

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)

Wicke

5. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-82254-4
C.H.BECK

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

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.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://www.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://www.beck-shop.de) für sein

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

bezogene Weisungen erteilt und damit die konkreten Modalitäten seiner Tätigkeit im Einzelnen bestimmt (BAG NZA 1999, 839; einschr. aber BAG GmbHR 2019, 538 Rn. 24: „allenfalls in extremen Ausnahmefällen“; ebenso BAG NJW 2022, 1189 Rn. 22; GmbHR 2006, 592 Rn. 18). Nach dem vom BAG zur **Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von dem Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers allgemein** aufgestellten Grundsätzen unterscheiden sich beide durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist demnach, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das auf dem Arbeitsvertrag beruhende Weisungsrecht ist wesentlicher Bestandteil eines jeden Arbeitsverhältnisses. Es kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (BAG NZG 2014, 1438). Auch **Gesellschafter** können in einem Arbeitsverhältnis zu der Gesellschaft stehen, deren Gesellschafter sie sind. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn ein Gesellschafter als Kapitaleigner einen so großen Einfluss auf die Führung der Gesellschaft hat, dass er über seine Gesellschafterstellung letztlich auch die Leitungsmacht hat. In diesem Fall unterliegt er nicht dem Weisungsrecht des Geschäftsführers. Ob ein solcher Einfluss besteht, richtet sich in erster Linie nach den Stimmrechtsverhältnissen. Dementsprechend kann regelmäßig ein Gesellschafter, dem mehr als 50 % der Stimmrechte zustehen, nicht zugleich Arbeitnehmer dieser Gesellschaft sein. Auch der Minderheitsgesellschafter ist bei Bestehen einer Sperrminorität im Regelfall kein Arbeitnehmer (BAG NZG 2014, 1439).

2. Beendigung eines früheren Arbeitsverhältnisses

Schließt ein Arbeitnehmer mit dem Unternehmen, in dem er beschäftigt ist, einen schriftlichen Geschäftsführer-Dienstvertrag und wird er aufgrund dessen zum Geschäftsführer bestellt, wird nach der Rspr. (widerleglich) vermutet, dass das **bis dahin bestehende Arbeitsverhältnis mit Beginn des Geschäftsführer-Dienstverhältnisses einvernehmlich beendet** worden ist (BAG NJW 2007, 3228; DB 2008, 335; NJW 2009, 2078). Durch den schriftlichen Geschäftsführer-Dienstvertrag wird dabei das Schriftformerfordernis des § 623 BGB im Hinblick auf Auflösungsverträge gewahrt. Mit dem Verlust der Organstellung als Geschäftsführer der GmbH wandelt sich der zu Grunde liegende Anstellungsvertrag nicht (ohne weiteres) wieder in einen Arbeitsvertrag (BAG NJW 2008, 3514; GmbHR 2019, 538 zur Anwendbarkeit von § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG). Das Schriftformerfordernis des § 623 BGB ist hingegen nicht gewahrt, wenn eine von dem Arbeitgeber verschiedene Gesellschaft den Geschäftsführer-Dienstvertrag mit dem Arbeitnehmer abschließt (BAG GmbHR 2014, 923). Haben die Parteien des Arbeitsverhältnisses den Geschäftsführer-Dienstvertrag lediglich mündlich geschlossen, ist für eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Schriftform des § 623 BGB nicht eingehalten worden, so dass es auch während der Dauer der Geschäfts-

föhrtätigkeit fortbestanden hat und nach der Abberufung wieder aufgelebt ist. In einem solchen Fall ist gem. § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG regelmäßig der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet (BAG GmbHR 2013, 253; s. ferner BAG GmbHR 2011, 867). Der rechtliche Charakter des Anstellungsverhältnisses ändert sich aber nicht allein dadurch, dass der Geschäftsführer abberufen wird (BAG NJW 2022, 1189). Macht ein abberufener Geschäftsführer den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses geltend, genügt die bloße Rechtsansicht der Klagepartei, um den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten zu eröffnen lediglich dann, wenn die Klage nur dann begründet sein kann, wenn das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist und nach wirksamer Beendigung der Organstellung als solches fortbestand oder wieder auflebte (BAG GmbHR 2019, 541; DB 2012, 2699). Nachträgliche zuständigkeit begründende Umstände sind auch dann zu berücksichtigen, wenn ein zum Zeitpunkt der Klageerhebung vor dem Arbeitsgericht noch nicht abberufener Geschäftsführer vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit abberufen wird bzw. sein Amt niederlegt. Damit entfällt die Fiktionswirkung des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG mit der Folge, dass der Rechtsweg für Arbeitssachen zulässig ist (BAG GmbHR 2015, 250).

3. GmbH & Co. KG; Konzern

- 6 Wenn bei einer **GmbH & Co. KG** das Anstellungsverhältnis nicht mit der Komplementär-GmbH, sondern mit der KG geschlossen wird (→ Rn. 8c), ist nach der Rspr. des BAG nach allgemeinen Grundsätzen zu prüfen, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, wofür insgesamt der Grad der persönlichen Abhängigkeit des Dienstverpflichteten entscheidend ist (BAG ZIP 1992, 1496 (1498)). In **Konzernverhältnissen** ist zu unterscheiden (vgl. Freckmann DStR 2008, 52): Sofern die Muttergesellschaft ihren Arbeitnehmer zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft bestellt und dieser weiterhin für die Muttergesellschaft tätig ist, bildet die Übernahme der Geschäftsföhrtätigkeit bei der Tochtergesellschaft einen unselbstständigen Teil des Arbeitsvertrages, so dass der Geschäftsführer weiter Arbeitnehmer der Muttergesellschaft ist (OLG Frankfurt NZA-RR 1997, 400). Wird der bislang bei der Muttergesellschaft beschäftigte Arbeitnehmer zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft bestellt, für welche er ausschließlich tätig ist, ruht das Arbeitsverhältnis für die Dauer seiner Organstellung bei der Tochtergesellschaft und lebt mit der Abberufung als Organ der Tochtergesellschaft wieder auf (BAG NZA 1986, 792; zur Frage des „Durchschlagens“ von Pflichtverletzungen im Geschäftsföhrtätigkeitsverhältnis auf das ruhende Arbeitsverhältnis s. BAG NZA 2009, 671). Bei einer Tätigkeit mit Verträgen bei beiden Gesellschaften ist die Abgrenzung zwischen Dienstverhältnis und Arbeitsvertrag nach dem Schwerpunkt der Tätigkeit vorzunehmen, sofern beide Verträge eine Einheit bilden; anderenfalls erfolgt eine getrennte Beurteilung (Freckmann DStR 2008, 55). Der Anstellungsvertrag mit Dritten bedarf nach hM wegen des damit verbundenen Einflusses auf die GmbH einer Grundlage in der Satzung oder der Zustimmung des für die Anstellung zuständigen Gesellschaftorgans (Hensler/Strohn/Oetker § 35 Rn. 92 mwN; NSH/Beurskens Rn. 65; anders BGH

NZG 2016, 826 Rn. 32 für vertraglich bereits vorgesehene Verlängerung; → Rn. 8c).

4. Eingeschränkte Anwendung von Arbeitsrecht

Da der Geschäftsführer regelmäßig nicht Arbeitnehmer ist, wird er aus dem Anwendungsbereich bestimmter sozialer Schutzvorschriften ausdrücklich ausgenommen. Dies gilt zB hinsichtlich des Zugangs zur Arbeitsgerichtsbarkeit gem. § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG (BAG GmbHR 2019, 538 für den Fremdgeschäftsführer; s. aber auch Rn. 5), für die Vorschriften des Kündigungsschutzes (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG; BGH NZG 2010, 827; NJW 2002, 3104; BAG NJW 2020, 2824 Rn. 16; DB 2008, 355 bei Arbeitsvertrag mit Konzernobergesellschaft; zur Anwendbarkeit von § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG s. hingegen BAG GmbHR 2021, 875; ferner → Rn. 7a), ferner im Fall des Betriebsübergangs gem. § 613a BGB (BGH NJW 2003, 2473), für das Betriebsverfassungsgesetz gem. § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, das Arbeitszeitgesetz (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG) sowie das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG; zu den beiden letzteren s. einschr. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Rn. 5; ferner → Rn. 7a), im Grundsatz auch (aber → Rn. 7a) für das Mutterschutzgesetz, das BUrtG (OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 768; → Rn. 7a) und die Vorschriften über Elternzeit nach dem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (§ 15 BEEG); zum SGB IX s. LSG Baden-Württemberg NZG 2011, 30; OLG Düsseldorf GmbHR 2012, 1347. Demgegenüber können sich Fremdgeschäftsführer oder Minderheiten-Gesellschafter uU auf das Gesetz über die betriebliche Altersversorgung berufen (§ 17 BetrAVG; s. dazu aktuell BGH ZIP 2019, 2212), zu ihren Gunsten kann zudem ein Anspruch aus betrieblicher Übung in Betracht kommen oder der Gleichbehandlungsgrundsatz anwendbar sein (BGH NJW-RR 1990, 1313; aA OLG München NZG 2021, 244). Das AGG kann gem. § 6 Abs. 3 AGG anwendbar sein im Hinblick auf Bedingungen betreffend den Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg (OLG Karlsruhe GmbHR 2011, 1147: Stellenanzeige „Geschäftsführer gesucht“ als geschlechtsbezogene Benachteiligung; → § 6 Rn. 8).

Nicht abschließend geklärt ist, inwieweit eine erweiternde Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften aufgrund der Rspr. des EuGH zum **Arbeitnehmerbegriff iSd Unionsrechts** angezeigt ist (s. dazu Preis/Sagan ZGR 2013, 32; Henssler/Strohn/Oetker § 35 Rn. 111). In der Rs. Danosa hat der EuGH die Anwendbarkeit des besonderen Kündigungsschutzes für schwangere Arbeitnehmerinnen auf „abhängige“ Mitglieder der Unternehmensleitung bejaht, wenn sie ihre Tätigkeit für eine bestimmte Zeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs der Gesellschaft ausüben (EuGH ZIP 2010, 2414; ferner EuGH NJW 2015, 2481; NZA 2016, 183 Rn. 45). In Betracht kommt dies für Fremdgeschäftsführer wie auch für Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer Minderheitsbeteiligung (Henssler/Strohn/Oetker § 35 Rn. 111). Demgemäß ist nach hM im Schrifttum das MuSchG anwendbar auf Geschäftsführerinnen, die den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff erfüllen (s. nunmehr auch § 1 Abs. 2 MuSchG). Bei

anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen ist eine entsprechende unionsrechtskonforme Auslegung geboten, wenn und soweit diese Vorgaben des Unionsrechts umsetzen und die betreffenden Rechtsakte einen eigenständigen (autonomen) Arbeitnehmerbegriff enthalten (Henssler/Strohn/Oetker § 35 Rn. 113). Dies wird von der überwiegenden Auffassung bejaht für das ArbSchG, für Regelungen betreffend den Erholungsurlaub nach dem BUrLG (BAG NJW 2022, 1189; NZG 2024, 36) und die Elternzeit nach dem BEEG (Wedemann ZGR 2023, 449); zum AÜG s. BAG NZG 2017, 630 Rn. 23 ff. Soweit der jeweilige Rechtsakt des Unionsrechts für den Arbeitnehmerbegriff hingegen auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, ist eine Korrektur des bisherigen Verständnisses jedenfalls aus Sicht des Unionsrechts nicht erforderlich (Henssler/Strohn/Oetker § 35 Rn. 115). Demgemäß bestimmt sich der Arbeitnehmerbegriff des § 613a BGB, des NachwG, des § 5 ArbGG (BAG NJW 2022, 1189; NZG 2024, 35) und nach umstrittener Auffassung auch des TzBfG nach mitgliedstaatlichem Recht (Henssler/Strohn/Oetker § 35 Rn. 115; Reiserer DB 2011, 2266; aA für das TzBfG Lunk/Rodenbusch GmbHR 2012, 193). Im Einklang mit der Rs. Danosa hat der EuGH Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer iSd Massenentlassungs-RL eingeordnet mit entsprechenden Konsequenzen für die Auslegung von § 17 KSchG (EuGH NZG 2015, 963; s. zur Vorlage ArbG Verden NZA 2014, 665). Die Arbeitsgerichte werden daher jedenfalls Fremdgeschäftsführer bei richtlinienkonformer Auslegung und entgegen § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG für die Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG berücksichtigen (s. Lunk NZA 2015, 918; ferner Fuhlrott GWR 2015, 327). Es dürfte allerdings dabei bleiben, dass GmbH-Geschäftsführer generell aufgrund § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG keinen Kündigungsschutz genießen (Arnold NJW 2015, 2484). Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist in Bereichen, in denen Unionsrecht anwendbar ist, unabhängig davon zu beachten, ob der Rechtsstreit vor den Gerichten für Arbeitsachen oder den ordentlichen Gerichten geführt wird (BAG NJW 2022, 1189).

7b Bei Gestaltung des Dienstvertrages können die **Vorschriften über AGB gem. §§ 305 ff. BGB** zu beachten sein (BAG GmbHR 2010, 1144). Der **Geschäftsführer** handelt zudem bei Abschluss seines Dienstvertrags jedenfalls dann als **Verbraucher iSd § 13, 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB**, wenn er nicht zugleich als Gesellschafter zumindest über eine Sperrminorität verfügt und Leitungsmacht in der Gesellschaft ausüben kann (BAG GmbHR 2010, 1144; → § 43 Rn. 22). Darüber hinaus kann eine entsprechende **Anwendung arbeitsrechtlicher Normen zum Vertragsinhalt** gemacht werden, wie der BGH dies für Regelungen des **KSchG** entschieden hat, sofern solche dienstvertraglichen Abreden nicht in die gesetzliche oder satzungsmäßige Ausgestaltung des Organverhältnisses eingreifen (BGH NZG 2010, 827; zum KSchG → Rn. 7a). Die Zulassung eines Geschäftsführers einer GmbH als **Syndikusrechtsanwalt** kann daran scheitern, dass er gem. § 37 nicht über die erforderliche fachliche Weisungsunabhängigkeit verfügt, wenn die Weisungsfreiheit zwar im Anstellungsvertrag, nicht aber im Gesellschaftsvertrag geregelt ist (BGH NJW 2021, 629). Umstritten ist darüber hinaus, ob es einer Zulassung als Syndikusrechtsanwalt bereits entgegensteht, dass § 46 Abs. 2 BRAO eine Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses verlangt, es sich bei dem

Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers aber um einen Geschäftsbesor-
gungsvertrag handelt (so BayAGH GmbHR 2023, 1093 m. krit. Anm. Söller;
offenlassend BGH NJW 2021, 629).

III. Zustandekommen des Anstellungsvertrages

Der Anstellungsvertrag unterliegt **keiner Formpflicht** und kann daher auch **8**
mündlich oder durch schlüssiges Verhalten geschlossen werden (BGH NJW-
RR 1997, 669). Bei **Abschluss** des Anstellungsvertrages wird die **GmbH**
durch die Gesellschafter vertreten (Annexkompetenz zu § 46 Nr. 5).
Neben dem Abschluss gilt dies auch für die Änderung und Beendigung des
Dienstvertrags und für Vereinbarungen über einzelne Bestandteile, wie vor
allem die Vergütung (BGH NZG 2019, 861 Rn. 18). Die Zuständigkeit der
Gesellschafterversammlung erstreckt sich angesichts der möglichen Interes-
senkollisionen ferner auf sämtliche Regelungen, die inhaltlich mit dem An-
stellungsvertrag zusammen hängen, auch wenn sie nicht zeitgleich mit dessen
Abschluss getroffen werden (OLG Naumburg GmbHR 2014, 985; Mü-
KoGmbHG/Liebscher § 46 Rn. 139). So unterfällt der Kompetenz der Ge-
sellschafterversammlung eine Absprache der GmbH mit einem Dritten, wonach
dieser die Kosten der von ihm bezahlten Mitarbeiter für deren Tätigkeit als
Geschäftsführer bei der GmbH dieser weiterberechnen darf (BGH NZG
2019, 861) oder der Abschluss eines Beratervertrags, auch wenn dieser nicht
mit dem Geschäftsführer selbst, sondern mit einer anderen GmbH geschlossen
wird, an welcher der Geschäftsführer mehrheitlich beteiligt ist (für den Allein-
gesellschafter auch OLG Naumburg GmbHR 2014, 985 m. zust. Anm. Bors-
dorff), wohl aber nicht für einen Beratervertrag mit einem bereits ausgeschie-
denen Geschäftsführer (NSH/Zöllner/Noack § 46 Rn. 38a; aA Leinekugel/
Heusel GmbHR 2012, 309). Eine Änderung des Dienstvertrags eines abberu-
fenen Geschäftsführers fällt erst dann unter die Geschäftsführungs- und Ver-
tretungsbefugnis des (neuen) Geschäftsführers, wenn sich das ursprüngliche
Geschäftsführerdienstverhältnis nach der Abberufung in ein gewöhnliches
Anstellungsverhältnis umgewandelt hat (BGH NZG 2018, 1073). In der Ein-
personen-GmbH kann der Gesellschafter-Geschäftsführer den Anstellungsver-
trag mit sich selbst schließen, das Verbot des In-Sich-Geschäfts (§ 35 Abs. 3,
§ 181 BGB) steht dem nicht entgegen (MHdB GesR III/Diekmann § 43
Rn. 13; str.).

Die **Satzung** kann die **Zuständigkeiten** betreffend den Anstellungsvertrag **8a**
auch **auf ein anderes Organ**, wie einen Aufsichtsrat oder Beirat (BGH
NZG 2019, 1154 Rn. 21; → § 46 Rn. 15) und – anders als im Rahmen der
Bestellung und Abberufung – auch auf einen Mitgeschäftsführer übertragen
(MüKoGmbHG/Liebscher § 46 Rn. 200). In der mitbestimmten GmbH
obliegt die Zuständigkeit dem Aufsichtsrat (§ 31 MitbestG, § 12 MontanMit-
bestG, § 13 MontanMitbestErgG, jeweils iVm § 84 AktG); anders im Fall des
Drittelbeteiligungsgesetzes gem. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG.

Wurde der **Anstellungsvertrag nicht wirksam geschlossen**, aber den- **8b**
noch **in Vollzug gesetzt**, so ist er für die Dauer der Geschäftsführertätigkeit
als wirksam zu behandeln, kann jedoch wegen seiner Fehlerhaftigkeit mit

Wirkung für die Zukunft beendet werden (BGH NJW 2000, 2983; KG NZG 2000, 43). Der Vertrag kann aber ausnahmsweise für die Zukunft als wirksam zu behandeln sein, wenn beide Parteien ihn jahrelang als Grundlage ihrer Beziehungen betrachtet haben und die Gesellschaft den Geschäftsführer durch weitere Handlungen in seinem Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit des Vertrags bestärkt hat oder das Scheitern des Vertrags an einem förmlichen Mangel für den Geschäftsführer zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde (BGH NZG 2019, 1154).

- 8c Bei der **GmbH & Co. KG** kann der Geschäftsführer den Anstellungsvertrag auch mit der KG schließen (BGH NZG 2016, 824). Zuständiges Organ für den Abschluss des Anstellungsvertrags zwischen dem Geschäftsführer und der KG ist die GmbH als die geschäftsführende Gesellschafterin der KG, handelnd durch ihren Geschäftsführer oder, soweit es um den Anstellungsvertrag des einzigen Geschäftsführers geht, durch die Gesellschafterversammlung (BGH NZG 2014, 780 Rn. 13). Im Schrifttum besteht keine einheitliche Auffassung zu der Frage, ob der Anstellungsvertrag mit der KG der Zustimmung der Gesellschafterversammlung der GmbH bedarf. Der BGH hat dies für eine Vertragsverlängerung bei im Übrigen gleichen Konditionen im Fall einer beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG verneint, wenn die Möglichkeit der Verlängerung bereits im Vertrag vorgesehen war (BGH NZG 2016, 826). Wenn ein Kommanditist zum Geschäftsführer der GmbH bestellt wird, kann die Vergütung für diese Geschäftstätigkeit auch im Gesellschaftsvertrag der GmbH festgelegt werden (BGH NZG 2016, 824).

IV. Rechte und Pflichten des Geschäftsführers

1. Pflichten des Geschäftsführers

- 9 Der Geschäftsführer wird durch den Anstellungsvertrag verpflichtet, die Organisation zu übernehmen und die sich daraus sowie aus dem Anstellungsvertrag im Übrigen ergebenden Pflichten höchstpersönlich wahrzunehmen (MHLS/Tebben/Kämper § 6 Rn. 152). Mangels abweichender Vereinbarung ist er verpflichtet, dem Unternehmen seine gesamte Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Aufgrund seiner Stellung als Organ der Gesellschaft unterliegt er einer Treuepflicht, die ihn zu loyalen Verhalten verpflichtet und es ihm gebietet, zum Wohlergehen der Gesellschaft beizutragen und Schaden von ihr abzuwenden (BGH NJW 1989, 26 (27)). Zu den Pflichten im Einzelnen → § 43 Rn. 1 ff.; zum Wettbewerbsverbot → § 13 Rn. 22.

2. Beschäftigungsanspruch

- 10 Aus dem Anstellungsvertrag ergibt sich nach hM kein klagbarer Anspruch gegenüber der GmbH, zum Geschäftsführer berufen zu werden (Scholz/Schneider/Hohenstatt § 35 Rn. 430), da die Bestellung des Geschäftsführers gem. § 38 jederzeit widerruflich ist. Besondere Rechte, wie eine weitgehende Weisungsfreiheit, sind nur dann geschützt, wenn sie zugunsten eines Gesellschafter-Geschäftsführers in der Satzung niedergelegt sind (BGH NJW 2012, 1656 = DB 2012, 975). Ein Geschäftsführer kann aber uU zur fristlosen

Kündigung und zum Schadensersatz berechtigt sein, wenn die Bestellung unterbleibt. Nach Auffassung des BGH hat der Geschäftsführer nach Widerruf seiner Bestellung bei fortbestehendem Anstellungsverhältnis grundsätzlich keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung in einer seiner früheren Tätigkeit vergleichbaren leitenden Funktion, es sei denn, dem Anstellungsvertrag lässt sich eine dahin gehende Vereinbarung entnehmen (BGH NJW 2011, 920 = GmbHR 2011, 82; s. dazu Kothe-Heggemann/Schelp GmbHR 2011, 78, wonach umgekehrt der Geschäftsführer im Rahmen des § 615 S. 2 BGB nicht die Aufnahme einer anderen Tätigkeit als der des Geschäftsführers anbieten muss; → § 38 Rn. 13).

3. Vergütung

Der Geschäftsführer hat Anspruch auf Zahlung der im Anstellungsvertrag vereinbarten Vergütung für seine Tätigkeit, bei Fehlen einer Regelung Anspruch auf angemessene Vergütung (§ 612 BGB). Üblich sind die Zahlung eines **festen Gehaltes, Sachleistungen** (zB die private Nutzung eines Telefons oder Dienstfahrzeuges), **Tantiemen** (OLG Celle NZG 2008, 79) und uU Gratifikationen (= freiwillige Leistung zu besonderen Anlässen; vgl. BGH NJW-RR 1990, 1313; bei dreimaliger vorbehaltloser Zahlung von zB Weihnachtsgeld besteht ein Anspruch des Geschäftsführers). Überstunden oder sonstige Mehrarbeit werden nur bei entsprechender Vereinbarung vergütet (OLG Dresden NJW-RR 1997, 1535; BeckOK GmbHG/Wisskirchen/Zoglowek § 6 Rn. 108). Die Höhe der Vergütung ist grundsätzlich frei vereinbar, **überhöhte Bezüge** von Gesellschafter-Geschäftsführern können aber steuerrechtlich als verdeckte **Gewinnausschüttungen** einzuordnen sein (vgl. etwa BFH GmbHR 2007, 384; 2006, 1339; 2006, 1163; zur verdeckten Gewinnausschüttung → § 29 Rn. 22). Die Auszahlung eines unangemessenen vertraglichen Vergütungsanspruchs an einen Gesellschafter-Geschäftsführer ist gem. § 30 unzulässig, wenn die Zahlung aus dem gebundenen Vermögen erfolgt (BGH NJW 1992, 2894 = GmbHR 1992, 605). Auch bei Zahlung aus dem freien Vermögen kann eine erhöhte Vergütung gegen den gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Treuepflicht und gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen (BGH NJW-RR 1990, 1313). Darüber hinaus kann ein Beschluss, mit dem die Gesellschafterversammlung einer GmbH eine Vergütung ihres Geschäftsführers einführt oder erhöht, unter den Gesichtspunkten der Gleichbehandlung und der Treuepflicht auch gerichtlich überprüft werden, wobei ein weiter Ermessensspielraum besteht (OLG Hamm NZG 2019, 1261). Im Fall einer **existenzbedrohenden Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage** der GmbH kann der Geschäftsführer verpflichtet sein, einer Herabsetzung seiner Bezüge zuzustimmen (BGH NJW 1992, 2894; OLG Köln BeckRS 2008, 10367); die Vorschrift des § 87 AktG findet auf den GmbH-Geschäftsführer aber keine entsprechende Anwendung (BGH NJW 2016, 1236 Rn. 25). Umgekehrt kann der Geschäftsführer eine Erhöhung seiner Bezüge verlangen, wenn diese aufgrund veränderter Umstände offensichtlich unangemessen sind (BeckOK GmbHG/Wisskirchen/Zoglowek § 6 Rn. 113). Wenngleich das BUrLG nach dem Gesagten für Geschäftsführer

nicht uneingeschränkt gilt (→ Rn. 7a), ist auch bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung im Anstellungsvertrag aus der Fürsorgepflicht der GmbH ein **Anspruch** des Geschäftsführers auf einen **angemessenen Erholungsurlaub** abzuleiten (EFS/Matussek § 35 Rn. 55). Geschäftsführervergütungen genießen **Pfändungsschutz** nach den §§ 850 ff. ZPO (BGH NJW 1978, 756; NSH/Zöllner/Beurskens § 37 Rn. 136). Mit **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** sind rückständige Bezüge des Geschäftsführers einfache Insolvenzforderungen (§ 38 InsO), bei Bezügen, die nach der Eröffnung entstanden sind, handelt es sich um Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Die Vergütungsansprüche des Geschäftsführers **verjähren** innerhalb der allgemeinen Frist von drei Jahren (§§ 195, 199 BGB). Zu den Auswirkungen des VorstAG auf die Geschäftsführervergütung s. Leitzen Der Konzern 2010, 87; Gaul/Janz GmbHHR 2009, 959; Wübbelsmann GmbHHR 2009, 988.

4. Ruhegehalt, Hinterbliebenenversorgung

- 12 Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung können im Anstellungsvertrag (auch formlos) vereinbart werden. Aus betrieblicher Übung lassen sich entsprechende Versorgungsbezüge für Geschäftsführer nur unter sehr engen Voraussetzungen herleiten (Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Rn. 36). Bei arbeitnehmerähnlichen Geschäftsführern, wie einem Fremdgeschäftsführer, ist das Ruhegehalt nach dem Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung gem. § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG geschützt (BGH NJW 1998, 312). Als Folge sind die Ruhegehaltsansprüche gem. § 7 BetrAVG insolvenzgesichert (NSH/Zöllner/Beurskens § 37 Rn. 142). Ansprüche des Geschäftsführers auf fortlaufende Ruhegeldzahlungen aus einem mit der GmbH geschlossenen Pensionsvertrag sind unabhängig davon, ob es sich um einen weisungsabhängigen Fremdgeschäftsführer oder den geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafter handelt, nach § 850 Abs. 2 ZPO als Arbeitseinkommen anzusehen und nach Maßgabe der Tabelle als Anlage zu § 850c Abs. 3 ZPO pfändbar (BGH GmbHHR 2017, 193).

5. Aufwandungsersatz, Zeugnis

- 13 Der Geschäftsführer kann gem. §§ 675, 670 BGB Ersatz seiner im Rahmen der Geschäftsführung erwachsenen Aufwendungen verlangen, wie etwa im Hinblick auf Reise- und Übernachtungskosten oder für im Zusammenhang mit der Tätigkeit erlittene Schäden. Nicht ersatzfähig sind Schmiergeldzahlungen (EFS/Matussek § 35 Rn. 52; vgl. auch BGH NJW 2001, 1065). Zur Erstattung von Geldbußen/strafen s. Scholz/Hohenstatt Rn. 398 f. Jeder Geschäftsführer, also auch der Gesellschafter-Geschäftsführer, hat ferner Anspruch auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses, das von dem für den Anstellungsvertrag zuständigen Organ auszustellen ist (Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Rn. 29).