

[Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung:
GmbHG](#)

Kommentar

Bearbeitet von
Von Prof. Dr. Holger Altmeppen, und Prof. Dr. Günter H. Roth

9. Auflage 2019. Buch. XXVIII, 1512 S. Hardcover (In Leinen)
ISBN 978 3 406 72016 1
Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > GmbH-Recht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

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).

Pflichtverletzungen ohne Bereicherung zulasten der GmbH: schuldhafte Insolvenzverschleppung (BGH ZIP 2005, 1365; 2008, 267); Tätlichkeiten 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, 154f.); 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 a. M. GmbHR 1994, 114 (115); OLG München DB 1994, 828); die beharrliche Nichtbefolgung einer rechtmäßigen Weisung (OLG Frankfurt a. M. GmbHR 1997, 346 (348f.)); 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 entspr. 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); *Goette* Die GmbH § 8 Rn. 167 f.; *Linck* in *Schaub* ArbR-HdB § 127 Rn. 136 ff.; *Jaeger* Der Anstellungsvertrag 182; diff. *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 35 Rn. 220, 231; → § 38 Rn. 40).

Kein wichtiger Grund: Insolvenz, Masseurmut, 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)).

- 149 **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.).
- 150 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 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 entspr. 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/Paeßen § 38 Rn. 253 ff.; aA Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 35 Rn. 211: Keine Bedenken gegen auflösende Bedingung). Weil der Geschäftsleiter 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 Nr. 2 BGB nichtig sein (so OLG Karlsruhe NZG 2017, 226), geht fehl (ebenso UHL/Paeßen § 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 eingehend

und mR krit. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 35 Rn. 224 ff. mwN). Im Rechtsstreit hat die GmbH darzulegen und zu beweisen, dass die Kündigung fristgerecht zugewandt 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 (Goette Die GmbH § 8 Rn. 178). 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/Zöllner/Noack § 35 Rn. 228).

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).

Zum **Nachschieben von Kündigungsgründen** s. BGH ZIP 2005, 1365; BGHZ 157, 151 = NJW 2004, 1528 mwN; Goette Die GmbH § 8 Rn. 181 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 (Goette Die GmbH § 8 Rn. 185 mwN). Das Nachschieben von Kündigungsgründen erfordert einen erneuten entspr. Gesellschafterbeschluss (BGH NJW 2004, 1528 (1529)).

ee) Umdeutung. Ggf. kommt Umdeutung der fristlosen in eine wirksame 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 entspr. 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 verlaubarer **Umdeutungswille** feststellen (Goette DStR 2000, 525 f.).

- 156** Die Umdeutung kann jedoch von **weiteren Voraussetzungen** abhängen. Ist der 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 (Goette Die GmbH § 8 Rn. 159; näher → § 46 Rn. 41; → § 47 Rn. 101 ff.).
- 157 ff) Folgen.** Der **Vergütungsanspruch** nach der Kündigung folgt aus § 628 BGB (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).
- 158 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 a. M. 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/*U. H. Schneider/Hohenstatt* § 35 Rn. 456; *Zimmer/Rupp* GmbHR 2006, 572 (574 f.); vgl. auch BAG NJW 2003, 3290; BGH NZG 2007, 590; aA BAG 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.).

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.

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/Zöllner/Noack* § 35 Rn. 165; *Scholz/U. H. Schneider/Hohenstatt* § 35 Rn. 309; 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/*Paefgen* § 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 Kommanditisten als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH eingehend *Grunewald* GmbHR 2018, 63).

11. Rechtsweg. Zuständig für Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Anstellungsverhältnis und dem Organverhältnis sind – mangels einer Vereinbarung gem. § 2 IV ArbGG, die idR nicht vorliegt – die ordentlichen Gerichte, nicht die Arbeitsgerichte. Bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit der **Organstellung** ergibt sich dies daraus, dass es sich schon nicht um eine Streitigkeit aus einem Arbeitsverhältnis oder über das Bestehen eines solchen handelt (§ 2 I Nr. 3 ArbGG). Für Verfahren im Zusammenhang mit dem **Anstellungsverhältnis** folgt die Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte daraus, dass Geschäftsführer, die kraft Gesetzes zur Vertretung der GmbH berufen sind (§ 35), gem. § 5 I 3 ArbGG nicht als AN gelten (s. aber → Rn. 165 ff.). Die „Fiktion“ (genauer: praesumptio iuris et de iure!) greift unabhängig davon ein, ob das Anstellungsverhältnis materiell-rechtlich ein freies Dienstverhältnis oder ein Arbeitsverhältnis ist (BAG ZIP 1999, 1456 = GmbHR 1999, 816; GmbHR 2013, 253; ZIP 2013, 539). Ist Grundlage der Organstellung ausschließlich ein Arbeitsverhältnis mit einem Dritten – Hauptanwendungsfall: **Konzernsachverhalte**, zB Muttergesellschaft, die ihren AN in das Organamt bei der Tochtergesellschaft entsendet –, soll die „Fiktion“ des § 5 I 3 ArbGG nicht gelten (MHLS/*Haas/Ziemons*, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 242; *Schwab/Weth/Kliemt*, 5. Aufl. 2017, § 5 Rn. 274 ff. mwN). Genau betrachtet ist aber zu differenzieren: Streitigkeiten aus dem Organverhältnis sind schon keine arbeitsrechtlichen iSd § 2 I Nr. 3

ArbGG, auch wenn causa der Organbeziehung ein Arbeitsverhältnis mit einem Dritten (Muttergesellschaft) ist. Paradigma: Die von einer Organpflichtverletzung (zB § 43) gedanklich zu scheidende Dienstpflichtverletzung ist keine „weitere Rechtsbeziehung“ neben der Organbeziehung, wenn und weil die Dienstpflichtverletzung zugleich die Organpflichtverletzung ist. Für eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte bleibt in solchen Konstellationen nur eine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Dritten (Konzernmutter), die sich nicht schon auf das Organverhältnis bezieht (Paradigma: Streit um Urlaubsgeld). Kündigungsschutz besteht für den Geschäftsleiter der Tochtergesellschaft nach § 14 I KSchG jedenfalls nicht (BAG NZG 2018, 550; NJW 2008, 1018 Rn. 15 ff. → Rn. 83; aA Rost FS Wissmann, 2005, 61 (66); sa *Freckmann* DStR 2008, 52 (55)).

- 164 Darüber hinaus ist der Geschäftsführer im Regelfall auch nicht **materiell-rechtlich** AN iSd § 2 ArbGG (vgl. LAG Berlin GmbHR 1997, 839; GmbHR 1998, 886; für Geschäftsführer der Vorgesellschaft BAG ZIP 1996, 1311; betr. Mitarbeit in der Vorgründungsgesellschaft *Reinecke* ZIP 1997, 1525 (1529 f.); allg. *Weber/Burmester* GmbHR 1997, 778). Irrelevant ist insoweit, ob der Geschäftsführer steuerrechtlich iSv § 1 I LStDV AN oder sozialversicherungsrechtlich iSv § 7 SGB IV nichtselbstständig Beschäftigter ist (BAG NJW 1999, 3731; vgl. auch BFHE 205, 216 = GmbHR 2004, 829). Allein die Weisungsgebundenheit als Organ schließt auch die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit iSv § 2 II Nr. 1 UStG nicht aus (BFH ZIP 2005, 1172; näher *Titgemeyer* BB 2006, 408).
- 165 **Wird ein AN zum Geschäftsführer bestellt**, endet das alte Arbeitsverhältnis idR (s. statt aller BAG ZIP 2007, 1917 Rn. 12 ff. mzn; NJW 2008, 1018). Zur Form → Rn. 78. **Zuständig** sind die **ordentlichen Gerichte** (§ 5 I 3 ArbGG). Behauptet der Geschäftsführer, neben dem Geschäftsführer-Dienstvertrag bestehe ein weiteres ruhendes Arbeitsverhältnis, hat er iE die Tatsachen darzulegen, woraus sich ergeben soll, dass eine klar unterscheid- und trennbare Doppelstellung vorlag (BAG NJW 2008, 1018 Rn. 15).
- 166 Ein früheres Arbeitsverhältnis lebt iZw auch nicht wieder auf, wenn das **Anstellungsverhältnis nach Beendigung der Organstellung** – dann oftmals als Arbeitsverhältnis – **fortgesetzt** wird (BAG NJW 1997, 1722; 1998, 260; ZIP 2006, 1692; 2006, 821 zur GmbH & Co. KG; NZA 2008, 1002 Rn. 23). Erfolgt die Weiterbeschäftigung iR eines Arbeitsverhältnisses ohne wesentliche Änderung der Arbeitsaufgaben, ist mangels abw. Vereinbarung die Beschäftigungszeit als Geschäftsführer anzurechnen, sodass idR die Wartezeit gem. § 1 I KSchG entfällt (BAG ZIP 2006, 821 Rn. 26 ff.). In diesen Fällen greift die „Fiktion“ des § 5 I 3 ArbGG nicht ein, vielmehr können nach den allg. Grds. zur Rechtswegbestimmung die **Arbeitsgerichte zuständig** sein (OLG Frankfurt a. M. GmbHR 1999, 859). Zur Bejahung der Zuständigkeit des ArbG reicht dann die bloße Behauptung des Klägers, er sei AN, wenn die vor dem ArbG erhobene Klage in der Sache nur Erfolg haben kann, sofern der Kläger AN ist; das tatsächliche Vorliegen der AN-Eigenschaft (doppelrelevante Tatsache) wird erst idR Begründetheit geprüft (BAG ZIP 1997, 690; NJW 1997, 1722).
- 167 Die „Fiktion“ des § 5 I 3 ArbGG gilt nur bis zur Abberufung oder Amtsniederlegung des Geschäftsführers. Soweit dieser materiell-rechtlich nie AN war (Regelfall, → Rn. 164), stellt sich das Problem der **Reichweite des § 5 I 3 ArbGG** an sich nicht, denn es bleiben jedenfalls auch nach Abberufung für alle Rechtsstreitigkeiten aus der Zeit als Geschäftsführer die ordentlichen Gerichte zuständig. Besteht hingegen eine weitere arbeitsrechtliche Rechtsbeziehung neben dem der Organstellung zugrundeliegenden Dienstvertrag fort (insbes. bei Verstoß gegen § 623 BGB, → Rn. 78), so gilt für diese weitere (arbeitsrechtliche) Rechtsbeziehung die „Fiktion“ des § 5 I 3 ArbGG ohnehin nicht (BAGE 139, 63 = NZG 2011, 1300; GmbHR 2014, 137 Rn. 17; *Stagat* NZA 2015, 193 (195 f.)). Berufet sich der Geschäftsführer darauf, iR eines (materiellen) **Arbeitsverhältnisses** als **Geschäfts-**

führer tätig gewesen zu sein, soll die „Fiktion“ des § 5 I 3 ArbGG mit Beendigung der Organstellung entfallen (BAG NJW 2015, 570 = ZIP 2015, 98; NJW 2015, 718 Rn. 25; zust. *Lunk* NJW 2015, 528 (529); *Pröpfer* GmbH 2015, 29 f.; näher *Baumert* NZG 2018, 536; unzut. noch BAG GmbH 2013, 253; 2014, 137: auf Eintragung der Abberufung im HR abzustellen). Darüber hinaus sollen nach dem BAG die Arbeitsgerichte auch zuständig werden, wenn nach Klageerhebung bei dem Arbeitsgericht und vor Erl eines verbindlichen Verweisungsbeschlusses die Organstellung endet (BAG NJW 2015, 718 Rn. 22 ff.). Damit können die Arbeitsgerichte grds. auch über Rechtsverhältnisse entscheiden, welche noch aus der Tätigkeit als Geschäftsführer resultieren, wenn dieser AN war (näher *Baumert* NZG 2018, 536; *Schreiber* GmbH 2012, 929 (930 ff.); *Stagat* NZA 2015, 193 (196 ff.)). Auf den genauen Zeitpunkt der Kündigung kommt es iErg nicht mehr an. Ferner soll sich eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nach Abberufung immer dann ergeben, wenn gerade darüber gestritten wird, ob ein materielles Arbeitsverhältnis besteht bzw. bestand (sic-non-Fall; BAG NJW 2015, 570 Rn. 21 = ZIP 2015, 98; aA noch BAG ZIP 1999, 1456 = GmbH 1999, 816 (818)). Bei Berufung auf das KSchG ist der Weg zu den Arbeitsgerichten damit praktisch frei.

Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist für den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer **GmbH & Co. KG** auch dann versperrt (arg. § 5 I 3 ArbGG analog), wenn er seinen Anstellungsvertrag mit der KG geschlossen hat (BAG NJW 2003, 3290 (3291 f.) mwN; BGH NZG 2007, 590; näher *Schrader/Schubert* DB 2005, 1457 (1460 f.); anders noch BAG NJW 1995, 3338).

Klagt ein AN der GmbH unmittelbar gegen deren Geschäftsführer aus unerlaubter Handlung, steht das Organ als handelnde Person dem Arbeitgeber gleich. Analog § 2 I Nr. 3 lit. d ArbGG ist dann der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet (BAG ZIP 1996, 1522).

Auch durch eine **Schiedsvereinbarung** (gem. §§ 4, 101 ff. ArbGG) kann der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten bisweilen eröffnet sein (s. dazu *Hentzen* FG Sandrock, 1995, 181).

DIE FACHBUCHHANDLUNG VI. Umwandlungen

Eine **formwechselnde Umwandlung** (§§ 190 ff. UmwG) lässt den Bestand des Dienstverhältnisses grds. unberührt, während die Organstellung endet (hM, s. *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 35 Rn. 257 mwN; vgl. auch BGH NJW 1997, 2319; aA *Hoger* ZGR 2007, 868 (883 ff.); *Lutter/Decher/Hoger* UmwG § 202 Rn. 25 und 39). Eine **Verschmelzung** (§§ 2 ff. UmwG) führt zum Verlust der Geschäftsführerstellung bei der übertragenden GmbH. Deren früherer Geschäftsführer ist aber nicht berechtigt, deswegen das weiterbestehende Anstellungsverhältnis fristlos zu kündigen (*Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 35 Rn. 257; aA *Tillmann/Mohr* GmbH-Geschäftsführer Rn. 466; *Moll* FS Schwedtmeyer, 2003, 453 (460); eingehend zum Ganzen *Buchner/Schlobach* GmbH 2004, 1; vgl. auch *Hoffmann-Becking* FS Ulmer, 2003, 243 (249 ff.)).

§ 7 Anmeldung der Gesellschaft

(1) Die Gesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

(2) ¹Die Anmeldung darf erst erfolgen, wenn auf jeden Geschäftsanteil, soweit nicht Sacheinlagen vereinbart sind, ein Viertel des Nennbetrags eingezahlt ist. ²Insgesamt muß auf das Stammkapital mindestens soviel eingezahlt sein, daß der Gesamtbetrag der eingezahlten Geldeinlagen zuzüglich

des Gesamtnennbetrags der Geschäftsanteile, für die Sacheinlagen zu leisten sind, die Hälfte des Mindeststammkapitals gemäß § 5 Abs. 1 erreicht.

(3) Die Sacheinlagen sind vor der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister so an die Gesellschaft zu bewirken, daß sie endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen.

Übersicht

	Rn.
I. Normzweck	1
II. Anmeldung der Gesellschaft (I)	3
1. Eintragungsvoraussetzung	3
2. Anmelder	5
3. Inhalt	7
4. Gerichtliche Zuständigkeit	8
5. Rechtsfolgen	9
6. GmbH & Co. KG	11
7. Andere Anmeldungen	12
III. Mindesteinzahlung bei Geldeinlagen (II 1, 2)	13
1. Mindestgesamteinlage	13
2. Mindesteinzahlung	15
3. Mehrleistungen	19
4. Zahlungsmodalitäten	23
a) Kapitalaufbringung, freie Verfügbarkeit	23
b) Rückfluss der Einlage	33
c) Verwendungsabsprachen	37
d) Vorauszahlungen	38
IV. Sacheinlagen (III)	40

Stichworte

Anmeldeformalitäten → Rn. 6
Anmeldepflicht → Rn. 1
Anmelder → Rn. 5
Anmeldung in Teilen → Rn. 7
Aufrechnung → Rn. 32
Bankkonto (debitorisches), s. Konto
Bar- oder Buchgeld → Rn. 25
Berichtigung → Rn. 7, 9
Bevollmächtigung → Rn. 5
Beweislast → Rn. 39
Einpersonen-GmbH → Rn. 24
Eintragungshindernis → Rn. 9, 35
Eintragung in Teilen → Rn. 7
Form → Rn. 6
freie Verfügbarkeit → Rn. 23 ff.
 – Formwechsel → Rn. 43
 – Sacheinlagen → Rn. 40
Geschäftsführer → Rn. 5, 24
 – Versicherung → Rn. 35
GmbH & Co. KG → Rn. 11
Grundstücke → Rn. 41
Heilung förmlicher Mängel → Rn. 10

Hin- und Herzahlen → Rn. 34
Inhalt der Anmeldung → Rn. 7
Kapitalaufbringungsgebot → Rn. 23
Konto → Rn. 27
 – debitorisches → Rn. 29 ff.
 – Voreinzahlungen → Rn. 28
Leistung an Erfüllungs statt → Rn. 32
Mehrleistungen → Rn. 19 ff.
Mindesteinzahlungen → Rn. 15 ff.
Mindestgesamteinlage → Rn. 13 f.
Mischeinlage → Rn. 17
 – verdeckte → Rn. 36
Pflicht der Geschäftsführer → Rn. 4
Rücknahme des Antrags → Rn. 9
Rückzahlung → Rn. 33 ff.
Sacheinlagen → Rn. 40 ff.
 – verdeckte → Rn. 35
Versicherungen → Rn. 5 f., 35
Vertretung → Rn. 5
Verurteilung zur Anmeldung → Rn. 4
**Verwendungsabsprachen, gesellschafts-
 bezogene** → Rn. 37