

# Der Gesellschafterstreit

Lutz

8., erweiterte Auflage 2024  
ISBN 978-3-406-80601-8  
C.H.BECK

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

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

**dent mit der Wirksamkeit der Abberufung befassen.** Die mangelnde Beschlussfeststellung oder die Unklarheit über das Ergebnis des Abberufungsbeschlusses sind für die Wirksamkeit des Abberufungsbeschlusses ohne Relevanz.<sup>144</sup> Diese Inzident-Prüfung betrifft insbesondere die Frage, ob ein „wichtiger Grund“ in der Person des Abberufenen vorlag und damit ein wirksamer Abberufungsbeschluss zustande gekommen ist. Entgegen einem in der Praxis weit verbreiteten Missverständnis ist der **Abberufungsbeschluss bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch dann von Anfang an** (ex tunc) mit seiner Bekanntgabe gegenüber dem Abberufenen **wirksam, wenn das Beschlussergebnis** wegen der Stimmabgabe des Betroffenen **zunächst unklar ist**.<sup>145</sup> Die gesetzliche Regelung in §§ 116 Abs. 5, 124 Abs. 5 HGB (vormals §§ 117, 127 HGB aF) für Personenhandelsgesellschaften (Wirksamkeit der Entziehung von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis mit Wirkung für die Zukunft [ex nunc] ab Rechtskraft des Gestaltungsurteils) findet bei der GmbH keine entsprechende Anwendung, so dass der Abberufungsbeschluss nicht erst mit der rechtskräftigen Entscheidung im Beschlussfeststellungsverfahren Wirksamkeit entfaltet. **Dies gilt auch für die Zwei-Personen-GmbH** oder eine **zeitgleiche wechselseitige Abberufung**.<sup>146</sup> Die anderslautende, in der Praxis aber verbreitete Auffassung (wonach der Geschäftsführer bei unklaren Abberufungsbeschlüssen, jedenfalls in der Zwei-Personen-GmbH, bis zur gerichtlichen Klärung weiter im Amt bleiben dürfe) ist unrichtig und beruht offenbar auf ungenau formulierten Leitsätzen oder Begründungen in höchstrichterlichen Entscheidungen, die – aus dem Zusammenhang gerissen – zudem missverständlich zitiert werden. Häufig wird hierbei zB mit den Entscheidungsgründen des BGH im Urteil vom 20.12.1982<sup>147</sup> argumentiert, wo der BGH für eine Zwei-Personen-GmbH unter anderem ausführt, die Abberufung könne bei einem solchen Gesellschaftsverhältnis bis zu einer gegenteiligen rechtskräftigen Gerichtsentscheidung nicht vorläufig wirksam sein (da sie sonst ein „bequemes Mittel“ wäre, bei Interessengegensätzen oder Meinungsverschiedenheiten unter den Gesellschaftern einen geschäftsführenden Gesellschafter unter Umständen auf Jahre hinaus auszuschalten). Der BGH begründet damit jedoch nur, dass die Vorschrift des § 84 Abs. 3 S. 4 AktG (vorläufige Wirksamkeit einer Vorstandsabberufung bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung) bei der GmbH keine Anwendung findet, stellt aber wenige Sätze vorher in denselben Entscheidungsgründen ausdrücklich fest, dass die §§ 117, 127 HGB aF ebenfalls nicht auf die Rechtsverhältnisse bei der GmbH übertragbar seien und der Abberufungsbeschluss (bei formeller Gültigkeit und bei Vorliegen eines wichtigen Grundes) trotz der wechselseitigen Abberufung oder eines zunächst unklaren Beschlussergebnisses daher „sofort wirksam wird“.

Im **Überblick** ergeben sich im Zusammenhang mit der Beschlussfassung über die **außerordentliche Abberufung** eines Gesellschafter-Geschäftsführers in der **GmbH** (und, wegen des durch das MoPeG geänderten Beschlussmängelrechts, bei einer entsprechenden Beschlussfassung in der **OHG, KG** bzw. **GmbH & Co. KG**) daher folgende mögliche **Beschlusswirkungen** und **Rechtsschutzmöglichkeiten**:

207

<sup>144</sup> BGH NZG 2007, 185; BGH NZG 2009, 1307; Noack/Servatius/Haas/Noack GmbHG § 47 Rn. 26.

<sup>145</sup> So ausdrücklich BGHZ 86, 177 = NJW 1983, 938 = GmbHR 1983, 149; vgl. auch OLG Schleswig-Holstein GmbHR 2007, 1108; OLG München NZG 2010, 185.

<sup>146</sup> BGHZ 86, 177 = NJW 1983, 938 = GmbHR 1983, 149.

<sup>147</sup> BGHZ 86, 177 = NJW 1983, 938 = GmbHR 1983, 149.

Abberufungsbeschluss	Rechtsfolge	Auswirkung	Rechtsschutz
<b>1. Gravierende Mängel</b>			
<p>Der Abberufungsbeschluss hat gravierende Mängel, weil die Gesellschafterversammlung nicht ordnungsgemäß einberufen wurde oder überhaupt kein zuständiges Beschlussgremium tätig war (zB „Beschlussfassung“ einzelner Gesellschafter).</p>	<p>Der Abberufungsbeschluss ist nichtig.</p>	<p>Auf die Nichtigkeit des Beschlusses kann sich jeder berufen. Bei gravierenden Mängeln, die zur Nichtigkeit führen, entfaltet der Abberufungsbeschluss auch kaum eine tatsächliche Wirkung. Das HR wird die Abberufung, jedenfalls nach entsprechenden Hinweisen des Betroffenen, nicht eintragen; Mitarbeiter oder Geschäftspartner werden die Abberufung nicht anerkennen.</p>	<p>Der betroffene Gesellschafter-GF kann die Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses ggf. durch Feststellungsklage klären lassen und, falls erforderlich, im Wege der einstweiligen Verfügung seine Rechte als GF sichern.</p>
<b>2. Unklares Beschlussergebnis</b>			
<p>Das Ergebnis des Abberufungsbeschlusses ist unklar, weil sich die Gesellschafter über die wirksame Stimmabgabe uneinig sind (vor allem, weil der Betroffene trotz möglichen Stimmverbots mitgestimmt hat oder eine Stimmabgabe gegen die Abberufung aus wichtigem Grund ggf. treuwidrig und nichtig war) und das Abstimmungsergebnis nicht aufgrund Beschlussfeststellung eines legitimierten Versammlungsleiters vorläufig rechtsverbindlich ist.</p>	<p>Das Zustandekommen des Abberufungsbeschlusses richtet sich nach dem Abstimmungsergebnis (notwendige Stimmenmehrheit für oder gegen den Beschlussantrag), das seinerseits von der Wirksamkeit streitiger Stimmabgaben (je nach Vorliegen eines „wichtigen Grundes“) abhängt.</p>	<p>Der (mögliche) Abberufungsbeschluss lässt sich häufig zunächst nicht vollziehen. Bei Unklarheiten über das Beschlussergebnis muss und wird das HR die Abberufung zunächst nicht eintragen. Auch gegenüber Mitarbeitern, Geschäftspartnern und sonstigen Dritten ist mit dem Protokoll der Versammlung, aus dem lediglich der Streit über die Abberufung hervorgeht, wenig anzufangen. Es entsteht bis zur gerichtlichen Klärung ein Schwebezustand.</p>	<p>Die Gesellschafter oder die Gesellschaft selbst können das Beschlussergebnis durch Beschlussfeststellungsklage klären lassen. Darüber hinaus besteht in dringenden Fällen für die Streitparteien die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes (je nach den Fallumständen gerichtet auf die vorläufige Fortsetzung des Geschäftsführeramtes oder – im Gegenteil – auf die Unterbindung weiterer Geschäftsführung, bis zur Entscheidung in der Hauptsache).</p>

Abberufungsbeschluss	Rechtsfolge	Auswirkung	Rechtsschutz
<b>3. Keine (zur Nichtigkeit führenden) Mängel und klares Beschlussergebnis bzw. Beschlussfeststellung</b>			
<p>Der Abberufungsbeschluss kann mangelfrei sein oder zumindest nur zur Anfechtbarkeit führende, materielle oder formelle Mängel aufweisen, hinsichtlich des Abstimmungsergebnisses aber eindeutig sein (ggf. infolge förmlicher Beschlussfeststellung durch einen Versammlungsleiter).</p>	<p>Der „positive“ Abberufungsbeschluss ist vorbehaltlich einer rechtzeitigen und erfolgreichen Anfechtungsklage verbindlich und wirksam.</p> <p>Gleiches gilt spiegelbildlich für die Ablehnung des Beschlussantrags: Der „negative“ Beschluss ist ebenfalls, vorbehaltlich einer rechtzeitigen und erfolgreichen Anfechtungsklage, verbindlich und wirksam.</p>	<p>Der Abberufungsbeschluss lässt sich in der Regel vollziehen. Das Handelsregister wird die Abberufung nach Anmeldung – vorbehaltlich einer erfolgreichen Intervention des Betroffenen – eintragen. Mit dem Protokoll des Abberufungsbeschlusses oder spätestens mit der HR-Eintragung lässt sich die Abberufung nach außen dokumentieren.</p> <p>Bei einem Ablehnungsbeschluss bleibt die Organstellung des betroffenen GF unberührt. Die unterlegenen Gesellschafter können sich bis zur gerichtlichen Klärung in der Hauptsache ggf. mittels EV zur Wehr setzen.</p>	<p>Der abberufene Gesellschafter-GF kann sich mit der Anfechtungsklage zur Wehr setzen und seine GF-Rechte (bei Glaubhaftmachung der Unwirksamkeit der Abberufung) vorläufig durch EV durchsetzen.</p> <p>Der Ablehnungsbeschluss kann durch die unterlegenen Gesellschafter ebenfalls mit der Anfechtungsklage angegriffen werden. Diese Anfechtungsklage kann mit einer positiven Beschlussfeststellungsklage kombiniert werden, da die Anfechtungsklage nur den fehlerhaft festgestellten Ablehnungsbeschluss beseitigt.<sup>148</sup></p>

**cc) Kündigung des Anstellungsvertrags**

*(1) Auswirkung des Abberufungsbeschlusses auf den Anstellungsvertrag*

Das Dienstverhältnis eines Gesellschafter-Geschäftsführers ist bei der GmbH meist schon aus steuerlichen Gründen (zur Vermeidung des Vorwurfs „Verdeckter Gewinnausschüttungen“) durch einen schriftlichen Dienstvertrag geregelt. Die Beendigung der Organstellung durch Abberufung von der Geschäftsführung hat grundsätzlich nicht automatisch die Auflösung dieses Anstellungsverhältnisses zur Folge.<sup>149</sup> Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn die beiden Rechtsverhältnisse (Organstellung und Anstellungsvertrag) durch eine auflösende Bedingung

<sup>148</sup> Vgl. zu dieser kombinierten Klage (Anfechtungsklage gegen den festgestellten Ablehnungsbeschluss und positive Beschlussfeststellungsklage zur gerichtlichen Bestätigung des Abberufungsbeschlusses) unter → Rn. 617.

<sup>149</sup> OLG Frankfurt aM GmbHR 1994, 549.

miteinander verknüpft sind oder im Anstellungsvertrag vereinbart ist, dass mit der Abberufung zugleich auch das Anstellungsverhältnis beendet wird (sog. **Kopplungsklausel**). Eine solche Kopplungsklausel ist, unabhängig vom Umfang der Beteiligung des Geschäftsführers an der GmbH, wirksam, auch wenn sie zu einer sofortigen Beendigung des Anstellungsverhältnisses, ohne Einhaltung der gesetzlichen Mindestkündigungsfrist führt.<sup>150</sup>

**208a** Da die Abberufung jedoch regelmäßig zugleich zur vorzeitigen Beendigung des Anstellungsvertrags führen soll, schon um die gemäß § 615 S. 1 BGB fortbestehenden Vergütungsansprüche<sup>151</sup> des abberufenen Geschäftsführers zu beenden, muss dieser **ausdrücklich gekündigt** werden. Der Abberufungsbeschluss selbst enthält regelmäßig nicht zugleich die Erklärung der Kündigung des Anstellungsvertrags. Die beabsichtigte Kündigung muss neben der Abberufung, mit „hinreichender Klarheit“, zum Ausdruck kommen.<sup>152</sup> Etwas anderes gilt auch hier, wenn aufgrund vertraglicher Vereinbarung eine ausdrückliche Verknüpfung zwischen Abberufungsbeschluss und Kündigungserklärung hergestellt wird, etwa dergestalt, dass laut Anstellungsvertrag „der Widerruf der Bestellung zugleich als Kündigung des Anstellungsvertrags zum nächstmöglichen Zeitpunkt gilt“.<sup>153</sup>

**208b** Zusätzlich zur Kündigung ist zu prüfen, ob vorsorglich ein ausdrücklicher **Widerspruch gegen die weitere Fortsetzung des Dienstverhältnisses** nach dessen Beendigung erklärt werden muss. Gemäß **§ 625 BGB** gilt ein Dienstverhältnis „**als auf unbestimmte Zeit verlängert**“, wenn es nach seinem Ablauf mit Wissen des Dienstberechtigten (also der Gesellschaft) fortgesetzt wird.<sup>154</sup> Diese gesetzliche Fiktion ist gerade bei Gesellschafterstreitigkeiten tückisch, weil der abberufene Gesellschafter-

<sup>150</sup> OLG Saarbrücken NZG 1999, 1011 (für einen Fremdgeschäftsführer) und NZG 2013, 784 (für einen mit 37% am Stammkapital beteiligten Geschäftsführer). Die anderslautende Entscheidung des OLG Karlsruhe NZG 2017, 226 = GmbHR 2017, 295, dürfte demgegenüber durch ein jüngeres Urteil des BAG überholt sein: Die Koppelungsklausel war nach Auffassung des OLG Karlsruhe unwirksam, weil sie den Anstellungsvertrag mit einer nicht mehrheitlich (mit 20%) an der GmbH beteiligten Geschäftsführerin betraf und die sofortige Beendigung des Vertrages bei Kundgabe der Abberufung daher gegen die zwingende Vorschrift des 622 BGB verstieß, der (für Arbeitnehmer) eine gesetzliche Mindestkündigungsfrist bei ordentlichen Kündigungen vorsieht. Die Klausel konnte darüber hinaus nicht im Wege der geltungserhaltenden Reduktion angepasst werden, da der Anstellungsvertrag bereits mehrfach verwendet worden war und die Vertragsklausel daher als „Allgemeine Geschäftsbedingung“ zu qualifizieren war (§§ 306, 305 Abs. 1, 310 Abs. 3 BGB). Das BAG NJW 2020, 2824 = GmbHR 2020, 1070, hat demgegenüber mit ausführlicher Begründung und entgegen früheren Entscheidungen des BGH (vgl. zB. BGHZ 79, 291 = NJW 1981, 1270; BGHZ 91, 217 = NJW 1984, 2528), entschieden, dass § 622 BGB für GmbH-Geschäftsführer auch dann keine Anwendung finde, wenn sie nicht mehrheitlich an der GmbH beteiligt sind. Die gesetzliche Kündigungsfrist für Geschäftsführer-Dienstverträge, die keine Arbeitsverträge sind, richte sich vielmehr generell nach § 621 BGB, der (anders als § 622 BGB) indessen abdingbar ist.

<sup>151</sup> Vgl. zu den Vergütungsansprüchen des GmbH-Geschäftsführers nach einer Abberufung: OLG München GmbHR 2016, 875 = BeckRS 2016, 6453.

<sup>152</sup> OLG Rostock NZG 1999, 216.

<sup>153</sup> Vgl. zB OLG Düsseldorf NZG 2000, 209 = GmbHR 2000, 378; OLG Köln NZG 2000, 551 = GmbHR 2000, 432.

<sup>154</sup> Vgl. zur Anwendbarkeit des § 625 BGB auf den Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers BGH NJW 1997, 2319 = GmbHR 1997, 645.

Geschäftsführer den Abberufungs- und Kündigungsbeschluss jedenfalls bis zu einer gerichtlichen Klärung häufig ignoriert und seine Geschäftsführertätigkeit mit Kenntnis der Mitgesellschafter, die sich hiergegen kurzfristig nur schwer zur Wehr setzen können, zunächst uneingeschränkt fortsetzt. § 625 BGB ist zwar abdingbar und kann auch stillschweigend ausgeschlossen werden, etwa aufgrund einer doppelten Schriftformklausel im Gesellschaftsvertrag.<sup>155</sup> Falls § 625 BGB aber anwendbar ist und die gesetzliche Fiktion in Kraft tritt, scheidet eine erneute Kündigung des (dann unbefristeten) Dienstverhältnisses häufig an den Mehrheitsverhältnissen, zumal die außerordentliche Kündigung (mit dem entsprechenden Stimmverbot des betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführers) wegen der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB – außer bei einem Dauerverhalten – wegen Zeitablaufs ausscheidet. Der Widerspruch gegen die Fortsetzung des Dienstverhältnisses hat „unverzüglich“ (gemäß § 121 Abs. 1 BGB also grundsätzlich innerhalb weniger Tage) nach Beendigung des Dienstverhältnisses zu erfolgen, ist nach der Rechtsprechung des BAG aber auch bereits vor Ablauf des Dienstverhältnisses möglich.<sup>156</sup> Im Fall des GmbH-Geschäftsführers muss der Widerspruch durch das für die Kündigung zuständige Organ, also regelmäßig die Gesellschafterversammlung (vgl. unter → Rn. 209) erfolgen. Ein unverzüglicher Widerspruch gegen die Fortsetzung des Dienstverhältnisses ist daher nach dessen Beendigung schwierig, da sehr kurzfristig erneut zu einer Gesellschafterversammlung, die über die Erklärung des Widerspruchs Beschluss fasst, geladen werden müsste. Der Widerspruch gemäß § 625 BGB sollte – außer bei einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Abbedingung der Vorschrift im Anstellungsvertrag – daher bei streitigen außerordentlichen Abberufungen und fristlosen Kündigungen eines Gesellschafter-Geschäftsführers vorsorglich bereits zusammen mit diesen Maßnahmen beschlossen und zugleich mit der Kündigung gegenüber dem betroffenen Geschäftsführer erklärt werden.<sup>157</sup>

## (2) Zuständigkeit für die Kündigung des Anstellungsvertrags und Kündigungserklärung

Für die Kündigung ist auf Seiten der Gesellschaft<sup>158</sup> das Gremium zuständig, welches auch über die Abberufung des Geschäftsführers entscheidet („**Annexkompetenz**“),<sup>159</sup> in der Regel gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG also die Gesellschafterversammlung. Die **Kündigung des Anstellungsverhältnisses** erfordert in diesem Fall einen **Gesellschafterbeschluss**. Ohne gültige Beschlussfassung ist die Kündigung unwirksam.<sup>160</sup> Die Beschlussfassung über die Kündigung sollte (insbesondere wegen der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB bei fristloser Kündigung; vgl. hierzu unter → Rn. 215 f.) bereits für die Gesellschafterversammlung vorbe-

209

<sup>155</sup> OLG München Urt. v. 10.4.2019 – 7 U 2876/18, BeckRS 2019, 7379; aA aber OLG München GmbHR 2023, 673 = BeckRS 2023, 6572.

<sup>156</sup> BAG NZA 1998, 1000 = BB 1998, 1693 = DB 1998, 2371; BAG NJW 2001, 532 = BB 2000, 2576.

<sup>157</sup> Vgl. hierzu auch die Checkliste unter → Rn. 851 sowie das Beispiel für einen entsprechenden Beschlussantrag im Muster der Ladung zu einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung unter → Rn. 853.

<sup>158</sup> Falls andererseits der Geschäftsführer selbst wegen oder im Zusammenhang mit der Abberufung fristlos kündigt, steht ihm allein wegen der Abberufung kein Schadensersatzanspruch gem. § 628 Abs. 2 BGB gegen die Gesellschaft zu, BGH NZG 2012, 502 = NJW 2012, 1656.

<sup>159</sup> OLG Köln GmbHR 1991, 156 = VersR 1991, 550; LAG Hessen NJW-RR 2001, 112. Darüber hinaus kann die Kündigungsbefugnis durch die Satzung oder durch Gesellschafterbeschluss auf ein bestimmtes Organ (zB einen Aufsichtsrat/Beirat) oder bestimmte Personen übertragen sein, BGH NZG 2013, 615 = GmbHR 2013, 645.

<sup>160</sup> OLG Nürnberg NZG 2001, 810; OLG München GmbHR 2016, 875 = MDR 2016, 776.

reitet und angekündigt werden, in der auch über die außerordentliche Abberufung des Geschäftsführers Beschluss gefasst werden soll.<sup>161</sup>

**209a** In Ausnahmefällen ist der **Geschäftsführer-Anstellungsvertrag** bei der **GmbH & Co. KG** nicht mit der Komplementär-GmbH, sondern mit der **Kommanditgesellschaft selbst abgeschlossen**. Hier ist fraglich, wer im Innenverhältnis über die Kündigung entscheidet und wer die GmbH & Co. KG bei der Kündigungserklärung nach Außen vertritt. Bei der Kündigung des Anstellungsvertrags zwischen dem Geschäftsführer der Komplementärin und der GmbH & Co. KG handelt es sich, ebenso wie bei dessen Abschluss oder dessen Änderung, um kein Grundlagengeschäft, sondern um eine Maßnahme der laufenden Geschäftsführung der KG.<sup>162</sup> Die Entscheidung über die Kündigung trifft somit die GmbH bzw. analog § 46 Nr. 5 GmbHG deren Gesellschafterversammlung und nicht die Gesellschafterversammlung der KG.<sup>163</sup> Die GmbH & Co. KG wird bei der Abgabe der Kündigungserklärung gesetzlich durch die GmbH und diese durch einen weiteren Geschäftsführer vertreten.<sup>164</sup> Ist ein solcher nicht vorhanden, wird die GmbH & Co. KG durch die Gesellschafterversammlung der GmbH<sup>165</sup> oder durch einen neu für die GmbH bestellten Geschäftsführer vertreten (was bei der Abberufung des bisher einzigen Geschäftsführers ohnedies erforderlich wird).

**210** Die beschlossene **Kündigung** muss dem Geschäftsführer **bekannt gemacht werden**, es sei denn, er ist in der Gesellschafterversammlung, in der über die Kündigung Beschluss gefasst wird, selbst anwesend.<sup>166</sup> Die bloße Anwesenheit bzw. Bekanntgabe in einer Gesellschafterversammlung ist allerdings dann unzureichend, wenn der **Anstellungsvertrag** oder die Satzung **für die Kündigungserklärung** konstitutiv die **Schriftform** vorsieht.<sup>167</sup> Die Kündigung muss daher bei vertraglichem Schriftformerfordernis trotz der sofortigen Kenntnisnahme durch den Gesellschafter-Geschäftsführer, auch zu Beweis Zwecken, nochmals schriftlich, **unterzeichnet durch alle übrigen Gesellschafter** oder durch einen durch **Gesellschafterbeschluss hierzu bevollmächtigten Vertreter**, mitgeteilt werden. Falls die vertraglich vereinbarte Schriftform nicht eingehalten wird, ist die Kündigung trotz sonstiger Kenntnisnahme durch den betroffenen Geschäftsführer im Zweifel nichtig (§§ 127, 126, 125 S. 2 BGB). Die Ausführungen zur Mitteilung

<sup>161</sup> Vgl. hierzu das Muster einer Einberufung unter → R.n. 854.

<sup>162</sup> BGH NZG 2016, 826 R.n. 29.

<sup>163</sup> BGH NZG 2007, 590; BGH NZG 2016, 826 (wobei es der BGH in dieser Entscheidung letztlich offengelassen hat, ob die Zustimmung der GV der GmbH erforderlich war, da es nur um eine Verlängerung des Vertrags zwischen GF und der KG ging und auf Ebene der KG bereits ein hierfür zuständiger Beirat zugestimmt hatte).

<sup>164</sup> BGH NZG 2014, 780 R.n. 13. Da es sich bei dem Abschluss, der Änderung und der Beendigung des Anstellungsvertrages zwischen der GmbH & Co. KG und dem Geschäftsführer ihrer Komplementärin um eine laufende Geschäftsführungsmaßnahme der KG handelt, kann der Geschäftsführer diese Rechtsgeschäfte, außer die Abgabe der Kündigungserklärung gegenüber sich selbst, daher im Übrigen auch namens der KG, diese vertreten durch die GmbH, diese vertreten durch den GF, mit sich selbst vornehmen, wenn er sowohl bei der KG als auch bei der GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, vgl. BGH NZG 2016, 826 R.n. 22; OLG Frankfurt a.M. Urt. v. 12.4.2006 – 21 U 37/05, BeckRS 2006, 10079.

<sup>165</sup> BGH BB 1970, 226 = BB 1970, 389; BGH NZG 2014, 780 R.n. 13.

<sup>166</sup> OLG Nürnberg NZG 2001, 810.

<sup>167</sup> Das gesetzliche Schriftformerfordernis des § 623 BGB ist bei Geschäftsführer-Anstellungsverträgen demgegenüber nicht anwendbar.

des Abberufungsbeschlusses unter → Rn.200 gelten für die Mitteilung und den Zugang der Kündigungserklärung entsprechend.

Sofern die **Kündigung** – wie dies praktisch häufig der Fall ist – **durch** einen mittels Gesellschafterbeschluss bevollmächtigten **Stellvertreter mitgeteilt** bzw. erklärt werden soll, muss zum **Nachweis der Bevollmächtigung** durch die Gesellschaftergesamtheit das Originalprotokoll der Gesellschafterversammlung, in der über die Kündigung und die Ermächtigung des Stellvertreters zur Bekanntgabe entschieden wurde, beigelegt werden. Alternativ erklärt die Gesellschafterversammlung die Kündigung selbst, indem die Bekanntgabe des Kündigungsbeschlusses (gegenüber dem in der Gesellschafterversammlung abwesenden Gesellschafter-Geschäftsführer) durch alle Mitgesellschafter unterzeichnet wird. Die Einhaltung einer bestimmten, vertraglich vereinbarten Übermittlungsform (zB Kündigung nur durch **Einschreibebrief**) ist demgegenüber nicht Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigungserklärung.<sup>168</sup> Die Vereinbarung eines Einschreibebriefes hat Beweisfunktion, anders als die im Anstellungsvertrag vereinbarte Schriftform in der Regel aber keine konstitutive Bedeutung für die Kündigung. Bei Verzicht auf den Einschreibebrief muss der Zugang des Kündigungsschreibens, der Voraussetzung für das Wirksamwerden der Kündigung ist, dann jedoch in anderer Art und Weise (nachweisbar) sichergestellt werden (etwa durch Empfangsquittung).

211

### (3) Ordentliche Kündigung

Die Beendigung des Dienstvertrags des Geschäftsführers durch Kündigung kann entweder mit der vereinbarten oder gesetzlichen Kündigungsfrist („ordentlich“) oder fristlos und aus wichtigem Grund („außerordentlich“) geschehen. Anders als bei Arbeitnehmern unterliegt die **ordentliche Kündigung** des Anstellungsvertrags hinsichtlich der Kündigungsbegründung keinen besonderen Anforderungen. Gemäß § 14 KSchG finden die Vorschriften zum Kündigungsschutz von Arbeitnehmern gemäß §§ 1–13 KSchG auf die GmbH-Geschäftsführer **keine Anwendung**. Die ordentliche Kündigung bedarf insbesondere nicht der besonderen sozialen Rechtfertigung gem. § 1 Abs. 2 KSchG. Da § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG eine gesetzliche Fiktion enthält, ist es zudem unerheblich, ob das Anstellungsverhältnis – zB aufgrund umfangreicher Weisungsrechte der Gesellschafter – materiell-rechtlich als Arbeitsverhältnis im Sinne des KSchG zu qualifizieren ist.<sup>169</sup>

212

Das BAG hat es bisher allerdings offengelassen, ob die **gesetzliche Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG** auch dann noch eingreift, wenn die **Organstellung** – durch Bekanntgabe eines Abberufungsbeschlusses oder durch Amtsniederlegung – **zum Zeitpunkt der Kündigung bereits beendet** ist.<sup>170</sup> In diesen Fällen kann die Anwendbarkeit der §§ 1 ff. KSchG daher von der Beurteilung abhängen, ob der frühere Geschäftsführer „Arbeitnehmer“ oder „Dienstnehmer“ war, das der Organstellung zugrunde liegende Anstellungsverhältnis also als Arbeitsvertrag im Sinne des KSchG oder aber als Dienstvertrag gem. §§ 611 ff. BGB zu qualifizieren ist. Die Geschäftsführer einer GmbH sind – im Regelfall – keine Arbeitnehmer. Der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag ist **kein Arbeits-, sondern ein Dienst-**

212a

<sup>168</sup> BGH NJW 2004, 1320 = WM 2004, 639; KG Berlin NZG 1999, 764.

<sup>169</sup> BAG NZG 2018, 550 = GmbHR 2018, 419.

<sup>170</sup> BAG, NZG 2018, 550 = GmbHR 2018, 419.



**vertrag.**<sup>171</sup> Diese rechtliche Einordnung des Anstellungsvertrags ist jedoch nicht unstrittig. Nach Auffassung des BAG kann das Anstellungsverhältnis eines GmbH-Geschäftsführers in Ausnahmefällen, bei „starker interner Weisungsabhängigkeit“, auch als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren sein<sup>172</sup>, so dass (vorbehaltlich der gesetzlichen Fiktion des § 14 KSchG) für das betreffende Anstellungsverhältnis materielles Arbeitsrecht zur Anwendung kommt.<sup>173</sup> Darüber hinaus kann in Ausnahmefällen (die in den hier behandelten Fällen von Gesellschafterstreitigkeiten allerdings kaum praktische Relevanz haben dürften) ein früheres, während der Organstellung ruhend gestelltes Arbeitsverhältnis wieder aufleben.<sup>174</sup> Diese verbleibenden Rechtsunsicherheiten bei der Qualifizierung des Anstellungsverhältnisses sprechen wegen der gesetzlichen Fiktion des § 14 KSchG ebenfalls dafür, die Kündigung (spätestens) **mit der Abberufung des Geschäftsführers zu beschließen und zu erklären**, um zumindest die besonderen Streitigkeiten über den Kündigungsschutz gemäß § 1 Abs. 2 KSchG zu vermeiden.

**212b**

Die Qualifikationsfrage kann dann allerdings erneut bei der Frage auftauchen, ob für die etwaige **Kündigungsschutzklage** des Geschäftsführers ein **ordentliches Gericht oder ein Arbeitsgericht zuständig** ist. Gem. **§ 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG** gelten GmbH-Geschäftsführer nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes. Auch diese Fiktion entfällt indessen mit der Amtsbeendigung.<sup>175</sup> Da es laut BAG<sup>176</sup> für die Zuständigkeitsbegründung des ArbG nicht auf den Zeitpunkt der Klageerhebung, sondern auf den Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit ankommt, wird eine beim Arbeitsgericht eingelegte Kündigungsschutzklage mit Amtsbeendigung somit zulässig bzw. kann vom klagenden GF nach Amtsbeendigung eine Verweisung an das ArbG beantragt werden, sofern das frühere Anstellungsverhältnis nach Wegfall der gesetzlichen Fiktion nunmehr als Arbeitsverhältnis im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG zu beurteilen ist.<sup>177</sup>

<sup>171</sup> BGH NZG 2000, 546 = GmbHR 2000, 431; BGH NZG 2010, 827 = GmbHR 2010, 808; BAG NZA 2019, 490 = GmbHR 2019, 538. Vgl. auch Noack/Servatius/Haas/Beurskens GmbHG § 6 Rn. 54; Scholz/Schneider/Schneider GmbHG § 35 Rn. 259ff.; differenzierend MHLS/Tebben/Kämper GmbHG § 6 Rn. 122ff. und MHLS/Lenz GmbHG § 35 Rn. 120 („Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstvertragsrechtlichen und teilweise auch arbeitsrechtlichen Bestimmungen“).

<sup>172</sup> BAG NJW 1999, 3731; Hessisches LAG GmbHR 2020, 1288.

<sup>173</sup> Vgl. zB BAG GmbHR 2011, 1200 = DB 2011, 2386. Anderer Ansicht ist der BGH, der die Anwendung der §§ 1ff. KSchG auf GF-Anstellungsverhältnisse, unabhängig von der Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG, generell ablehnt: NZG 2010, 827 Rn. 7 = GmbHR 2010, 808; BGH NJW 2019, 2086 Rn. 16 = NZG 2019, 705.

<sup>174</sup> Vgl. hierzu nur Scholz/Schneider/Schneider GmbHG § 35, Rn. 296, mwN.

<sup>175</sup> BAG GmbHR 2015, 27 = NJW 2015, 570; Hessisches LAG GmbHR 2020, 1288.

<sup>176</sup> BAG GmbHR 2015, 27 = NJW 2015, 570.

<sup>177</sup> Auf diese Weise kann der Geschäftsführer die Kündigungsschutzklage nach Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG grundsätzlich auch beim Arbeitsgericht erheben (was für ihn meist schon aus Kostengründen günstiger ist). Bei der Klage gegen eine ordentliche Kündigung ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten bereits dann eröffnet, wenn der GF schlüssig darlegen kann, dass das gekündigte Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren war: Die Frage, ob der GF