

Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung

von

Dr. Thomas Baumann, Prof. Dr. Tim Drygala, Dr. Christian Gunßer, Dr. Carsten Jaeger, Dr. Jens Kaltenborn, Dr. Rolf Leinekugel, Ralf Martin, Dr. Stefan Oppenländer, Dr. Frank Oppenländer, Dr. Steffen Oppenländer, Bernhard Steffan, Dr. Thomas Trölitzsch, Prof. Dr. Klaus Weber, Dr. Hildegard Ziemons

2., neu bearbeitete Auflage

[Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung – Baumann / Drygala / Gunßer / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[GmbH-Gesetz](#)



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 58367 4

I. Überblick

Als juristische Person braucht die GmbH **Organe**, um handeln und vertreten werden zu 1 können. Daher sieht § 6 Abs. 1 GmbHG vor, dass eine GmbH zwingend einen oder mehrere Geschäftsführer haben muss. Die Festlegung der Zahl der Geschäftsführer steht grundsätzlich im freien Ermessen der Gesellschafter. Etwas anderes gilt nur im Falle der mitbestimmten GmbH.¹ Angesichts des in § 33 Abs. 1 MitbestG zwingend vorgeschriebenen **Arbeitsdirektors** als „gleichberechtigtem Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs“ sind dort mindestens zwei Geschäftsführer zu bestellen. Ferner kann sich aus spezialgesetzlichen Bestimmungen Abweichendes ergeben (zB sind nach § 33 Abs. 1 Nr. 4 KWG bei Banken mindestens zwei Geschäftsführer erforderlich). Für den Bereich der nach dem Drittelparteiengesetz (DrittelpG) mitbestimmten GmbHs bleibt es bei der Regel, dass nur ein Geschäftsführer bestellt werden muss.

Das am 1.11.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur 1a Bekämpfung von Missbräuchen (**MoMiG**) hat die **Verantwortlichkeit der Gesellschafter** für die ordnungsgemäße Bestellung von Geschäftsführern und eine ordnungsgemäße Vertretung der GmbH im Rechtsverkehr verstärkt. Daher ist jetzt eine inländische Geschäftsanschrift zum Handelsregister anzumelden (§§ 8 Abs. 4 Nr. 1, 10 Abs. 1 S. 1 GmbHG).^{1a} Nach § 10 Abs. 2 S. 2 GmbHG kann ferner **zusätzlich** zu den Geschäftsführern eine **weitere Person zum Handelsregister anmeldet** und samt Anschrift eingetragen werden, die dann für Willenserklärungen und Zustellungen an die Gesellschaft **empfangsberechtigt** ist. Eine solche Empfangsberechtigung gilt Dritten gegenüber als fortbestehend, bis sie im Handelregister gelöscht und die Löschung bekannt gemacht worden ist, soweit der Dritte nicht bösgläubig ist. Weiter besteht eine subsidiäre Passivvertretungsbefugnis (**Empfangsvertretung**) durch die Gesellschafter nach § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG bei **Führungslosigkeit** der GmbH (dazu auch unten § 17 Rdnr. 31). Eine Gesellschaft ist dabei nach der Legaldefinition in § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG nFführungslos, wenn sie keinen Geschäftsführer hat². Die Möglichkeiten der öffentlichen Zustellung (§ 185 Nr. 2 ZPO) und des Zugangs von Willenserklärungen (§ 15 a HGB) an unerreichbare Gesellschaften wurde ebenfalls erleichtert. Schließlich haften die Gesellschafter, die einer vom Geschäftsführeramt ausgeschlossenen Person die Führung der Geschäfte überlassen, der GmbH nach § 6 Abs. 5 GmbHG für Schäden, die aus den von dieser Person begangenen Pflichtverletzungen herrühren. Diese Haftung tritt neben die Haftung des oder der (auch faktischen) Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG. Sie setzt aber ein Verschulden bei der Bestellung bzw. nicht Abberufung oder faktischen Überlassung der Geschäftsführung an die ungeeigneten Personen voraus; für geschäftliche Fehlentscheidungen solcher Personen gilt § 6 Abs. 5 GmbHG also nicht.³

Der GmbH-Geschäftsführer hat eine **Doppelstellung** als Organ der Gesellschaft einerseits und Angestellter bzw. Dienstnehmer der Gesellschaft andererseits. Rechtlich sind beide

¹ Eine Gründung im vereinfachten Verfahren nach § 2 Abs. 1 a GmbHG (dazu oben § 4 Rdnr. 56) ist allerdings nur möglich, wenn nur ein Geschäftsführer bestellt wird.

^{1a} Dementsprechend sind auch Änderungen der inländischen Geschäftsanschrift jetzt anmelden- und eintragungspflichtig. Für Altgesellschaften wurde die bisherige Anschrift eingetragen, wenn keine andere bis zum 31.10.2009 mitgeteilt wurde (§ 3 Abs. 1 S. 2 EGGmbHG); vgl. auch OLG München DB 2009, 387, wonach eine schon vor dem 1.11.2008 im Handelsregister eingetragene GmbH nur dann zur Anmeldung ihrer inländischen Geschäftsanschrift verpflichtet ist, wenn sie entgegen § 24 Abs. 2 S. 1 HRV vor dem 1.11.2008 dem Registergericht nicht mitgeteilt worden war oder sich die Anschrift geändert hat.

² Vgl. Steffek BB 2007, 2077, 2081; Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 777 und (kritisch) Karsten Schmid GmbHHR 2008, 451.

³ Vgl. Begründung RegE vom 23.7.2007, BT Drs. 16/6140, S. 65, 75; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT Drs. 16/9737, S. 96.

Verhältnisse zu trennen („**Trennungsprinzip**“).⁴ Organfunktion (Amt) und Anstellungsverhältnis können allerdings – zB im Geschäftsführer-Anstellungsvertrag – rechtlich aneinander gekoppelt werden.⁵ So kann etwa im Anstellungsvertrag vereinbart werden, dass die Beendigung des Anstellungsverhältnisses mit der automatischen Abberufung vom Geschäftsführeramt verknüpft sein soll oder dass die Abberufung des Geschäftsführers die Gesellschaft zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt.⁶ Ansonsten aber gilt, dass beide Rechtsverhältnisse zu unterscheiden sind und rechtlich ein unterschiedliches Schicksal nehmen können.⁷ Wird also die Bestellung des Geschäftsführers widerrufen, so bleibt der Anstellungsvertrag hiervon grundsätzlich unberührt; andererseits bewirkt die Kündigung des Anstellungsvertrages als Geschäftsführer nicht zugleich die Beendigung des Geschäftsführeramtes.

- 3 Die **Bestellung** ist der körperschaftliche Organisationsakt, durch den der Geschäftsführer die Stellung als Organ der Gesellschaft und damit als deren gesetzlicher Vertreter erlangt. Sie erfolgt entweder durch Beschluss der Gesellschafter (§ 46 Nr. 5 GmbHG) bzw. – bei entsprechender Satzungsregelung (§§ 6 Abs. 3, 45 Abs. 2 GmbHG) oder bei der „paritätisch“ mitbestimmten GmbH (§ 31 Abs. 2 MitbestG i. V. m. § 84 AktG⁸) – durch Beschluss des Aufsichtsrates.

Möglich ist auch eine Bestellung bestimmter Geschäftsführer in der Satzung oder durch in der Satzung benannte Personen (unten Rdnr. 14 ff.), notfalls werden Geschäftsführer durch das Registergericht (§ 29 BGB analog) bestellt. Die Bestellung bedarf in jedem Fall der Annahme durch den Geschäftsführer, um wirksam zu werden.

Geschäftsführer sind nicht erst zum Zeitpunkt der Entstehung der GmbH durch Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister zu bestellen; schon bei der Gründung (Errichtung durch Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages) muss mindestens ein Geschäftsführer bestellt werden.⁹ Dies ist erforderlich, weil zur Anmeldung der Gesellschaft beim Handelsregister Geschäftsführer benötigt werden (§§ 7, 39 GmbHG). Diese Anmeldung ist nur wirksam, wenn sie von sämtlichen Geschäftsführern erklärt, d.h. in notariell beglaubigter Form unterschrieben und zum Handelsregister eingereicht wird (§ 78 GmbHG).

- 4 Der **Anstellungsvertrag**¹⁰ ist demgegenüber das schuldrechtliche Dienstverhältnis (§§ 611 ff., 675 BGB) des Geschäftsführers, welches in der Regel durch Abschluss eines Anstellungsvertrages mit der Gesellschaft begründet wird. Der Abschluss eines Anstellungs-

⁴ BGHZ 79, 38, 41; BGH WM 1992, 691; OLG Karlsruhe NZG 2003, 480, 481. Beim Anstellungsverhältnis gelten arbeitsrechtliche Grundsätze im Prinzip nicht, vgl. etwa BGH WM 2001, 1957 sowie im Einzelnen unten § 13 Rdnr. 12 ff.

⁵ BGH DB 1989, 1865 f.; BGH DB 1995, 1852; BGH ZIP 1999, 1669, 1670 ebenso für eine eG OLG Stuttgart DB 2003, 932, 934; vgl. auch BAG NJW 1999, 234, 235.

⁶ Bei unbefristeten Anstellungsverhältnissen sind solche „Kopplungsklauseln“ allerdings nur mit der Maßgabe wirksam, dass die mit der Abberufung ausgesprochene Kündigung nur mit der Frist des § 622 Abs. 2 BGB wirkt. Gleichermaßen gilt im Fall einer auflösenden Bedingung des Anstellungsverhältnisses BGH GmbHHR 1989, 415. In langfristigen Anstellungsverhältnissen sind Kopplungsklausen unter Umständen unzulässig, vgl. BGH NJW 1998, 1480 und unten § 13 Rdnr. 13. Etwas anderes gilt nur dann, wenn im Anstellungsvertrag für den Fall der Abberufung eine angemessene Kompensation (Abfindung oder dergleichen) gewährt wird.

⁷ BGHZ 113, 237, 242.

⁸ Bei den unter das DrittelpG fallenden GmbHs bleibt es – soweit die Satzung nichts Anderes bestimmt – bei der Kompetenz der Gesellschafterversammlung, da § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelpG nicht auf § 84 AktG verweist.

⁹ Baumbach/Hueck/Fastrich § 11 Rdnr. 9, 17; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 6 Rdnr. 8; Muster zur Bestellung im Gründungsprotokoll oben bei § 4 Rdnr. 55 f.

¹⁰ Vgl. dazu unten § 13 Rdnr. 8 ff.

§ 11 Die Bestellung des Geschäftsführers

vertrages ist dabei ebenso wenig zwingend mit der Bestellung verbunden,¹¹ wie der Anstellungsvertrag mit der GmbH selbst abgeschlossen werden muss.¹²

Bei **Konzernverhältnissen** findet sich zB häufig die Situation, dass ein Geschäftsführer 5 Organ einer GmbH ist, ohne dass zugleich ein Dienstvertrag zwischen ihm und der GmbH besteht. Dort ist eine Person auch oft nicht nur Geschäftsführer der Muttergesellschaft, sondern zugleich Geschäftsführer mehrerer Tochtergesellschaften, ohne dass mit diesen weitere Anstellungsverträge abgeschlossen werden; der mit der Muttergesellschaft abgeschlossene Anstellungsvertrag deckt vielmehr die Tätigkeit auch für die Tochtergesellschaften ab.¹³ Zu den im Anstellungsvertrag zwischen der Muttergesellschaft und dem Geschäftsführer begründeten Pflichten des Geschäftsführers gehört dann die organschaftliche Vertretung der Tochtergesellschaft als Geschäftsführer. Gelegentlich findet sich auch die Konstellation, dass zwar Geschäftsführerverträge auch zwischen den Tochtergesellschaften und dem Geschäftsführer im Konzern abgeschlossen werden, diese dann aber nur die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers als Organ konkretisieren, nicht aber Vergütung oder sonstige Rechte als Dienstnehmer.

Wegen der Gefahr von Interessenkonflikten sind solche „**Doppelmandate**“ von Geschäftsführern im Konzern nicht unproblematisch; die damit unter Umständen verbundenen Probleme – etwa im Hinblick auf ein Stimmverbot für den „Doppelmandatsträger“ bei Entlastungen¹⁴ – sind noch weitgehend ungeklärt.¹⁵ Ein Interessenkonflikt kann dabei jedenfalls nicht in der Weise aufgelöst werden, dass der Geschäftsführer Interessen des einen oder des anderen Unternehmens oder einem „Konzerninteresse“ Vorrang geben darf.¹⁶ Vielmehr hat er sich bei einer Interessenkollision um den Ausgleich widerstreitenden Interessen zu bemühen und bleibt beiden Gesellschaften verpflichtet. In Konzernlagen muss er unter Umständen eine förmliche Weisung der Muttergesellschaft verlangen.

Bei der **GmbH & Co. KG** wird der Anstellungsvertrag ebenfalls häufig nicht mit der 6 Komplementär-GmbH, sondern mit der Kommanditgesellschaft abgeschlossen¹⁷, die insoweit von der Komplementär-GmbH, d.h. deren (anderem) Geschäftsführer vertreten wird.¹⁸ Solche Drittanstellungsverträge werden ebenso wie die oben genannten Konzernanstellungsverträge jedenfalls für nicht mitbestimmte GmbHs grundsätzlich als zulässig angesehen.¹⁹ Gleiches gilt für den Bereich der nur nach dem DittelbG mitbestimmten GmbHs. Bei „paritätisch“ mitbestimmten Gesellschaften stellt sich hingegen wie im Aktienrecht die

¹¹ Erfolgt die Geschäftsführung durch einen Gesellschafter unentgeltlich, so liegt insoweit idR ein Auftragsverhältnis (§§ 662 ff., 664–670 BGB) vor. Eine Entgeltlichkeit ist jedoch nach § 612 BGB zu vermuten. Im Einzelnen dazu unten § 13 Rdnr. 4.

¹² BGH GmbHR 1965, 194 f.

¹³ Vgl. dazu im Einzelnen unter § 13 Rdnr. 15, 25 ff.

¹⁴ Schwichtenberg GmbHR 2007, 400 ff.; Schemmann NZG 2008, 89; vgl. auch Ebenroth/Müller GmbHR 1991, 237.

¹⁵ Vgl. Hopt in Großkommentar z. AktG, 4. Aufl. 1999, § 93 Rdnr. 152 f. mwN; MünchHdB. GesR (AG)/Wiesner § 19 Rdnr. 23 und § 20 Rdnr. 10. Zur grundsätzlichen Zulässigkeit BGH BGHZ 180, 105 ff.

¹⁶ Vgl. BGH NJW 1980, 1629 f.; MünchHdB. GesR (AG)/Krieger § 69 Rdnr. 25, zur Wahrnehmung von Geschäftschancen bei Doppelmandataren vgl. Merkt ZHR 159 (1995), 423, 434 f., 437.

¹⁷ Binz/Sorg Die GmbH & Co. KG, 10. Aufl. 2005, § 8 Rdnr. 7. Wird der Anstellungsvertrag nur mit der Komplementär-GmbH abgeschlossen, ist die KG idR in den Schutzbereich des Anstellungsvertrages mit einzogen; der Geschäftsführer haftet daher auch für Schäden der KG aus fehlerhafter Unternehmensleitung, vgl. BGHZ 76, 326, 327 und 337 f.; BGH GmbHR 2002, 588, 589.

¹⁸ Vgl. BGH NZG 2007, 751 und unten § 12 Rdnr. 9.

¹⁹ BGHZ 75, 209, 210; BAG GmbHR 1997, 837, 838 f.; U. H. Schneider GmbHR 1993, 10, 13 f.; Scholz/Schneider/Sethe § 35 Rdnr. 167; zweifelnd Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 35 Rdnr. 165.

Frage, ob eine Drittanstellung einen unzulässigen Eingriff in die Personalkompetenz des Aufsichtsrats der Gesellschaft darstellt.²⁰

II. Befugnis der Bestellung

- 7 Das Amt eines Geschäftsführers als Organ beginnt mit der **Bestellung**.²¹ Sie ist unabhängig von einer Eintragung im Handelsregister **sofort wirksam**, da die Eintragung nur deklaratorisch ist. Daher kann ein Geschäftsführer sofort tätig werden, wenn er das Amt annimmt. Die Bestellung kann schon in der Satzung erfolgen (§ 6 Abs. 3 S. 2 GmbHG); in der Regel erfolgt sie durch einen gesonderten Beschluss der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG) oder des (Pflicht-)Aufsichtsrates. Bei „paritätisch“ mitbestimmten GmbHs ist Bestellungskompetenz des Aufsichtsrates (unten Rdnr. 21) zwingend.

Die **Dauer** der Bestellung ist außer bei mitbestimmten GmbHs gesetzlich nicht geregelt. In der Satzung oder bei der Bestellung kann eine Regelung erfolgen; idR erfolgt diese jedoch nicht. Dann erfolgt die Bestellung auf unbestimmte Dauer. Bei „paritätisch“ mitbestimmten GmbHs gilt eine Höchstdauer von 5 Jahren (§ 84 Abs. 1 AktG).

1. Bestellung durch die Gesellschafterversammlung

- 8 Erfolgt die Bestellung durch Gesellschafterbeschluss, so entscheidet die Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG) darüber mit der in der Satzung vorgesehenen Mehrheit, ansonsten mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 47 Abs. 1 GmbHG). Dabei sind alle Gesellschafter, also auch ein zur Bestellung zum Geschäftsführer anstehender Gesellschafter, stimmberechtigt. Ein Stimmverbot (§ 47 Abs. 4 GmbHG) gilt für ihn nicht, weil es sich bei der Bestellung um einen sog. „Sozialakt“ handelt.²²
- 9 Wegen des engen sachlichen Zusammenhangs zwischen Bestellung und Anstellung kann ein Gesellschafter nach ganz hM²³ auch bei der Festlegung der Bedingungen seines Anstellungsvertrages einschließlich der Ruhestandsbezüge, bei Abschluss des Anstellungsvertrages sowie bei späteren Änderungen der Anstellungs- und Ruhestandsbedingungen, einer Abberufung ohne wichtigen Grund²⁴ und bei der Entscheidung über die ordentliche Kündigung seines Anstellungsvertrages in der dafür zuständigen Gesellschafterversammlung mitstimmen. Einem **Stimmverbot** unterliegt ein Gesellschafter nur dann, wenn die Beschlussfassung der Gesellschaft seine Kündigung (oder Abberufung) aus wichtigem Grund betrifft.²⁵

Unabhängig vom Vorliegen eines Stimmverbots kann allerdings im Einzelfall eine Stimmabgabe für oder gegen eine Bestellung auch wegen Verletzung der Treuepflicht oder wegen Stimmrechtsmissbrauchs unwirksam sein.²⁶ So liegt etwa im Fall der Wiederbestel-

²⁰ MünchHdB.GesR (AG)/Wiesner § 21 Rdnr. 3 mwN. Dies gilt nicht bei Beherrschungsverträgen und bei der Eingliederung von Aktiengesellschaften.

²¹ Vgl. BGH ZIP 1995, 1983.

²² BGHZ 18, 209, 210; BGHZ 51, 209, 215 und BGH NJW 1991, 172, 173.

²³ BGHZ 18, 205, 210; Baumbach/Hueck/Zöllner § 47 Rdnr. 86; Lutter/Hommelhoff § 47 Rdnr. 24; vgl. auch Lohr NZG 2002, 551, 556 zur Differenzierung zwischen Drittgeschäften und „Sozialakten“ aA Roth in: Roth/Altmeppen § 47 Rdnr. 65.

²⁴ BGH WM 1969, 808, 809.

²⁵ BGH NJW 1987, 1889; Baumbach/Hueck/Zöllner § 47 Rdnr. 85. Insoweit ist es höchst streitig, ob ein Stimmrechtsauschluss das tatsächliche Vorliegen einer wichtigen Grundes voraussetzt oder dessen bloße Behauptung genügt. Für bloße Behauptung BGH NJW 1987, 1889; Scholz/Schmidt § 46 Rdnr. 67; Lutter/Hommelhoff § 38 Rdnr. 17; OLG Stuttgart GmbHR. 1995, 228; aA wichtiger Grund muss tatsächlich vorliegen: OLG Karlsruhe ZIP 2007, 1319 f.; Baumbach/Hueck/Zöllner § 47 Rdnr. 85, 108; vgl. auch BGHZ 86, 177, 182 zum Sonderfall der Zwei-Personen-GmbH.

²⁶ Vgl. BGHZ 14, 26, 38 und Baumbach/Hueck/Zöllner § 47 Rdnr. 74 mwN.

§ 11 Die Bestellung des Geschäftsführers

lung eines aus wichtigem Grund abberufenen Geschäftsführers,²⁷ falls der wichtige Grund noch vorliegt. Dies ist bei zeitnäher Wiederbestellung zu vermuten. Aus der Treuepflicht können sich auch positive Stimmverpflichtungen ergeben.²⁸ Sind von einer Abstimmung mehrere Gesellschafter betroffen, die aus dem selben Grund als befangen anzusehen sind, besteht für sie alle – egal in welcher Weise abgestimmt wird – ein Stimmverbot.²⁹

In jedem Fall muss das **Verbot des Selbstkontrahierens und der Doppel-** bzw. 10

Mehrvertretung (§ 181 BGB) auch bei der Wahl zum Geschäftsführer beachtet werden. Daher ist ein Beschluss, durch den sich der organschaftliche Vertreter eines Allein- oder Mehrheitsgesellschafters selbst zum Geschäftsführer bestellt, unwirksam, wenn dieser Vertreter nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.³⁰ Zwar handelt es sich bei der Wahl um einen Sozialakt, für den die Stimmverbote des § 47 Abs. 4 GmbHG nicht gelten (vgl. auch unten Rdnr. 13). Der unabhängig davon geltende § 181 BGB betrifft aber die davon zu unterscheidende Frage der Vertretung des Gesellschafters durch den Wählenden bei der Stimmabgabe. Auch bei der Stimmabgabe durch rechtsgeschäftliche Vertreter von Gesellschaftern, die selbst zu Geschäftsführern bestellt werden sollen, ist daher die ausdrückliche Befreiung von § 181 BGB erforderlich. In diesem Fall sollte daher auch die von einem Vertreter eines Gesellschafters in der Gesellschafterversammlung in Textform vorzulegende Stimmrechtsvollmacht (§ 47 Abs. 3 GmbHG) dem Protokoll über die Gesellschafterversammlung bzw. dem schriftlichen Gesellschafterbeschluss beigefügt werden, um die Befreiung von § 181 BGB nachzuweisen.³¹

Für den Gesellschafterbeschluss ist grundsätzlich einfache Schriftform ausreichend; diese ist aber auch erforderlich, da dem Handelsregister bei der Anmeldung des Geschäftsführers der Gesellschafterbeschluss grundsätzlich im Original oder in (elektronisch) beglaubigter Abschrift³² vorzulegen ist.

Die Gesellschafterversammlung entscheidet – soweit die Satzung dies zulässt – außer 11 über die Bestellung auch über die Art der Vertretungsmacht (Einzel- oder Gesamtvertretungsbefugnis), eine eventuelle Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB (s. o.) sowie über Abschluss und Inhalt des Anstellungsvertrages, dessen Bedingungen und dessen Beendigung.³³ Auch für die Beschlussfassung über eine „Suspendierung“ bzw. Freistellung³⁴, eine sofortige Beurlaubung oder ein Hausverbot gegenüber einem Geschäftsführer ist grundsätzlich die Gesellschafterversammlung zuständig.³⁵

Besteht die Gesellschafterversammlung aus mehreren Personen, sollte im Gesellschafterbeschluss eine bestimmte Person beauftragt und ermächtigt werden, den Anstellungsvertrag mit dem Geschäftsführer für die Gesellschafterversammlung im Namen der GmbH abzuschließen und – im gewissen Rahmen – über die Bedingungen mit dem Geschäftsführer zu verhandeln. Der Rahmen muss dabei jedoch von der Gesellschafterversammlung vorgegeben werden.

²⁷ BGH NJW 1991, 846.

²⁸ Vgl. BGHZ 98, 276 ff. (Pflicht zur Anpassung der Satzung bei Änderung wesentlicher Umstände).

²⁹ BGHZ 97, 28, 34 ff.; BGHZ 116, 359 ff.; OLG Düsseldorf NZG 2000, 1135.

³⁰ BayObLG DStR 2001, 496; dazu Götze GmbHHR 2001, 217.

³¹ Zu beachten ist, dass rechtsgeschäftliche Vollmachten mit einer Befreiung von § 181 BGB nur von solchen Geschäftsführern erteilt werden können, die selbst entsprechend befreit sind.

³² Ausnahme: Alleingesellschafter bestellt sich selbst zum Geschäftsführer – in diesem Fall genügt die Anmeldung, so OLG Jena Rpfleger 2003, 34.

³³ BGH NJW 1991, 1680; BGH GmbHHR 2000, 876; Baumbach/Hueck/Zöllner § 46 Rdnr. 36 ff.

³⁴ Musterformulierungen dazu bei Dahlbender GmbH-StB 2006, 147.

³⁵ BGH NJW 1987, 1890, 1892. In der „paritätisch“ mitbestimmten GmbH trifft die Entscheidung der Aufsichtsrat und zwar als Plenum, ggf. im qualifizierten Beschlussverfahren nach § 31 Abs. 2 bis 4 MitbestG.

§ 11 12–14

12

Muster für einen Gesellschafterbeschluss über die Bestellung eines (weiteren) Geschäftsführers bei einer Mehr-Personen-GmbH:

Gesellschafterbeschluss der ABC-GmbH

Wir, die alleinigen Gesellschafter der ABC-GmbH, halten hiermit unter Verzicht auf alle gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Formen und Fristen der Einberufung und Ankündigung eine außerordentliche Gesellschafterversammlung der ABC-GmbH ab und beschließen einstimmig:

1. Herr X (Geburtsdatum, Beruf, Privatanschrift) wird mit sofortiger Wirkung zum weiteren Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt. Er vertritt die Gesellschaft gemeinschaftlich mit einem anderen Geschäftsführer oder einem Prokurren.
2. Herr X wird gemäß § 5 Abs. 7 unserer Satzung von den Beschränkungen des § 181 BGB (Selbstkontrahierungsverbot) befreit.
3. Mit Herrn X wird ein Geschäftsführer-Anstellungsvertrag abgeschlossen, der inhaltlich den Regelungen des bestehenden Geschäftsführeranstellungsvertrages von Herrn B entspricht, welcher diesem Protokoll als Anlage beigefügt ist. Zum Abschluss des Anstellungsvertrages im Namen der ABC-GmbH, vertreten durch die Gesellschafterversammlung, wird der Gesellschafter B ermächtigt.

Hiermit ist die Gesellschafterversammlung beendet.

Stuttgart, den

.....
(Gesellschafter A)

.....
(Gesellschafter B)

.....
(Gesellschafter C)

- 13 Bei der Ein-Personen-GmbH kann sich der Alleingesellschafter unter Beachtung der Formvorschrift des § 48 Abs. 3 GmbHG selbst zum Geschäftsführer bestellen. Da es sich um einen körperschaftlichen Bestellungsakt (Sozialakt) handelt, sind die Vorschriften über das In-sich-Geschäft (§§ 35 Abs. 3 GmbHG, 181 BGB) hier nicht anwendbar.³⁶

2. Bestellung in oder aufgrund der Satzung

- 14 Erfolgt die Bestellung eines Geschäftsführers schon in der Satzung (§ 6 Abs. 3 Satz 2 GmbHG), so ist es eine Frage der Auslegung, ob es sich dabei um eine echte körperschaftsrechtliche Regelung („echter Satzungsbestandteil“) handelt, so dass eine Abberufung nur im Wege der förmlichen Satzungsänderung (§§ 53, 54 GmbHG) erfolgen kann, oder ob es sich nur um eine sogenannte fakultative („unechte“) Satzungsbestimmung handelt, die nur bei Gelegenheit der Aufstellung der Satzung in die Urkunde aufgenommen wurden ist, ohne dass ihre Abänderung von der Einhaltung der Regeln über Satzungsänderungen abhängen soll.³⁷ Das ist z.B. bei der Bestellung eines Geschäftsführers im Musterprotokoll bei der Gründung im vereinfachten Verfahren der Fall; daher ist auch bei einer solchen Gesellschaft keine Satzungsänderung für die Bestellung eines weiteren Geschäftsführers erforderlich, sondern es genügt ein Gesellschafterbeschluss nach § 46 Nr. 5 GmbHG.^{37a}

³⁶ Ulmer/Ulmer § 6 Rdnr. 29; Baumbach/Hueck/Fastrich § 6 Rdnr. 16; Altmeppen in: Roth/Altmeppen § 6 Rdnr. 20 sowie BGHZ 33, 189, 194; jetzt auch Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 6 Rdnr. 22. Ist ein Minderjähriger Alleingesellschafter einer GmbH, kann dessen Vater als gesetzlicher Vertreter wegen §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht seine eigene Mutter, also die Großmutter des Minderjährigen, zur Geschäftsführerin der Gesellschaft bestellen (OLG Düsseldorf RNotZ 2006, 68). § 1822 Nr. 11 BGB gilt für Geschäftsführerbestellungen hingegen nicht.

³⁷ Zu dieser Unterscheidung etwa Baumbach/Hueck/Fastrich § 3 Rdnr. 3 und Baumbach/Hueck/Zöllner § 53 Rdnr. 20 ff.

^{37a} So OLG Rostock NotBZ 1010, 196 ff.; Baumbach/Hueck/Fastrich § 2 Rdnr. 18. Vgl. auch unten Rdnr. 30.

Ein „echter Satzungsbestandteil“ ist die Bestellung etwa dann, wenn einzelnen Gesellschaftern ein gegen ihren Willen nicht entziehbares Sonderrecht (§ 35 BGB) auf Geschäftsführung eingeräumt wird oder eine Geschäftsführerbestellung „auf Lebenszeit“ erfolgt.³⁸ Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung³⁹ soll allerdings im Zweifel ein „unechter Satzungsbestandteil“ anzunehmen sein, da Regelungen über die Bestellung und das Gehalt eines Geschäftsführers regelmäßig nicht in der Satzung erfolgen. Dafür spricht auch die Auslegungsregel in § 6 Abs. 4 GmbHG, nach der bei einer Satzungsregelung, wonach sämtliche Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt sein sollen, nur die bei Festsetzung dieser Bestimmung vorhandenen Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt sind. Das Amt wird also im Zweifel nicht mit dem Geschäftsanteil übertragen, sondern erlischt; später der GmbH betretende Gesellschafter werden nicht ohne besondere Bestellung zu Geschäftsführern⁴⁰.

Aus dem Umstand, dass die Bestellung von Geschäftsführern schon in der Satzung erfolgen kann, folgt allerdings noch nicht, dass eine Person, welche darin (ohne Sonderrecht iSv. § 35 BGB) als Geschäftsführer benannt wurde, nur mit satzungsändernder Mehrheit abberufen werden kann oder der betroffene Gesellschafter gar ein – gegen seinen Willen unentziehbares – Sonderrecht auf Geschäftsführung hat. Vielmehr kann auch ein in der Satzung bestellter Geschäftsführer grundsätzlich jederzeit von dem Bestellungsorgan mit einfacher Mehrheit abberufen werden (§ 38 Abs. 1 GmbHG). Das der Gesellschafterversammlung ohnehin nicht entziehbare Recht, Geschäftsführer aus wichtigem Grund abzuberufen (vgl. § 38 Abs. 2 GmbHG) reicht demgegenüber nicht aus, da sich die Gesellschafterversammlung als oberstes Organ der GmbH (vgl. §§ 37, 46 Nr. 6 GmbHG) nicht in diesem Umfang „entmachten“ darf.⁴¹

Etwas anderes gilt nur dann, wenn die entsprechende Satzungsbestimmung erkennen lässt, dass für die Abberufung eine satzungsändernde Mehrheit erforderlich ist oder gar ein **Sonderrecht** im Sinne des § 35 BGB auf Geschäftsführung vorliegen soll. Dies hat dann zur Folge, dass eine Abberufung nur aus wichtigem Grund bzw. nur mit (notfalls im Wege der Klage zu ersetzender) Zustimmung des Betroffenen möglich ist. Im Zweifel ist ein solches Sonderrecht jedoch nicht anzunehmen.⁴²

Für die Annahme eines gegen den Willen des Begünstigten unentziehbaren Sonderrechts (§ 35 BGB) auf Geschäftsführerbestellung genügt weder die Bestellung in der Satzung, noch der Umstand, dass ein Geschäftsführer nur aus wichtigem Grund abberufbar ist (§ 38 Abs. 2 GmbHG).⁴³ Wenn ein Sonderrecht vorliegt, kann dieses Bestellungsrecht nur in dem Rahmen ausgeübt werden, der von der Satzung oder der Gesellschafterversammlung für die Gesamtzahl der Geschäftsführer vorgegeben ist. So darf etwa durch die Ausübung eines solchen Sonderrechts die Gesamtzahl der Geschäftsführer nicht erhöht werden; die Neubestellung eines weiteren Geschäftsführers durch einen Geschäftsführer kommt daher unter Umständen nur bei gleichzeitiger Abberufung eines bisherigen „eigenen“ Geschäftsführers in Betracht.⁴⁴

3. Bestellungs- und Benennungsrechte

Aufgrund der Gestaltungsfreiheit (§ 45 Abs. 2 GmbHG) ist es möglich, das Recht zur Bestellung von Geschäftsführern in der Satzung nicht „paritätisch“ mitbestimmter GmbHs

³⁸ BGH GmbHR 1982, 129, 130; zu Sonderrechten allgemein Waldenberger GmbHR 1997, 49 ff.

³⁹ BGHZ 18, 205, 206 f.

⁴⁰ Ulmer/Ulmer § 6 Rdnr. 33; Wicke § 6 Rdnr. 13.

⁴¹ Wicke § 6 Rdnr. 12; Goette DStR 1998, 938 f.; aA Baumbach/Hueck/Fastrich § 6 Rdnr. 16 f.

⁴² BGH WM 1981, 438; BGH BB 1981, 926 und Fn. 37.

⁴³ BGH NJW 1969, 131.

⁴⁴ So OLG Stuttgart GmbHR 1999, 537, 538.

von der Gesellschafterversammlung auf einen Gesellschafterausschuss, einen Familienstamm oder einen einzelnen Gesellschafter zu übertragen.⁴⁵ Solche Bestellungs- oder Benennungsrechte⁴⁶ finden sich vor allem bei Familiengesellschaften zur Sicherung der Unternehmensnachfolge. Werden sie als bloße **Benennungsrechte** ausgestaltet, die zusätzlich an **Eignungsvoraussetzungen** geknüpft werden können, ist für die Bestellung noch ein Gesellschafterbeschluss erforderlich. Hierbei sind die Mitgesellschafter dann grundsätzlich verpflichtet, den satzungsgemäß Benannten zu bestellen, es sei denn, dem stehen „sachliche Gründe“ entgegen.

Diese Verpflichtung muss allerdings bei Streit um die Eignung des Benannten gerichtlich durchgesetzt werden. Die rechtskräftige Verurteilung von Gesellschaftern, der Bestellung eines bestimmten Geschäftsführers zuzustimmen, ersetzt dabei nach hM nur die Stimmabgabe dieser Gesellschafter (§ 894 ZPO), nicht den Gesellschafterbeschluss. Dieser liegt erst vor, wenn alle Stimmen abgegeben bzw. ein Beschluss durch den Versammlungsleiter festgestellt wird, was den Zugang der durch § 894 ZPO ersetzen Willenserklärung beim Versammlungsleiter voraussetzt.⁴⁷ Daher sind aus Sicht des Begünstigten echte **Sonderrechte auf unmittelbare Bestellung**⁴⁸ vorzugswürdig, insbesondere wenn diese mit einer gesellschaftsvertraglichen Regelung verbunden werden, wonach auch eine Bestellung von weiteren Geschäftsführern gegen den Willen der oder des Begünstigten nicht möglich ist.

Eine solche Regelung in der Satzung kann wie folgt lauten:

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

- 19** Umstritten ist, ob ein Recht zur Bestellung von Geschäftsführern in der Satzung auch auf außenstehende **Dritte** oder (bloße) **Mitgeschäftsführer** übertragen werden kann. Die hM hält dies von der in § 45 Abs. 2 GmbHG eingeräumten Satzungsautonomie gedeckt,⁴⁹ auch soweit es um ein Recht zur Bestellung von Geschäftsführern durch andere Geschäftsführer geht.⁵⁰ Letzteres ist nur dann rechtlich problematisch, wenn eine Person „nur“ Geschäftsführer und nicht zugleich auch Gesellschafter oder gar gemeinsamer Vertreter eines Gesellschafterstamms ist. Nur in einem solchen Fall liegt ja eine „Fremdbestimmung“ der Gesellschaft in Form eines Bestellungsrechts durch außenstehende Dritte vor. Im Übrigen ist zu differenzieren: Ein Recht auf Bestellung eines weiteren Geschäftsführers ist nicht zu beanstanden, solange der Geschäftsführer selbst von der Gesellschafterversammlung jederzeit mit einfacher Mehrheit abberufen werden kann (§ 38 Abs. 1 GmbHG). Soll dies je-

⁴⁵ Baumbach/Hueck/Zöllner § 46 Rdnr. 33, 96; OLG Stuttgart GmbHR 1999, 538; vgl. auch BGH GmbHR 1973, 279 zu einem Präsentationsrecht eines Geschäftsführers, welches nur das Auswahlermessen der Gesellschafterversammlung beschränkt.

⁴⁶ Vgl. dazu mit Musterformulierung für eine Satzung oben bei § 9 Rdnr. 13.

⁴⁷ BGH NJW 1989, 2697 und BGHZ 48, 163, 174.

⁴⁸ Vgl. dazu etwa Lohr GmbH-StB 2008, 119.

⁴⁹ So etwa Baumbach/Hueck/Fastrich § 6 Rdnr. 18 a mwN, vgl. auch BGH DB 1965, 624 zur Übertragung von Kompetenzen auf ein Schiedsgericht; aA Baumbach/Hueck/Zöllner § 46 Rdnr. 33, 97; Koppensteiner in: Rowedder/Schmidt-Leithoff § 45 Rdnr. 10 mwN; vgl. auch Scholz/Schmidt § 46 Rdnr. 72: Solche Vereinbarungen wirken nur schuldrechtlich. Zu dieser Problematik bei „öffentlicht-rechtlichen“ GmbHs vgl. unten § 47 Rdnr. 17, 26.

⁵⁰ AA Ulmer/Hüffer § 46 Rdnr. 77.