

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG

Altmeppen

11., neubearbeitete Auflage 2023
ISBN 978-3-406-79766-8
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.

überlagert durch den „unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff“ – beruht auf falscher Prämisse: Es kommt nicht darauf an, in welchem Umfang der Geschäftsführer Weisungen der Gesellschafter befolgen muss, weil schon das geschäftsbesorgungrechtliche Weisungsrecht des Organs Gesellschafterversammlung umfassend und von einem „arbeitsrechtlichen“ nicht schlüssig abzugrenzen ist. Vor allem hat jeder Geschäftsleiter der Kapitalgesellschaft nicht disponible Überwachungspflichten im Hinblick auf die Einhaltung von Schutzregeln für die Allgemeinheit, und dieses Mandat schließt die Bewertung seiner Tätigkeit als von der GmbH „sozial abhängig“ im Ansatz aus (Altmeyen NJW 2022, 2785; die Einzelheiten sind hier nicht zu vertiefen).

2. Abschlusskompetenz. Der Abschluss und die Kündigung des Dienstvertrags fallen, ebenso wie die Bestellung und Abberufung, grds. in die Kompetenz der **Gesellschafterversammlung** (Annexkompetenz über den Wortlaut des § 46 Nr. 5 hinaus für alle Fragen des Anstellungsverhältnisses, BGH ZIP 2018, 1629; NJW 2000, 2983; NJW 1999, 3263; OLG Düsseldorf NZG 2004, 478 (479); Goette DSrR 1998, 460; zur Vertretung der GmbH hierbei Gach/Pfüller GmbHR 1998, 64, dazu auch → § 38 Rn. 14, → § 46 Rn. 48). Dies gilt mangels abw. Regelung im Innen- wie im Außenverhältnis (BGHZ 113, 237 (241 ff., 245) = NJW 1991, 1727; NJW 2000, 2983; einschr. noch BGH WM 1968, 1328; auch OLG Celle GmbHR 1995, 728 (729): dispositive Zuständigkeit der Geschäftsführer im Außenverhältnis; Einzelheiten bei → § 46 Rn. 48 ff.). Der **Gesellschafter-Geschäftsführer** hat nach hM **Stimmrecht** bei der Beschlussfassung über Abschluss, Inhalt und Beendigung des Anstellungsvertrages (→ § 47 Rn. 110 ff.). Zum Anstellungsvertrag des Geschäftsführers mit Dritten („**Drittanstellung**“, Paradigma: mit Konzernmutter oder – bei GmbH & Co. KG – mit KG) → § 46 Rn. 52.

Wird ein **bisheriger AN zum Organ bestellt**, ist die Gesellschafterversammlung für den Anstellungsvertrag zuständig, während der Aufhebungsvertrag des bisherigen Arbeitsverhältnisses an sich in die Zuständigkeit des Geschäftsführers fällt. Das BAG (BAGE 123, 294 = NJW 2007, 3228) hat jedoch mR argumentiert, schon der schriftliche Dienstvertrag mit dem künftigen Organwalter genüge dem Schriftformerfordernis des § 623 BGB betreffs der Aufhebung des alten Dienstvertrages (→ Rn. 79). Daraus ist zu folgern, dass die Annexkompetenz der Gesellschafterversammlung sich auf den Aufhebungsvertrag mit dem bisherigen AN erstreckt, der zum Organ bestellt wird. Jede aA wäre unsinnige Förmerei.

Die Kündigung des Anstellungsverhältnisses kann ausnahmsweise auch konkludent im Abberufungsbeschluss (→ § 38 Rn. 5 f.) enthalten sein (s. OLG Düsseldorf NZG 2004, 478 (479 f.) zu einem Fall, in welchem die Gesellschaft nicht hinreichend zwischen Organstellung und Anstellungsverhältnis unterschieden hatte). **Vertragsänderungen** liegen ebenfalls im Zuständigkeitsbereich der Gesellschafterversammlung (BGH ZIP 2008, 117; Noack/Servatius/Haas/Noack § 46 Rn. 38 jew. mwN). Doch kann die Berufung des Geschäftsführers auf Fehlen des Gesellschafterbeschlusses gegen § 242 BGB verstoßen (OLG Hamm GmbHR 1991, 466 f.; vgl. aber auch OLG Köln GmbHR 1993, 734 (738): Formale Unzuständigkeit des Geschäftsführers soll nicht dadurch ersetzt werden, dass er auch in seiner Eigenschaft als Repräsentant der Alleingesellschafterin hätte auftreten und dadurch seine Zuständigkeit begründen können – zweifelhaft!). Fehlt es dem für die GmbH auftretenden Gesellschafter oder Geschäftsführer an der Vertretungsmacht, dann haftet er ggf. Haftung nach § 179 BGB gegenüber dem gutgl. Bewerber (§ 179 III 1 BGB) um den Anstellungsvertrag (BGH NJW 1990, 387).

In der **Einmann-GmbH** gelten nach hM § 35 III, § 181 BGB (vgl. HCL/Paefgen § 35 Rn. 72; MHLS/Tebben Rn. 143; Rowedder/Pentz/Raff Rn. 64; Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider § 35 Rn. 168 ff.; aA Noack/Servatius/Haas/Beurskens Rn. 63 mwN). Freilich kann sich der Gesellschafter das Selbstkontrahieren im Gesellschaftsvertrag und auch noch später gestatten (ausführl. → § 35

Rn. 99 ff. mwN). Zum Abschluss des Geschäftsführervertrags bei der **mitbestimmten** GmbH s. → § 46 Rn. 40; → § 52 Rn. 70 ff.

- 90 Der **fehlerhafte Geschäftsführeranstellungsvertrag** soll unter Heranziehung der Grds. zum fehlerhaften Arbeitsverhältnis für die Dauer der Geschäftsführertätigkeit als wirksam zu behandeln sein (zum Arbeitnehmerstatus → Rn. 85). Er kann für die Zukunft jederzeit aufgelöst werden (BGH NJW 2019, 3718 (3721); BGHZ 41, 282 = NJW 1964, 1367; BGH NJW 1989, 1928; ZIP 1995, 377; NJW 2000, 2983; KG NZG 2000, 43 f.; Noack/Servatius/Haas/Beurskens Rn. 58; Scholz/Hohenstatt § 35 Rn. 363 f.; Kruse/Welskop DStR 2020, 173 (175 ff.) jew. mwN). Davon zu unterscheiden ist die fehlerhafte Bestellung (→ Rn. 75).
- 91 Ist **Bestellung statutarisch** einem anderen Organ **übertragen** (→ Rn. 62), so besteht iZw Annexkompetenz sowohl für Abberufung als auch für Abschluss, Änderung und Kündigung des Anstellungsvertrages (BGHZ 113, 237 (241 f.) = NJW 1991, 1727; HCL/Paefgen § 38 Rn. 146 ff.). Dieses Organ vertritt die GmbH auch gerichtl. analog § 112 AktG (BGH ZIP 2004, 237 → § 52 Rn. 32).
- 92 **3. Wettbewerbsverbot.** Hinsichtlich des Wettbewerbsverbots (und auch der Bezüge, → Rn. 103 ff.) des Geschäftsführers kann man nur teilw. auf die aktienrechtlichen Vorschriften (§§ 87 f. AktG) zurückgreifen, da diese auch von einem öffentl. Interesse geprägt werden, welches bei der GmbH schwächer ausgeprägt ist. Ein Wettbewerbsverbot wird aus der allg. **Treuepflicht** abgeleitet, diese ist ebenso wie umgekehrt die **Fürsorgepflicht** der Gesellschaft im Grds. anerkannt (BGHZ 49, 30 = NJW 1968, 396; Noack/Servatius/Haas/Beurskens § 37 Rn. 83 ff.; Altmeppen ZIP 2008, 437 (439 f.); für Analogie zu § 88 I AktG OLG Rostock NZG 2020, 1152 mwN). IÜ resultiert die Treuepflicht aber aus der Organstellung, der Anstellungsvertrag hat insoweit nur konkretisierende und ergänzende Funktion; zu den Geschäftsführerplichten iE daher bei § 43, zum Wettbewerbsverbot → § 43 Rn. 38 ff. Der Alleingesellschafter-Geschäftsführer unterliegt gegenüber seiner GmbH keinem Wettbewerbsverbot (BGH NZG 2008, 187 Rn. 15). Er ist jedoch auch persönlich an ein vertragliches Wettbewerbsverbot gebunden, das „seine“ GmbH trifft (BGH ZIP 2005, 296).
- 93 Zweifelhaft und umstritten ist, ob das Wettbewerbsverbot des Geschäftsführers im Fall der Insolvenz seiner GmbH entfällt, weil die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen der GmbH auf den Insolvenzverwalter übergeht (so Schall NZG 2020, 1417 (1418); umgekehrt OLG Rostock ZIP 2020, 2067: Erst mit Verlust der Organstellung; diff. Peetz GmbHHR 2022, 130 ff.: Neben dem Wettbewerbsverbot im engeren Sinne gäbe es analog § 88 I AktG auch ein Tätigkeitsverbot, welches – anders als das Wettbewerbsverbot – im Insolvenzverfahren ende, während das Wettbewerbsverbot erst mit Verlust der Organstellung ende; dazu krit. Leuering FS Grunewald, 2021, 627 (631 ff.)). Nach der hier vertretenen Ansicht gilt § 88 AktG, der besagen soll, ein Vorstand müsse seine volle Arbeitskraft seiner AG widmen (Koch AktG § 88 Rn. 1, 4 mwN), nicht für die GmbH. Der Geschäftsführer einer GmbH unterliegt keinem so weitgehenden Tätigkeitsverbot. Die Frage lautet, ob eine anderweitige Tätigkeit des Geschäftsführers nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens seiner GmbH als „treuwidrig“ erscheint, obwohl der Schwerpunkt seiner Tätigkeit mit Verlust seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis dem Insolvenzverwalter zugefallen ist (§ 80 InsO). Das kann nur angenommen werden, wenn anderweitige Tätigkeit des Geschäftsführers die den Gläubigern gewidmete Masse der insolventen GmbH akut gefährdet, weil der Geschäftsführer Insiderwissen betr. der GmbH zu deren Nachteil und zugunsten eines anderen Unternehmensträgers ausnutzen könnte. Dieser Aspekt bezieht sich allenfalls auf echte Konkurrenztaetigkeit, während der Aspekt des Tätigkeitsverbots iSd § 88 I bei Insolvenz der GmbH vollständig zurücktritt: Die Annahme, der Geschäftsführer der GmbH müsse seine gesamte „Arbeitskraft“ seiner insolventen GmbH widmen, obwohl er dort so gut

wie nichts mehr zu tun hat, ist abwegig (wie hier offenbar auch Peetz GmbH 2022, 130 ff.).

Andererseits kann sich auch der Dienst- bzw. Gesellschaftsvertrag verbindlich zum Wettbewerbsverbot aussprechen, und zwar insbes. hinsichtlich eines **Wettbewerbsverbots nach dem Ausscheiden aus der Funktion** (dazu Bauer/Diller GmbHHR 1999, 885; s. zum Unternehmenskauf Schnelle GmbHHR 2000, 599). Ein solches gibt es **ohne ausdrückliche Vereinbarung grds. nicht** (OLG Frankfurt GmbHHR 1998, 376; vgl. auch OLG Düsseldorf DB 1990, 1960; GmbHHR 1993, 581; 1999, 120 f.; zur Weitergeltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes trotz einvernehmlicher Aufhebung des Anstellungsvertrages s. OLG Köln GmbHHR 1997, 743; OLG Schleswig NZG 2000, 894; zum Wettbewerbsverbot während Freistellung zwischen sofortiger Abberufung und Beendigung des Anstellungsverhältnisses unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist des Anstellungsverhältnisses s. OLG Oldenburg NZG 2000, 1038, dort auch zur Anwendbarkeit des § 615 S. 2 BGB).

Ein **nachvertragliches Wettbewerbsverbot unterliegt nicht §§ 74 ff. HGB** 95 (BGHZ 91, 1 (3 ff.) = NJW 1984, 2366; DStR 2008, 1842; zum Meinungsstand s. H.-F. Müller FS Grunewald, 2021, 811 (812 ff.); Kielkowski NZG 2015, 900; HCL/Paefgen § 35 Rn. 490 ff.; W. Goette/M. Goette Die GmbH § 8 Rn. 163; Thüsing NZG 2004, 9; für entsprechende Anwendung iFd arbeitnehmerähnlichen (Fremd-)Geschäftsführer Rowedder/Pentz/Belz § 35 Rn. 113; Kamanabrou ZGR 2002, 898 (907 ff.); teilw. auch Noack/Servatius/Haas/Beurskens § 37 Rn. 116 f. jew. mwN); daher ist auch keine Schriftform erforderlich. Eine Karenzentschädigung kann ganz oder für bestimmte Fälle (zB fristlose Kündigung) ausgeschlossen werden (BGH ZIP 2008, 1379 Rn. 6; DStR 2008, 1842 Rn. 5). Ein etwaiger anderweitiger Erwerb ist mangels abw. Vereinbarung auf die **Karenzentschädigung** nicht anzurechnen (BGH ZIP 2008, 1379 Rn. 4 ff.). Dasselbe gilt grds. für Altersruhegeld (BAG NZA 1985, 809 = DB 1985, 2053). Ggf. kann Nichtigkeit nach § 138 BGB iVm Art. 2, 12 GG vorliegen (BGHZ 91, 1 (5) = NJW 1984, 2366 mit fast wörtlicher Bezugnahme auf § 74a I 2 HGB; vgl. auch OLG Hamm GmbHHR 1989, 259 (260); OLG Düsseldorf DB 1990, 1960; GmbHHR 1999, 120 f.). Das ist der Fall, wenn ein Wettbewerbsverbot nicht dem berechtigten geschäftlichen Interesse der Gesellschaft dient, wenn es nach Ort, Zeit und Gegenstand die Berufsausübung und die wirtschaftliche Tätigkeit des Geschäftsführers unbillig erschwert sowie bei umfassenden Tätigkeitsverboten (OLG Düsseldorf DB 1990, 1960; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Anh. § 6 Rn. 25; aA Bauer/Diller BB 1995, 1134 (1136); Bauer/Diller GmbHHR 1999, 885; ausführl. HCL/Paefgen § 35 Rn. 492 ff.; Krämer FS Röhrich, 2005, 335 (336 ff.) jew. mwN).

Fehlt ein berechtigtes Gesellschaftsinteresse an dem Wettbewerbsverbot, 96 so ist dieses ohne Rücksicht darauf **nichtig**, ob eine Karenzentschädigung versprochen wurde (BGHZ 91, 1 (6) = NJW 1984, 2366; BGH NJW 2002, 1875 f.; OLG Düsseldorf GmbHHR 1999, 120 (122) mwN; OLG München GmbHHR 2018, 1310 (1311); krit. Manger GmbHHR 2001, 89 (92)). In solchen Fällen dürfte das Wettbewerbsverbot schon **gegen Art. 101 I AEUV und § 1 GWB verstoßen**, weil es der nachvertraglichen Situation „immanent“ sein muss (s. dazu die Kommentare zu § 1 GWB). Unter dem Gesichtspunkt des Art. 101 I AEUV und § 1 GWB und des § 138 BGB problematisch sind insbes. konzernweite nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Geschäftsführer, die auch für Unternehmen eines Konkurrenten gesperrt werden sollen (U. H. Schneider GmbHHR 1993, 10 (18 f.); Bauer/Diller GmbHHR 1999, 885 (889); großzügiger Noack/Servatius/Haas/Beurskens § 37 Rn. 119). Gleiches gilt für Wettbewerbsverbote, durch die der ehemalige Geschäftsführer unbefristet oder für eine gewisse Zeit vollständig als Wettbewerber ausgeschlossen werden soll (OLG Düsseldorf GmbHHR 1999, 120 f. mwN). Zu den Möglichkeiten des abberufenen Geschäftsführers, sich vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot zu befreien, Bergwitz GmbHHR 2006, 1129. Zur Haftung der Gesellschaft aus cic,

wenn der Nichtigkeitsgrund ihr zuzurechnen bzw. darüber nicht aufgeklärt wurde, OLG Brandenburg GmbH R 2021, 649: Karenzentschädigung kann neg. Interesse sein.

- 97 **Zweifelhaft** ist, ob und mit welchen Folgen die GmbH „**einseitig**“ auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot „**verzichten**“ darf (die Verzichtsmöglichkeit analog § 75a HGB bejahend BGH NJW 1992, 1892 f.; iErg bestätigt durch BGH NJW 2002, 1875 f.; abl. Heidenhain NZG 2002, 605 (606); OLG Koblenz NZG 2000, 653; vgl. auch Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Anh. § 6 Rn. 25a; Bergwitz GmbH R 2007, 523 (525 ff.)). Stellt man die Frage richtig, kann es nur darum gehen, welche „Entschädigung“ der Geschäftsführer verlangen kann, nachdem ihm erklärt wird, an dem Wettbewerbsverbot sei die GmbH nicht mehr interessiert: Gilt die einjährige Karenzentschädigung analog § 75a HGB? Unergiebig sind insoweit die Überlegungen zur „Schutzbedürftigkeit“ des Organs einer Kapitalgesellschaft iV zu derjenigen eines Handlungsgehilfen. Denn § 75a HGB schützt den Handlungsgehilfen nur ein Jahr lang, während die Organwalter einer Kapitalgesellschaft nicht selten länger einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot unterworfen sein sollen. Richtiger Ansicht nach sind die **Vereinbarungen** zwischen der Kapitalgesellschaft und ihren Geschäftsleitern **zu respektieren**. Haben sie kein Rücktrittsrecht vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot vereinbart, insbes. auch nicht die entsprechende Anwendung der §§ 74 ff. HGB, sind sie an ihrer Vereinbarung festzuhalten (zutr. Heidenhain NZG 2002, 605 (606); anders die hM, s. BGH NJW 1992 (1892 f.); NJW 2002, 1875 f.). Für den **Insolvenzverwalter** der GmbH gilt § 103 I InsO (Brechtel/Kehrel GmbH R 2021, 240 (244) mwN).
- 98 Will man zugunsten der GmbH „analog § 75a HGB“ davon ausgehen, sie könne sich einseitig aus der Verpflichtung lossagen, für die Dauer des vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes die vereinbarte Entschädigung zu zahlen, steht außer Frage, dass der Geschäftsführer eine **angemessene Dispositionsfrist** erhalten muss, da er seine beruflichen Angelegenheiten auf das Wettbewerbsverbot eingerichtet haben mag (insoweit zutr. BGH NJW 2002, 1875 f.). Da §§ 74 ff. HGB aber – wenn nicht anders vereinbart – iV zwischen GmbH und Geschäftsführer nicht gelten (→ Rn. 95), kann man die Entschädigung hier nicht einfach analog § 75a HGB auf ein Jahr festlegen (missverständlich BGH NJW 2002, 1875 f.). Teilw. wird eine Frist von drei Monaten für angemessen gehalten, während derer die GmbH die Karenzentschädigung soll zahlen müssen, wenn sie auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot verzichtet (OLG Düsseldorf DB 1996, 2273 mwN; offengelassen von BGH ZIP 1990, 1196 f.; für sofortige Befreiung Hoffmann-Becking FS Quack, 1991, 273 (282)). Starre Regeln können schon deswegen nicht aufgestellt werden, weil sich das Ergebnis in dogmatischer Hinsicht aus ergänzender Vertragsauslegung in jedem Einzelfall ergeben muss. Dabei ist zu beachten, dass die GmbH (selbstverständlich) dem Geschäftsführer Konkurrenzfähigkeit erlauben darf, im Grds. aber die versprochene Karenzentschädigung gleichwohl schuldet (zutr. Heidenhain NZG 2002, 605 f.).
- 99 Die Vereinbarung einer Karenzentschädigung soll einen konkludenten **Ausschluss der Aufrechnung** enthalten, da der Geschäftsführer idR auf die Leistung angewiesen sei (OLG Koblenz NZG 2000, 653).
- 100 **Nicht** von einem Wettbewerbsverbot **erfasst** und daher grds. erlaubt sind bloße **Vorbereitungshandlungen** zum Aufbau eines eigenen Unternehmens oder zur Mithilfe am Aufbau eines fremden und zum Zeitpunkt der Vorbereitung noch nicht im Wettbewerb stehenden Konkurrenzbetriebes (OLG Oldenburg NZG 2000, 1038 f.).
- 101 Ein **unwirksames Wettbewerbsverbot** wird nicht schon deshalb wirksam, weil ein AN Geschäftsführer wird (OLG Koblenz WM 1985, 1484 f.). Zu bedingten Wettbewerbsverboten s. LG Frankfurt GmbH R 1994, 803 und Bauer/Diller BB 1995, 1134 (1138 ff.). Unwirksamkeit nach den genannten Gründen führt idR

weder zu einer geltungserhaltenden Reduktion noch zu einer Umdeutung gem. § 140 BGB, sondern zur Gesamtnichtigkeit des Wettbewerbsverbots (BGHZ 91, 1 f. = NJW 1968, 1717, DB 1989, 1620 (1621); ZIP 2000, 1452 f.; OLG Düsseldorf GmbHR 1999, 120 (122); aA Noack/Servatius/Haas/Beurskens § 37 Rn. 117); lediglich bei einer überlangen Bindungsdauer kann das Verbot auf die maximal zulässige Laufzeit reduziert werden (BGH NJW 2000, 2584; NJW 1991, 699; Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 9. Aufl. 2022, Rn. 358 f.: maximal 2 Jahre).

Unabhängig von einem solchen vertraglichen Verbot wirkt aber auch die allg. **Treuepflicht nach dem Ausscheiden** weiter und verbietet es dem Geschäftsführer, auf Kosten der Gesellschaft persönlichen Nutzen zu ziehen (BGH GmbHR 1977, 43; NJW 1986, 585 (586); OLG Oldenburg NZG 2000, 1038 f.). Insbes. zum **Ausnutzen von Geschäftschancen** → Rn. 150 sowie → § 43 Rn. 39, 108.

4. Bezüge. a) Höhe. Bezüge kann der Geschäftsführer idR auf der Grundlage eines Dienstvertrags (→ Rn. 79) verlangen. Doch kann die Tätigkeitsvergütung des Geschäftsführers ihre Grundlage unabhängig von einem Dienstvertrag auch in der Satzung finden, zB in einer Regelung dem Grunde nach, welche die Festlegung der Höhe im Einzelfall der Gesellschafterversammlung überlässt (BGH ZIP 2016, 1376 Rn. 26 zur GmbH & Co. KG). Ist die Höhe der Vergütung nicht vereinbart, so gilt – auch für den tätig gewordenen faktischen Geschäftsführer – § 612 BGB (MHLS/Tebben Rn. 158 mwN), allerdings mit der Besonderheit, dass bei einem Gesellschafter nicht generell die Erwartung besteht, er werde nur gegen Entgelt für die GmbH tätig (OLG Frankfurt GmbHR 1993, 358 (359 f.); LG Essen DB 2000, 2421). Dem nach Abberufung unterhalb der Leitungsebene weiterbeschäftigten Geschäftsführer soll auch ohne Arbeits- oder Anstellungsvertrag ein Anspruch auf Zahlung derjenigen Vergütung zustehen, die für ein Tätigwerden mit Billigung der Gesellschaft üblich ist (OLG Celle NZG 1999, 78). Ein Anspruch auf Vergütung von **Überstunden** und Mehrarbeit setzt zivilrechtlich eine bes. Vereinbarung voraus (OLG Dresden NJW-RR 1997, 1535). Im Grds. ist diese Vergütung nicht mit dem Aufgabenbild der Unternehmensleitung vereinbar und soll daher steuerrechtlich beim Gesellschafter-Geschäftsführer eine vGA darstellen (BFHE 195, 243 (245) = NJW 2002, 86 mN auch zur Gegenansicht; zum Fehlen sozialer Abhängigkeit → § 6 Rn. 85).

Hinsichtlich überhöhter Bezüge ist bei Gesellschafter-Geschäftsführern das Verbot der **verdeckten Rückerstattung von Einlagen (§ 30)** zu beachten (→ § 30 Rn. 73 ff.). Zur Erstattungsfähigkeit verschiedener Bestandteile der Geschäftsführervergütung iRd § 842 BGB s. BGH GmbHR 1977, 276 f.

Bei einer wesentlichen **Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse** der GmbH ist § 87 II AktG (Herabsetzung der Vorstandsvergütung) **nicht analog anwendbar**, weil der Geschäftsführer der GmbH deren Geschäfte nicht wie der Vorstand (§ 76 AktG) eigenverantwortlich und unabhängig führt (so zu Recht BGHZ 207, 190 Rn. 25 = NJW 2016, 1236; aA OLG Köln ZIP 2009, 37; Schnitzler GmbHR 2017, 1026). Doch kann auch ohne entsprechende Vereinbarung im Vertrag (die immer möglich ist) der Geschäftsführer aufgrund seiner Treuepflicht zur Gesellschaft verpflichtet sein, einer **Herabsetzung** seiner Bezüge durch Änderungsvertrag zuzustimmen (Rowedder/Pentz/Belz § 35 Rn. 106; Geißler GmbHR 2017, 1195 jew. mwN). Unterlässt es die Gesellschafterversammlung, in einem solchen Fall gegenüber dem Gesellschafter-Geschäftsführer auf eine Änderung der Vergütung zu drängen, soll dies grds. den Tatbestand einer vGA begründen (Tillmann/Mohr GmbH-Geschäftsführer Rn. 258 f.; in dieser Pauschalität sehr zweifelhaft).

In Ermangelung einer vertraglichen Regelung soll der Geschäftsführer eine **Gehalterhöhung** nur unter den Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung, des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) sowie – bei nicht oder nicht nennenswert beteiligten Gesellschaftern mit arbeitnehmerähnlichem Status – nach

dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verlangen können (Tillmann/Mohr GmbH-Geschäftsführer Rn. 286). Vergleichsgruppe sind Mitgeschäftsführer oder leitende Angestellte desselben Betriebs oder Unternehmens (BGH GmbHR 1990, 389). Die Gehaltserhöhung kann bereits in der Aufbauphase der Gesellschaft verlangt werden, wenn die Anpassung im Hinblick auf eine sinnvolle Weiterführung des Geschäftszweckes geboten erscheint. Zu **Wertsicherungsklauseln** s. MHLS/Tebben Rn. 163; Schmidt-Räntsch NJW 1998, 3166; zur – grds. zulässigen – Abtretung von Vergütungsansprüchen Armbrüster GmbHR 1997, 56.

- 107 b) Ruhegehaltsansprüche.** Dazu MHLS/Tebben Rn. 179 ff.; Scholz/Hohenstatt § 35 Rn. 402 ff.; Heubeck/Schmauck, Die Altersversorgung der Geschäftsführer in GmbH und GmbH & Co. KG, 4. Aufl. 1998; Fonk FS Semler, 1993, 139 (140 ff.); zur betrieblichen Altersversorgung mit Pensionsrückstellungen und Pensionsfonds s. Arbeitskreis „Finanzierung“ der Schmalenbach-Gesellschaft DB 1998, 321. Ansprüche auf Ruhegehalt kann die Gesellschaft nur „freiwillig“ einräumen (Scholz/Hohenstatt § 35 Rn. 402 mwN). Doch können sie auch aus stillschweigender Zusage herrühren, da Formvorschriften weder nach dem GmbHG noch nach dem BetrAVG bestehen (s. BGH NJW 1969, 1483; NJW-RR 1994, 357 (358)). Eine betriebliche Übung reicht aber nicht aus, jedenfalls soweit sie andere Angestellte betr. (BGH WM 1973, 506; Rowedder/Pentz/Belz § 35 Rn. 98; Nebendahl NZA 1992, 289; iÜ str., s. Noack/Servatius/Haas/Beurskens § 37 Rn. 142). Die Frage, ob der ständige Brauch, Organmitgliedern ohne ausdr. Pensionszusage Altersversorgung zu gewähren, das Unternehmen aus dem Gesichtspunkt der betrieblichen Übung in die Pflicht bringen kann (tendenziell so BGH WM 1969, 686 (688)), stellt sich kaum, weil es solche Fälle in der Praxis so gut wie gar nicht gibt (Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Anh. § 6 Rn. 36; Stöhr GmbHR 2021, 354 (355)). Eine Regelung im Anstellungsvertrag eines Geschäftsführers, der einen Anspruch auf Altersrente hat, wonach der Vertrag mit Erreichen einer bestimmten **Altersgrenze** ohne Weiteres endet, soll entspr. § 41 S. 2 SGB VI nur wirksam sein, wenn die Vereinbarung innerhalb der letzten drei Jahre vor dem Beendigungszeitpunkt geschlossen oder bestätigt wird (Bauder BB 1994, 945 ff.; vgl. auch BAGE 74, 363 = BB 1994, 66). Ferner ist möglich, ein **Übergangsgeld** für die Zeit bis zum Eintritt des eigentlichen Versorgungsfalles unter der Bedingung zu vereinbaren, dass der Geschäftsführer von jeglicher nicht genehmigten Konkurrenztaetigkeit absieht. Die rechtlichen Grenzen nachvertraglicher Wettbewerbsverbote finden insofern keine Anwendung. Gesetzliche Einschränkungen ergeben sich nur aus §§ 1, 17 BetrAVG (BGH ZIP 2000, 1452). Der Anspruch auf betriebliche Altersversorgung bleibt von Ausgleichsklauseln in Aufhebungsverträgen und von Abfindungszahlungen für einen von der Gesellschaft veranlassten Verlust des Arbeitsplatzes unberührt (OLG Köln NZG 2000, 436 f.).

- 108** Nur durch schwerste Verfehlungen kann der Geschäftsführer seinen Anspruch auf Ruhegehalt („verhaltensbedingt“) **verwirken** (BGH ZIP 2019, 1612; ZIP 2000, 1452 (1454); NJW 2000, 1197; OLG Jena NZG 1999, 1069 (1071) betr. Vorstand; OLG Stuttgart GmbHR 1998, 1034 (1036); OLG Düsseldorf GmbHR 2000, 666; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Anh. § 6 Rn. 38; sa Bauer/v Steinau-Steinrück ZGR 1999, 314, dort insbes. zur Aufrechnung). Dazu reichen ein wichtiger Grund für die sofortige Beendigung des Anstellungsverhältnisses (§ 626 BGB) oder ein Verstoß gegen strafrechtliche Vorschriften nicht. Vielmehr muss der Geschäftsführer die GmbH in eine ihre Existenz bedrohende Lage gebracht haben (BGHZ 143, 332 = NJW 2000, 1117; NZG 2002, 635 f.; BGH ZIP 2019, 1612). Bei Insolvenzverschleppung ist dies eine Frage der konkreten Gestaltung der Versorgungszusage (BGH ZIP 2008, 267).

- 109** Eine **Aufrechnung** soll nur gegen die fälligen Pensionsansprüche sowie die in den darauf folgenden sechs Monaten fällig werdenden möglich sein (BGH NZG

2006, 590 Rn. 22f. mit dem Hinweis, dass der Ruhegehaltsberechtigte Vorauszahlungen nur für einen Zeitraum von maximal sechs Monaten entgegennehmen müsse; abl. U. H. Schneider/Brouwer GmbHHR 2006, 1019, die darauf verweisen, dass die Prämisse des BGH, der Pensionsberechtigte habe ein berechtigtes Interesse an laufenden Zahlungen, angesichts der Einlagensicherung bei Banken und Sparkassen nicht mehr zeitgemäß sei, der Berechtigte vielmehr ein Interesse an einer Einmalzahlung haben kann, um Kapitalerträge zu erwirtschaften). Für die Praxis folgt aus der Entscheidung des BGH, dass die Gesellschaft bei höheren Forderungen eine Verjährung ihres Gegenanspruchs durch Erlangung eines Titels verhindern sollte und dann alle sechs Monate aufrechnen muss.

Die Ruhegehaltsansprüche genießen den Schutz der **Insolvenzversicherung** nach dem BetrAVG (§§ 7 ff. BetrAVG; Scholz/Hohenstatt § 35 Rn. 405), bei Gesellschafter-Geschäftsführern also nur, solange sie eine arbeitnehmerähnliche Stellung innehaben. Anderenfalls sind Gesellschafter-Geschäftsführer nämlich nicht für ein fremdes Unternehmen tätig, wie es § 17 I 2 BetrAVG für die entsprechende Anwendung des Gesetzes auf Personen verlangt, die nicht AN sind. Solche Gesellschafter-Geschäftsführer sind vielmehr selbst Unternehmer, die den Schutz des BetrAVG deswegen nicht genießen können, weil sie für das eigene Unternehmen tätig sind (sa BGH NJW 2008, 845; Scholz/Hohenstatt § 35 Rn. 405; Stöhr GmbHHR 2021, 354 (357) mwN). Dies gilt namentlich auch für die Renten Anpassung nach § 16 BetrAVG (vgl. § 17 I 2 BetrAVG). Zur Frage der vertraglichen Abdingbarkeit des BetrAVG sa Diller/Arnold/Kern GmbHHR 2010, 281.

Die entscheidende Frage, **wann ein Gesellschafter-Geschäftsführer die unternehmerische Beteiligung** hält, welche die Anwendung des BetrAVG ausschließt, soll davon abhängen, ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer allein oder im Zusammenwirken mit anderen Gesellschafter-Geschäftsführern eine ihm nicht genehme Weisung verhindern kann. Es genügt danach eine Beteiligung von 50 %, die sich ggf. aus der Zusammenrechnung mehrerer Minderheitsbeteiligungen von Amtskollegen mit gleichgerichteten Interessen ergeben kann (→ Rn. 81). Ferner genügt eine Sperrminorität (→ Rn. 81). **Ändert sich der Status** des Gesellschafter-Geschäftsführers vom Arbeitnehmer zur Unternehmerstellung (oder, selten, umgekehrt), soll sich die Anwendung des BetrAVG nach dem Zeitpunkt des Statuswechsels bestimmen (BGH ZIP 2020, 1831; Stöhr GmbHHR 2021, 354 (358) mwN; zum Arbeitnehmerstatus s. jedoch → Rn. 85).

Zur Sicherung **beherrschender Gesellschafter-Geschäftsführer**, die keinen Insolvenzschutz nach §§ 7 ff. BetrAVG genießen (→ Rn. 110), werden Rückdeckungsversicherungen iRd Pensionszusage abgeschlossen, Versicherungsnehmer ist die GmbH (s. zur Direkt- bzw. Rückdeckungsversicherung auch Reuter GmbHHR 1992, 137; Reuter GmbHHR 1994, 141; Reuter GmbHHR 1997, 1081; zu deren steuerlichen Wirkungen Reichert DStR 1997, 835). Die GmbH verpfändet die Ansprüche aus der Rückdeckungsversicherung an den Geschäftsführer, welcher nach § 191 I InsO, § 198 InsO Hinterlegung verlangen kann (BGHZ 136, 220 = NJW 1998, 312; Tillmann/Mohr GmbH-Geschäftsführer Rn. 712 ff.; sa Förster/Heger DStR 1994, 507; Reiners/Wierling BB 1995, 87 mwN). Diese Gestaltung ist bei widerruflichem Bezugsrecht des Geschäftsführers allerdings nicht insolvenzfest. Vor Pfandreife ist der Insolvenzverwalter in der Insolvenz der GmbH berechtigt, die Versicherung zu kündigen und den Rückkaufswert einzuziehen (BGH NJW 2005, 2231; dazu Ellring NJW 2005, 2192).

Eine **existenzbedrohende Notlage** der Gesellschaft kann den Geschäftsführer nach den Grds. des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) verpflichten, in die Herabsetzung des Ruhegehaltsanspruchs einzuwilligen (Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Anh. § 6 Rn. 39; Rowedder/Pentz/Belz § 35 Rn. 102 jew. mwN). Für arbeitnehmerähnliche Geschäftsführer (§ 17 I 2 BetrAVG) kann eine Kürzung der Versorgungsleistungen nach der Streichung des § 7 I 3 Nr. 5 BetrAVG (durch Art. 91

des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung, EGInsO, BGBl. 1994 I 2911) nicht mehr anerkannt werden (BGH NJW 2006, 3638 (3639); Scholz/Hohenstatt § 35 Rn. 422; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Anh. § 6 Rn. 39). Dies widerspräche der mit der Streichung zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Risikoverteilung iSd § 313 I BGB aE (BAG DB 2008, 1505 f.; BAGE 106, 327 = DB 2004, 324 (325 f.)). In jedem Fall leben die Versorgungsansprüche wieder auf, nachdem die Sanierung entweder gelungen oder gescheitert ist (Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Anh. § 6 Rn. 39). Der **Verlust des Ruhegehaltsanspruchs** kann endlich auch „**verhaltensbedingt**“ sein, auch dann, wenn für den Geschäftsführer das BetrAVG (§§ 7, 17 BetrAVG) gilt (→ Rn. 108). Zumindest im letzteren Fall verlangt der BGH aber eine besonders schwerwiegende Verfehlung des Geschäftsführers, die den Anforderungen an einen wichtigen Grund iSv § 626 BGB deutlich überschreiten muss, andererseits auch nach Beendigung des Geschäftsführeramtes noch begangen werden kann (BGH ZIP 2019, 1612 Rn. 110; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Rn. 38; Stöhr GmbHR 2021, 354 (358 f.) jew. mwN).

- 114** Die laufenden **Versorgungsleistungen** an **ehemalige Geschäftsführer** sind regelmäßig **werterhaltend anzupassen**. Die Anpassung ist nach § 16 I BetrAVG alle drei Jahre zu prüfen, nicht zuletzt unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers (GmbH). Wird die GmbH als Versorgungsschuldnerin vertraglich beherrscht, ist ggf. auf die wirtschaftliche Lage des herrschenden Unternehmens abzustellen, sog. „Berechnungsdurchgriff“ (näher BGH NZG 2016, 1309; dazu Döring DB 2017, 230). Versorgungsleistungen an ehemalige Geschäftsführer, für die § 16 BetrAVG nicht gilt (→ Rn. 111), sind nach Maßgabe der Grds. zur Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) bzw. gem. § 242 BGB zur Werterhaltung anzupassen (Tillmann/Mohr GmbH-Geschäftsführer Rn. 357 f.; sa BAG ZIP 2001, 2294).

- 115 c) Steuerrecht.** Unangemessen hohe Ruhegehaltsvereinbarungen mit Gesellschaftern sind vGA (→ § 29 Rn. 53 ff.; → § 30 Rn. 73). Prüfungsschema betr. die steuerliche Anerkennung von Pensionszusagen an beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer bei Arteaga GmbHR 1998, 265. Die Absicht der Steuerverkürzung macht nicht auch die Versorgungsregelung als solche nichtig (BGH GmbHR 1979, 270 f.; vgl. auch Herlinghaus GmbHR 2003, 373 (374 f.)). Die Pensionszusage an den Gesellschafter-Geschäftsführer setzt zur steuerlichen Anerkennung idR die Einhaltung einer Probezeit voraus (BFHE 209, 252 = NZG 2005, 1023). Bei vorzeitigem Ausscheiden ist die steuerlich anzuerkennende, unverfallbare Pensionsanswartschaft nicht nach dem Zeitpunkt des Dienstintritts, sondern nach dem Zeitpunkt der Zusage zu berechnen. Anderenfalls liegt eine vGA vor (BFH GmbHR 2004, 261 (263); dazu eing. Briesse DStR 2004, 1233 (1276); Finsterwalder DB 2005, 1189). Zum Ganzen Mahlow DB 2005, 2651.

- 116 d) Tantieme.** Eine erhebliche Rolle spielt die Tantieme („Bonus“; üblicherweise nicht umsatzbezogen, sonst idR vGA, BFH GmbHR 2005, 111; s. aber BGH NJW 1992, 2894; MHLS/Tebben Rn. 171) als Bestandteil der Tätigkeitsvergütung. Ca. 80 % der Geschäftsführer erhalten heutzutage eine variable Vergütung, wobei die Höhe des variablen Anteils an der Gesamtvergütung durchschnittlich 25 % beträgt (Tänzer GmbHR 2003, 754 (756)). Zwingende gesetzliche Vorgaben bestehen nicht. § 87 AktG gilt nicht streng analog, sondern lediglich als Leitlinie (vgl. Felix BB 1988, 277). Tantiemeansprüche sind grds. abtretbar (BGH NJW 1996, 2576; 2000, 1329; OLG Köln GmbHR 2000, 87; W. Goette/M. Goette Die GmbH § 8 Rn. 130).

- 117** Praktisch wichtig ist die Vereinbarung eines **garantierten Mindestbetrags**, der nach einer bestimmten Bemessungsgrundlage überschritten werden kann. Die garantierten Mindesttantiemen dienen idR dazu, die festen Bezüge in pensionsfähigen Gehalt einerseits und in einen bei der Ruhegebhaltsberechnung nicht berücksichtigungsfähigen Vergütungsanteil andererseits aufzuspalten, wobei die Mindesttantie-