hinweis auf BGH NJW 1981, 2748 f.; 1989, 2683 f.).

- 151** Ein **zu Unrecht fristlos gekündigter** Geschäftsführer kann nur dann Weiterzahlung des Gehalts verlangen und ggf. im Urkundenprozess geltend machen (*Pröppner* BB 2003, 202), wenn er der Kündigung widerspricht und seine Dienste anbietet, §§ 615, 293 ff. BGB (OLG Koblenz GmbHR 1994, 887). Ein wörtliches Angebot (§ 295 BGB) ist aber entbehrlich, wenn die Gesellschaft etwa durch Bestellung eines anderen Geschäftsführers erkennen lässt, dass sie unter keinen Umständen bereit ist, den Abberufenen weiter zu beschäftigen (BGH ZIP 2000, 2199 (2200)). Einen nicht binnen Monatsfrist (→ Anh. § 47 Rn. 91 ff.) angefochtenen Kündigungsbeschluss der Gesellschafter muss der Gesellschafter-Geschäftsführer als verbindlich gegen sich gelten lassen (OLG Nürnberg NZG 2001, 810 f.).

- 152** **dd) Erklärungsfrist.** Die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund unterliegt nach hM der zweiwöchigen Überlegungsfrist des § 626 II BGB (dazu eing. und mR krit. Baumbach/Hueck/*Beurskens* § 38 Rn. 121 ff. mwN). Im Rechtsstreit hat die GmbH darzulegen und zu beweisen, dass die Kündigung fristgerecht zugegangen ist (OLG München NZG 2009, 665 f.; OLG Düsseldorf GmbHR 1999, 543). Für den **Fristbeginn** maßgebend ist die nach dem Zusammentritt der Gesellschafterversammlung – an einem zulässigen Versammlungsort (OLG Düsseldorf NZG 2003, 975 (977)) – erlangte Tatsachenkenntnis der Mitglieder (BGHZ 139, 89 = NJW 1998, 3274; BGH NJW 2000, 1864 (1866); ZIP 2001, 1957; Kenntnis des Vorsitzenden genügt nicht; OLG München NZG 2009, 665 (666); anders noch BGH NJW 1996, 1403; GmbHR 1997, 998; außerhalb der Gesellschafterversammlung erlangte Kenntnis maßgeblich). Wird jedoch die Einberufung des Kollegialorgans von den einberufungsberechtigten Mitgliedern nach Kenntniserlangung von dem Kündigungssachverhalt unangemessen verzögert, muss sich die Gesellschaft so behandeln lassen, als wäre die Versammlung mit der billigerweise zumutbaren Beschleunigung einberufen worden (BGHZ 139, 89 = NJW 1998, 3274, dazu *Stein* ZGR 1999, 264; BGH ZIP 2001, 1957; KG NZG 2000, 101 ff.; UHL/*Paefgen* § 38 Rn. 114 f.; *Slabschi* ZIP 1999, 391; sa schon BGH ZIP 1996, 636 f.). Dies gilt nicht nur dann, wenn sämtliche Gesellschafter außerhalb der Gesellschafterversammlung Kenntnis erlangt haben; gleichgestellt ist vielmehr die Kenntnis eines Gesellschafters, der nach § 50 I eine Einberufung verlangen und diese sogar nach § 50 III erzwingen kann (*W. Goette/M. Goette* Die GmbH § 8 Rn. 192). In der **Einpersonengesellschaft** beginnt die Frist stets mit Kenntnis des Alleingesellschafters bzw. des Geschäftsführers der Alleingesellschafterin zu laufen (BGH NJW 2013, 2425 Rn. 11 ff.; Baumbach/Hueck/*Beurskens* § 38 Rn. 123).

- 153** Wenn die Gesellschafter – ohne sich auf den wichtigen Grund iSd § 38 II zu berufen – in der folgenden Gesellschafterversammlung noch einen **Versuch zur Verständigung** unternehmen und erst anschließend den Beschluss zur Abberufung aus wichtigem Grund (§ 38 II) auf die nächste Tagesordnung bringen (vgl. dazu BGH ZIP 1992, 32 (34)), kann die Zweiwochenfrist grds. nicht vor Abschluss der eine Verständigung suchenden Versammlung beginnen (anderenfalls gäbe es eine unheilvolle Divergenz zwischen § 626 BGB und der Berechtigung zur Abberufung aus wichtigem Grund iSd § 38 II).

- 154** Zum **Nachschieben von Kündigungsgründen** s. BGH ZIP 2005, 1365; BGHZ 157, 151 = NJW 2004, 1528 mwN; *W. Goette/M. Goette* Die GmbH § 8 Rn. 196 ff. Das Nachschieben von Gründen ist gem. dem Zweck des § 626 II BGB

nur zulässig, sofern die Gründe bereits bei Ausspruch der Kündigung vorlagen. Ein sachlicher Zusammenhang zwischen ursprünglichen und nachgeschobenen Gründen ist nicht erforderlich (BGH NJW 2004, 1528 (1529)). Anderes gilt nur, wenn die Kündigungsgründe bei isolierter Betrachtung verfristet sind. In diesem Fall können sie unterstützend iRd Gesamtabwägung herangezogen werden, wenn sie als Teil einer Kette in einem inneren Zusammenhang mit dem nicht verfristeten Kündigungsgrund stehen (BGH ZIP 2001, 1957 f.; OLG Karlsruhe NZG 2000, 264). Bei Dauerverhalten wie zB Insolvenzverschleppung beginnt die Zweiwochenfrist nicht vor dessen Beendigung (BGH ZIP 2005, 1365 (1366)). Erst nach Erklärung der Kündigung eingetretene Gründe erfordern hingegen eine neue Kündigung, über die die Gesellschafterversammlung zu befinden hat (*W. Goette/M. Goette Die GmbH* § 8 Rn. 200 mwN). Das Nachschieben von Kündigungsgründen erfordert einen erneuten entsprechenden Gesellschafterbeschluss (BGH NJW 2004, 1528 (1529)).

ee) Umdeutung. Ggf. kommt Umdeutung der fristlosen in eine wirksame **155** ordentliche Kündigung in Betracht (§ 140 BGB), ua wenn die Frist des § 626 II BGB versäumt wurde oder die erforderliche Abstimmungsmehrheit in der Gesellschafterversammlung oder ein wichtiger Grund fehlt, s. BGH NJW 1998, 76; ZIP 2000, 539; LAG Berlin GmbHR 1997, 839 (843); OLG Düsseldorf NZG 2000, 1044 f. Dabei muss die Umdeutung dem Willen des Kündigenden entsprechen und dieser Wille gegenüber dem Kündigungsempfänger erkennbar zum Ausdruck gebracht werden (BGH NJW-RR 2000, 987). Bei der unwirksamen fristlosen Kündigung des Fremdgeschäftsführers lässt sich idR – anders als beim Gesellschafter-Geschäftsführer – ein hinreichend deutlich verlautbarter **Umdeutungswille** feststellen (*Goette DStR* 2000, 525 f.).

Die Umdeutung kann jedoch von **weiteren Voraussetzungen** abhängen. Ist der **156** Geschäftsführer zugleich Gesellschafter, darf er zwar nach hM nicht über die ihn betr. fristlose Kündigung mit abstimmen. Denn er unterliegt nach hM dem Stimmverbot iSd § 47 IV (zum Stimmverbot bei der Abberufung näher → § 38 Rn. 46 ff.). Hingegen ist er stimmberechtigt, wenn es um seine ordentliche Kündigung geht. Die Umdeutung einer nur von einem Teil der Gesellschafter (ungültig) beschlossenen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche kann schon daran scheitern, dass sie sich über das Stimmrecht des betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführers hinwegsetzt (*W. Goette/M. Goette Die GmbH* § 8 Rn. 172; näher → § 46 Rn. 41; → § 47 Rn. 101 ff.).

ff) Folgen. Der **Vergütungsanspruch** nach der Kündigung folgt aus § 628 BGB **157** (vgl. auch BAG GmbHR 2003, 105 (108 ff.)). Die Vereinbarung einer **Abfindung** für den Fall einer fristlosen Kündigung ist wegen unzumutbarer Erschwerung der Vertragsbeendigung unwirksam (BGH ZIP 2000, 1442; MüKoBGB/Henssler BGB § 626 Rn. 55).

gg) Wichtiger Grund für den Geschäftsführer. Es gelten keine Besonderheiten, auch für den Geschäftsführer muss unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nach Maßgabe des Vertrages unzumutbar geworden sein (→ Rn. 144 ff.). Wichtig ist, dass schon die Behinderung des Geschäftsführers bei der Wahrnehmung seiner ihm im Allgemeininteresse obliegenden Aufgaben, etwa hinsichtlich der Buchführung etc, die fristlose Kündigung rechtfertigen kann (BGH NJW 1995, 2850 f.; → § 43 Rn. 24). Unzumutbar ist auch eine nachträgliche Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis in einem Kernbereich (OLG Frankfurt GmbHR 1993, 288 f.; vgl. aber auch BGH NJW 2012, 1656 zur zulässigen Kompetenzbeschränkung) oder die gänzlich verweigerte Bestellung nach Ablauf einer im Anstellungsvertrag vereinbarten Einarbeitungszeit (BAG NZA 2002, 1323 = GmbHR 2003, 105, 107 ff.; krit. *Bauer/Diller/Krets DB* 2003, 2687 (2690 ff.)). Zu dem in der Praxis häufigen Fall der ehrkränkenden

Äußerungen über den Geschäftsführer s. BGH NJW-RR 1992, 992; NJW 1995, 2850. Ein Widerruf der Bestellung zum Geschäftsführer soll dagegen nicht per se zu einem wichtigen Grund führen (→ § 38 Rn. 9 f.), weil der Geschäftsführer weiterhin seine Vergütungsansprüche behalte und kein Anspruch auf Beschäftigung bestehe (auch kein Anspruch aus § 628 II BGB, s. BGH NJW 2003, 351; 2012, 1656; sa Haase GmbHR 2012, 614). Anders kann dies aber sein, wenn kein wichtiger Grund nach § 38 II für einen Widerruf der Bestellung vorliegt und dennoch widerrufen wird (UHL/Paeßen § 38 Rn. 141 mN).

- 159 Erklärt der Geschäftsführer aus **behauptetem wichtigen Grund** die Kündigung und stellt er seine Tätigkeit für die Gesellschaft ein, steht ihm für die Folgezeit – unabhängig von der Wirksamkeit der Kündigung – kein Anspruch auf **Vergütung** mehr zu. Es kann aber Anspruch auf Schadensersatz aus § 628 II BGB bestehen (UHL/Paeßen § 38 Rn. 140 ff.).

- 160 **10. GmbH & Co. KG.** Zur Funktion des GmbH-Geschäftsführers in der KG bereits → § 35 Rn. 6, 14, → § 45 Rn. 26 ff. Das Anstellungsverhältnis kann auch unmittelbar mit der KG bestehen, der Geschäftsführer also von dieser bezahlt werden (→ Rn. 81 sowie BGH ZIP 2016, 1332; NJW 1987, 2073; BAG NJW 1995, 3338; ZIP 1992, 1496 f.; G. Hueck ZfA 1985, 25 (36); Martens FS Hilger/Stumpf, 1983, 437 (446); Fleck ZHR 149 (1985), 387 (389)). Zu Fragen der Zuständigkeit innerhalb einer Einheitsgesellschaft → § 45 Rn. 29 ff.; OLG Hamburg ZIP 2013, 881. Nach neuerer Auffassung soll das KSchG auch iFd Anstellung durch die KG keine Anwendung finden (Scholz/Hohenstatt § 35 Rn. 481; Zimmer/Rupp GmbHR 2006, 572 (574 f.); vgl. auch BAGE 107, 165 = NJW 2003, 3290; BGH NZG 2007, 590; aA BAGE 39, 16 = NJW 1983, 2405 (2407)). Erst recht mutiert das organschaftliche Anstellungsverhältnis in der GmbH nicht durch **Umwandlung** der GmbH in eine GmbH & Co. KG (und der Bestellung zum Geschäftsführer der Komplementär-GmbH) in ein dem Kündigungsschutz unterliegendes Arbeitsverhältnis mit der KG. Denn der Geschäftsführer kann durch die Umwandlung nicht einen Kündigungsschutz erlangen, den er vorher nicht hatte (BGH NZG 2007, 590 Rn. 6); zum Rechtsweg → Rn. 168; zu weiteren arbeitsrechtlichen Aspekten Tillmann/Mohr GmbH-Geschäftsführer Rn. 193 ff., 326 ff., 418 ff.; Fleck ZHR 149 (1985), 387 (400 ff.).

- 161 **Überhöhte Bezüge** des Geschäftsführers, der zugleich GmbH-Gesellschafter und/oder Kommanditist ist, können die Sanktionen nach § 31 GmbHG oder nach § 172 IV HGB auslösen (BAG NJW 1983, 1869 f.; vgl. auch Bork AcP 184 (1984), 465 (481 ff., 489 ff.) und näher → § 30 Rn. 73 ff., 178). Zu Fragen der Zuständigkeit für eine Gehaltserhöhung und dem Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) sa BGH ZIP 2014, 1278: Ein Geschäftsführer mit Anstellungsvertrag bei der KG, der aber nur hinsichtlich der Komplementär-GmbH von § 181 BGB befreit ist, kann sich sein Gehalt nicht selbst in wirksamer Weise erhöhen.

- 162 Der **Dienstvertrag mit der KG** soll verbreiteter Ansicht zufolge der Zustimmung der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH bedürfen (Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Anh. § 6 Rn. 9; Baumbach/Hueck/Beurskens Rn. 65; Scholz/Hohenstatt § 35 Rn. 326; offengelassen von BGH ZIP 2016, 1332 Rn. 32; jew. mwN). Das geht fehl, verstößt insbes. gegen den Grds. der Relativität der Schuldverhältnisse (wie hier UHL/Paeßen § 35 Rn. 324; MHLS/Tebben Rn. 146). Die Gesellschafterversammlung der Komplementärin hat andererseits sowieso die Personalhoheit über ihren Geschäftsführer (§§ 38, 45 Nr. 5 und 6). Das Honorar kann im Gesellschaftsvertrag der KG einem Beschluss der Gesellschafterversammlung von Fall zu Fall überlassen werden (BGH NZG 2016, 823, dort auch zur Nichtgeltung des § 181 BGB, wenn sich zwei Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gegenseitig im Namen der KG das Honorar bewilligen; zum Kommanditis-