

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG

Altmeppen / Poelzig

12. Auflage 2026
ISBN 978-3-406-82849-2
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.

Nach hM ist **Arbeitsrecht** auf den Geschäftsführer **mangels AN-Eigenschaft grds. nicht anwendbar** (BGHZ 49, 30 (31) = NJW 1968, 396; DB 1990, 676; BAGE 165, 61 Rn. 22 ff. = NJW 2019, 627; BAGE 171, 44 = NJW 2020, 2824, 2826 Rn. 28; HCL/Paefgen § 35 Rn. 251 ff.; Noack/Servatius/Haas/Beurskens Rn. 55 ff.; MHLS/Tebbens/Kämper Rn. 124 f.; diff. Scholz/U.H. Schneider/S.H. Schneider § 35 Rn. 259 ff. zur Anwendung des AÜG auf Geschäftsführer Werner NZA 2023, 21 mwN), auch nicht bei nur formaler Drittanstellung durch die KG (OLG Hamm GmbHR 1991, 466 f.; ausführl. → Rn. 166) oder nach Verlust der Organstellung (BGH ZIP 2003, 485). Doch ist eine Tendenz zur Ausdehnung des arbeitsrechtlichen Schutzes auf Geschäftsführer der GmbH festzustellen, insbes. bei Fremdgeschäftsführern oder nur geringfügig beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführern (so BGHZ 221, 325 ff. = NJW 2019, 2086; vgl. auch Löw DB 2019, 2168 ff.; Vogelsang in Schaub ArbR-HdB § 14 Rn. 4 ff.; den Fremdgeschäftsführer jedoch als arbeitgeberähnlich ansehend BAG NJW 2019, 1627 (1631); LAG Berlin-Brandenburg BeckRS 2019, 23147, Rn. 86; sa Lunk NJW 2019, 1565; Goette FS Wiedemann, 2002, 873 (879)). Entscheidend soll sein, ob der oder die Geschäftsführer dazu in der Lage sind, „nicht genehme Weisungen an sich zu verhindern“ (BSG DStR 2021, 311 (312); BGH ZIP 2020, 1831; Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider § 35 Rn. 261 ff.; zuletzt Witt FS Ebke, 2021, 1109 jew. mwN). Insbes. im Hinblick auf europarechtliche Anforderungen (**unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff**) ist jedoch die Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Gesetze auf Fremdgeschäftsführer und Minderheitsgesellschafter notwendig, soweit unionsrechtliche Vorgaben für die jeweilige Regelungsmaterie existieren (vgl. EuGH Slg 2010, I-11405 = NJW 2011, 2343 ff. – Danosa; EuGH NJW 2015, 2481 – Balkaya; BGHZ 221, 325 (335 f.) = NJW 2019, 2086; bejaht für § 6 III AGG; BAG GmbHR 2021, 875 (877): bejaht für § 17 I KSchG, verneint für § 23 I KSchG; BAG NJW 2022, 1189 Rn. 20: bejaht für § 2 BUrtG; sa Witt FS Ebke, 2021, 1109; Arnold/Romero NZG 2019, 930 ff.; Mohr/Bourazeri NZA 2019, 870 ff.; Löw DB 2019, 2168 (2172); Lunk FS Moll, 2019, 451; zum Urlaubsanspruch nach Unionsrecht Bayreuther NZG 2021, 140; Eckhoff FS Moll, 2019, 103 mwN). Darüber hinaus kann die Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften vertraglich vereinbart werden (ArbG Stuttgart NZA-RR 2017, 69 (75); Reinfelder RdA 2016, 87 (91)).

Im Einzelnen herrscht Unordnung zur Frage der (analogen) Anwendung von Arbeits- und Sozialrecht auf GmbH-Geschäftsführer (Witt FS Ebke, 2021, 1109 (1117) spricht von einer „komplizierten Gemengelage“, „derzeit völlig offene Frage“). Grds. **nicht anwendbar:**

- ArbGG (zu § 5 I 2 ArbGG BAGE 165, 61 = NJW 2019, 1627 Rn. 39),
- **ArbnErfG** (dazu BGH GmbHR 1990, 160 (161); OLG Düsseldorf GmbHR 1999, 1093; OLG München OLGR München 2008, 535; Tillmann/Mohr GmbH-Geschäftsführer Rn. 225),
- **ArbZG** (vgl. § 2 II ArbZG, § 18 I Nr. 1 ArbZG),
- **AÜG** gilt nicht bei Überlassung des Alleingesellschafter-Geschäftsführers durch seine Verleiher-GmbH (BAGE 158, 6 = ZIP 2017, 836; MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück § 35 Rn. 304; Werner NZA 2023, 21 (22)),
- **BEEG** (s. Freckmann DStR 2008, 52 (56); Freyler NZG 2021, 1348 f.),
- **BetrAVG** (s. ausdrücklich § 17 I 2 BetrAVG) → Rn. 107, 110 ff.,
- **BGB: § 613a BGB** (weder unmittelbar noch analog BAGE 104, 358 = NJW 2003, 2473 (2474 f.) mZn auch aus dem Schrifttum; aA Annuß ZInsO 2001, 344 (346 ff.)); ebenso finden die **Grundsätze der eingeschränkten AN-Haftung** bei betrieblich veranlassten Tätigkeiten keine Anwendung (BeckOK GmbHG/Wisskirchen/Zoglowek/Theißen, 1.5.2025, § 6 Rn. 70 → § 43 Rn. 5). Die Kündigungsfrist des § 622 BGB findet nach überzeugender Auff. des BAG keine Anwendung; maßgeblich ist § 621 BGB (BAG NJW 2020, 2824 Rn. 41 ff.; aA stRspr. BGH NZG 2025, 663 Rn. 45 f.; näher hierzu → Rn. 135 ff.).

- **BRAO** (zu § 46 BRAO BGHNZG 2024, 1717 Rn. 16 ff.)
 - **KSChG** Kraft gesetzlicher Anordnung gilt das KSChG nicht (vgl. § 14 I Nr. 1 KSChG), auch nicht, wenn ausnahmsweise ein Arbeitsverhältnis vorliegt oder ein bisheriger AN zum Geschäftsführer bestellt wird (zuletzt BAG NJW 2020, 2824 Rn. 16 mwN; aber str., vgl. Jaeger DStR 2010, 2312 mit weiteren Ausnahmefällen). Anderes gilt nach allg. Grds. dann, wenn der Dienstvertrag mit einem Dritten, Paradigma: mit der Muttergesellschaft der GmbH abgeschlossen wurde und als Arbeitsverhältnis iSd § 1 I KSChG zu bewerten ist: Dieser Fall ist keiner des § 14 I Nr. 1 KSChG, der Geschäftsleiter der Tochter kann Arbeitnehmer der Muttergesellschaft sein (BAG NJW 1983, 2405; zuletzt Reiserer/Lachmann DStR 2021, 235 (238)). Im Anwendungsbereich des § 14 I Nr. 1 KSChG gilt die „negative Fiktion“ jedenfalls dann, wenn das Organamt im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung noch bestand und die Bestellung nicht ausnahmsweise rechtsmissbräuchlich – mit dem Ziel erleichterter Kündigung des Geschäftsführers – erfolgt ist (BAG NZG 2018, 550; zur Frage des Rechtswegs bei nachträglichem Wegfall des Organamtes im laufenden Prozess → Rn. 173). Die Geltung der materiellen Kündigungsschutzregeln kann aber im Anstellungsvertrag vereinbart werden (BGH NJW 2010, 2343 Rn. 12 f.; zust. Jaeger DStR 2010, 2312 (2314); aA Bauer/Arnold ZIP 2010, 709 ff.). Ob die Gesellschaft iFd freiwilligen Vereinbarung der Anwendung der Kündigungsschutzvorschriften nach Maßgabe der §§ 9, 10 KSChG berechtigt ist, den Vertrag gegen Gewährung einer Entschädigung aufzulösen, ist Auslegungsfraage im Einzelfall (vgl. BGH NJW 2010, 2343 Rn. 15; Goette FS U. H. Schneider, 2011, 353 (360 f.)).
 - **MiLoG**, (vgl. § 1 I MiLoG, § 22 MiLoG; NK-ArbR/Forst § 22 MiLoG Rn. 7; zur Maßgeblichkeit des nationalen AN-Begriffs BAG NZG 2021, 562 Rn. 17),
 - **NachwG** (Noack/Servatius/Haas/Beurskens § 37 Rn. 110, Hildebrand, Arbeitnehmerschutz von geschäftsführenden Organmitgliedern, 2014, S. 276 ff.; allerdings verweist Art. 1 Abs. 2 RL [EU] 2019/1152 zwar auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff, verlangt aber zugleich die Berücksichtigung der Rspr. des EuGH [dazu Maul-Sartori NZA 2019, 1161, 1163],
 - **SGB IX** (sa BSG GmbHR 1993, 357 = NJW 1993, 3288 (Ls.); VGH Kassel GmbHR 1997, 127 (Ls.) = NZA 1997, 658: keine Berücksichtigung des schwerbehinderten Alleingesellschafter-Geschäftsführers bei Berechnung der Pflichtarbeitsplätze; OLG Düsseldorf GmbHR 2012, 1347 (1348 ff.): keine Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung nach § 85 SGB IX erforderlich; s. aber zur analogen Anwendung des Sonderkündigungsschutzes durch §§ 168 ff. SGB XI Haase GmbHR 2019, 980 (985 ff.)),
 - **TzBfG** (Reiserer DB 2011, 2262 (2266); Meinel/Heyn/Herms/Herms, TzBfG, 6. Aufl. 2022, § 1 Rn. 5).
- 84a** Grds. **anwendbar**:
- **AGG** (aber iE str.; → Rn. 63 ff.),
 - **BUrlG** (BAG NZA 2022, 430 Rn. 20; BAG NZA 2023, 1531 Rn. 30 ff; Neumann/Fenski/Kühn, BUrlG, 12. Aufl. 2021, § 2 Rn. 34; Kuhn EuZA 2023, 292 (300)),
 - **MuSchG** ist nach mittlerweile hM in richtlinienkonformer Auslegung (sa EuGH NJW 2011, 2343) grds. auf Fremdgeschäftsführer anwendbar, wobei die Arbeitnehmereigenschaft iSd Unionsrechts im Einzelfall zu prüfen ist (Oberthür NZA 2011, 253 (255); Fischer NJW 2011, 2329 (2331); Bauer GWR 2010, 586; Schiefer/Worzalla ZfA 2013, 41 (67); sa Kruse/Stenslik NZA 2013, 596),
- 85** **Stellungnahme.** Die hM zur Anwendung von Arbeits- und Sozialrecht auf Fremdgeschäftsführer (und nicht relevant Beteiligte) geht im Ansatz fehl (eing. Altmeppen NJW 2022, 2785). Der **Fremdgeschäftsführer ist niemals Arbeitnehmer oder „arbeitnehmerähnlich“**, weil er ein unabhängiger Treuhänder im Allgemeininteresse und deshalb nicht abhängig beschäftigt ist. Er ist zwar wirtschaftlich

abhängig, aber nicht arbeitnehmerähnlich sozial schutzbedürftig (s. auch BAG NZA 2019, 490 Rn. 32 ff.; BAG NZA 2020, 1179 Rn. 29; BAG NZA 2022, 430 Rn. 24; LAG Berlin-Brandenburg BeckRS 2019, 23147; diff. Hensler/Strohn/Oetker § 35 Rn. 120). Die Rechtsunsicherheit betr. analoger Anwendung von Arbeits- und Sozialrecht auf Fremdgeschäftsführer – noch dazu überlagert durch den „unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff“ – beruht auf falscher Prämisse: Es kommt nicht darauf an, in welchem Umfang der Geschäftsführer Weisungen der Gesellschafter befolgen muss, weil schon das geschäftsbesorgungsrechtliche Weisungsrecht des Organs Gesellschafterversammlung umfassend und von einem „arbeitsrechtlichen“ nicht schlüssig abzugrenzen ist. Vor allem hat jeder Geschäftsleiter der Kapitalgesellschaft nicht disponible Überwachungspflichten im Hinblick auf die Einhaltung von Schutzregeln für die Allgemeinheit, und dieses Mandat schließt die Bewertung seiner Tätigkeit als von der GmbH „sozial abhängig“ im Ansatz aus (Altmeyen NJW 2022, 2785; die Einzelheiten sind hier nicht zu vertiefen).

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

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

Die Kündigung des Anstellungsverhältnisses kann ausnahmsweise auch konkludent im Abberufungsbeschluss (→ § 38 Rn. 5 f.) enthalten sein (s. OLG Düsseldorf NZG 2004, 478 (479 f.) zu einem Fall, in welchem die Gesellschaft nicht hinreichend zwischen Organstellung und Anstellungsverhältnis unterschieden hatte). **Vertragsänderungen** liegen ebenfalls im Zuständigkeitsbereich der Gesellschafterversammlung (BGH ZIP 2008, 117; Noack/Servatius/Haas/Noack § 46 Rn. 49 jew. mwN). Doch kann die Berufung des Geschäftsführers auf Fehlen des Gesellschafterbeschlusses gegen § 242 BGB verstoßen (OLG Hamm GmbHR 1991, 466 f.; vgl. aber auch OLG Köln GmbHR 1993, 734 (738): Formale Unzuständigkeit des anderen Geschäftsführers soll nicht dadurch ersetzt werden, dass er auch in seiner Eigenschaft als Repräsentant der Alleingesellschafterin hätte auftreten und dadurch seine Zuständigkeit begründen können – zweifelhaft). Fehlt es dem für die GmbH auftretenden Gesellschafter oder Geschäftsführer an der Vertretungsmacht, dann haftet er ggf. nach § 179 BGB gegenüber dem gutgl. Bewerber (§ 179 III 1 BGB) um den Anstellungsvertrag (BGH NJW 1990, 387).

- 89 In der **Einpersonen-GmbH** gilt nach hM § 35 III iVm § 181 BGB (vgl. HCL/Paefgen § 35 Rn. 72; MHLS/Tebben/Kämper Rn. 143; Rowedder/Pentz/Raff Rn. 64; Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider § 35 Rn. 168 ff.; aA Noack/Servatius/Haas/Beurskens Rn. 64 mwN). Freilich kann sich der Gesellschafter das Selbstkontrahieren im Gesellschaftsvertrag und auch noch später gestatten (ausführl. → § 35 Rn. 99 ff. mwN). Zum Abschluss des Geschäftsführervertrags bei der **mitbestimmten GmbH** s. → § 46 Rn. 40; → § 52 Rn. 70 ff.
- 90 Der **fehlerhafte Geschäftsführeranstellungsvertrag** soll unter Heranziehung der Grds. zum fehlerhaften Arbeitsverhältnis für die Dauer der Geschäftsführertätigkeit als wirksam zu behandeln sein (zum Arbeitnehmerstatus → Rn. 85). Er kann für die Zukunft jederzeit aufgelöst werden (BGH NJW 2019, 3718 (3721); BGHZ 41, 282 = NJW 1964, 1367; BGH NJW 1989, 1928; ZIP 1995, 377; NJW 2000, 2983; KG NZG 2000, 43 f.; Noack/Servatius/Haas/Beurskens Rn. 59; Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider § 35 Rn. 364; Kruse/Welskop DStR 2020, 173 (175 ff.) jew. mwN). Davon zu unterscheiden ist die fehlerhafte Bestellung (→ Rn. 75).
- 91 Ist **Bestellung statutarisch** einem anderen Organ **übertragen** (→ Rn. 62), so besteht iZw Annexkompetenz sowohl für Abberufung als auch für Abschluss, Änderung und Kündigung des Anstellungsvertrages (BGHZ 113, 237 (241 f.) = NJW 1991, 1727; HCL/Paefgen § 38 Rn. 146 ff.). Dieses Organ vertritt die GmbH auch gerichtl. analog § 112 AktG (BGH ZIP 2004, 237 → § 52 Rn. 32).
- 92 **3. Wettbewerbsverbot.** Hinsichtlich des Wettbewerbsverbots (und auch der Bezüge, → Rn. 103 ff.) des Geschäftsführers kann man nur teilw. auf die aktienrechtlichen Vorschriften (§§ 87 f. AktG) zurückgreifen, da diese auch durch ein öffentl. Interesse bedingt sind, welches bei der GmbH schwächer ausgeprägt ist. Ein Wettbewerbsverbot wird aus der allg. **Treupflicht** abgeleitet, diese ist ebenso wie umgekehrt die **Fürsorgepflicht** der Gesellschaft im Grds. anerkannt (BGHZ 49, 30 = NJW 1968, 396; Noack/Servatius/Haas/Beurskens § 37 Rn. 84 ff.; Altmeppen ZIP 2008, 437 (439 f.); für Analogie zu § 88 I AktG OLG Rostock NZG 2020, 1152 mwN). IÜ resultiert die Treupflicht aber aus der Organstellung, der Anstellungsvertrag hat insoweit nur konkretisierende und ergänzende Funktion; zu den Geschäftsführerpflichten iE daher bei § 43, zum Wettbewerbsverbot → § 43 Rn. 38 ff. Der Alleingesellschafter-Geschäftsführer unterliegt gegenüber seiner GmbH keinem Wettbewerbsverbot (BGH NZG 2008, 187 Rn. 15). Er ist jedoch auch persönlich an ein vertragliches Wettbewerbsverbot gebunden, das „seine“ GmbH trifft (BGH ZIP 2005, 296).
- 93 Das Wettbewerbsverbot beginnt und endet als Ausprägung der organschaftlichen Treupflicht grds. mit der Organstellung. Zweifelhaft und umstritten ist, ob das Wettbewerbsverbot des Geschäftsführers im Fall der Insolvenz seiner GmbH entfällt, weil die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen der GmbH auf den Insolvenzverwalter übergeht (so Schall NZG 2020, 1417 (1418); umgekehrt OLG Rostock ZIP 2020, 2067: erst mit Verlust der Organstellung; diff. Peetz GmbHR 2022, 130 ff.: Neben dem Wettbewerbsverbot im engeren Sinne gäbe es analog § 88 I AktG auch ein Tätigkeitsverbot, welches – anders als das Wettbewerbsverbot – im Insolvenzverfahren ende, während das Wettbewerbsverbot erst mit Verlust der Organstellung ende; dazu krit. Leuering FS Grunewald, 2021, 627 (631 ff.)). Nach der hier vertretenen Ansicht gilt § 88 AktG, der besagen soll, ein Vorstand müsse seine volle Arbeitskraft seiner AG widmen (Koch AktG § 88 Rn. 1, 4 mwN), nicht für die GmbH (aA Noack/Servatius/Haas/Beurskens § 37 Rn. 84); dies entspricht auch der Rechtslage zu § 117 HGB; hierzu s. nur Ebenroth/Boujong/Sander § 117 HGB Rn. 2 mwN). Der Geschäftsführer einer GmbH unterliegt keinem so weitgehenden Tätigkeitsverbot. Die Frage lautet, ob eine anderweitige Tätigkeit des Geschäftsführers nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens seiner GmbH als „treuwid-

rig“ erscheint, obwohl der Schwerpunkt seiner Tätigkeit mit Verlust seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis dem Insolvenzverwalter zugefallen ist (§ 80 InsO). Das kann nur bei Interessenkollisionen angenommen werden, wenn etwa anderweitige Tätigkeit des Geschäftsführers die den Gläubigern gewidmete Masse der insolventen GmbH akut gefährdet, weil der Geschäftsführer Insiderwissen betr. der GmbH zu deren Nachteil und zugunsten eines anderen Unternehmensträgers ausnutzen könnte. Dieser Aspekt bezieht sich allenfalls auf echte Konkurrenztaetigkeit, während der Aspekt des Tätigkeitsverbots iSd § 88 I bei Insolvenz der GmbH vollständig zurücktritt: Die Annahme, der Geschäftsführer der GmbH müsse seine gesamte „Arbeitskraft“ seiner insolventen GmbH widmen, obwohl er dort so gut wie nichts mehr zu tun hat, ist abwegig (wie hier offenbar auch Peetz GmbHR 2022, 130 ff.). Etwas anderes gilt für die Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO). Ist eine Sanierung der Gesellschaft beabsichtigt, behält das Wettbewerbsverbot uneingeschränkte Geltung.

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

Ein **nachvertragliches Wettbewerbsverbot unterliegt nicht §§ 74 ff. HGB** (BGHZ 91, 1 (3 ff.) = NJW 1984, 2366; DStR 2008, 1842; zum Meinungsstand s. H.-F. Müller FS Grunewald, 2021, 811 (812 ff.); Kielkowski NZG 2015, 900; HCL/Paefgen § 35 Rn. 490 ff.; W. Goette/M. Goette Die GmbH § 8 Rn. 163; Thüsing NZG 2004, 9; für entsprechende Anwendung iFd arbeitnehmerähnlichen (Fremd-)Geschäftsführer Rowedder/Pentz/Belz § 35 Rn. 113; Kamanabrou ZGR 2002, 898 (907 ff.); teilw. auch Noack/Servatius/Haas/Beurskens § 37 Rn. 119 f. jew. mwN); daher ist auch keine Schriftform erforderlich. Eine Karenzenschädigung kann ganz oder für bestimmte Fälle (zB fristlose Kündigung) ausgeschlossen werden (BGH ZIP 2008, 1379 Rn. 6; DStR 2008, 1842 Rn. 5). Ein etwaiger anderweitiger Erwerb ist mangels abw. Vereinbarung auf die **Karenzenschädigung** nicht anzurechnen (BGH ZIP 2008, 1379 Rn. 4 ff.). Dasselbe gilt grds. für Altersruhegeld (BAG NZA 1985, 809 = DB 1985, 2053). Ggf. kann Nichtigkeit nach § 138 BGB iVm Art. 2, 12 GG vorliegen (BGHZ 91, 1 (5) = NJW 1984, 2366 mit fast wörtlicher Bezugnahme auf § 74a I 2 HGB; vgl. auch OLG Hamm GmbHR 1989, 259 (260); OLG Düsseldorf DB 1990, 1960; GmbHR 1999, 120 f.). Das ist der Fall, wenn ein Wettbewerbsverbot nicht dem berechtigten geschäftlichen Interesse der Gesellschaft dient, wenn es nach Ort, Zeit und Gegenstand die Berufsausübung und die wirtschaftliche Tätigkeit des Geschäftsführers unbillig erschwert sowie bei umfassenden Tätigkeitsverboten (OLG Düsseldorf DB 1990, 1960; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Anh. § 6 Rn. 25; aA Bauer/Diller BB 1995, 1134 (1136); Bauer/Diller GmbHR 1999, 885; ausführl. HCL/Paefgen § 35 Rn. 492 ff.; Krämer FS Röhrich, 2005, 335 (336 ff.) jew. mwN).

Fehlt ein berechtigtes Gesellschaftsinteresse an dem Wettbewerbsverbot, 96 so ist dieses ohne Rücksicht darauf **nichtig**, ob eine Karenzenschädigung versprochen wurde (BGHZ 91, 1 (6) = NJW 1984, 2366; BGH NJW 2002, 1875 f.; OLG Düsseldorf GmbHR 1999, 120 (122) mwN; OLG München GmbHR 2018, 1310 (1311); krit. Manger GmbHR 2001, 89 (92)). In solchen Fällen dürfte das Wettbe-

verbot auch **gegen Art. 101 I AEUV und § 1 GWB verstoßen**, weil es der nachvertraglichen Situation „immanent“ sein muss (s. dazu nur Immenga/Mestmäcker/Zimmer GWB § 1 Rn. 57). Unter dem Gesichtspunkt des Art. 101 I AEUV und § 1 GWB und des § 138 BGB problematisch sind insbes. konzernweite nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Geschäftsführer, die auch für Unternehmen eines Konkurrenten gesperrt werden sollen (U. H. Schneider GmbHR 1993, 10 (18 f.); Bauer/Diller GmbHR 1999, 885 (889); großzügiger Noack/Servatius/Haas/Beurskens § 37 Rn. 122). Gleiches gilt für Wettbewerbsverbote, durch die der ehemalige Geschäftsführer unbefristet oder für eine gewisse Zeit vollständig als Wettbewerber ausgeschlossen werden soll (OLG Düsseldorf GmbHR 1999, 120 f. mwN). Zu den Möglichkeiten des abberufenen Geschäftsführers, sich vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot zu befreien, Bergwitz GmbHR 2006, 1129. Zur Haftung der Gesellschaft aus cic, wenn der Nichtigkeitsgrund ihr zuzurechnen bzw. darüber nicht aufgeklärt wurde, OLG Brandenburg GmbHR 2021, 649; Karenzentschädigung kann neg. Interesse sein.

97 **Zweifelhaft** ist, ob und mit welchen Folgen die GmbH „**einseitig**“ auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot „**verzichten**“ darf (die Verzichtsmöglichkeit analog § 75a HGB bejahend BGH NJW 1992, 1892 f.; iErg bestätigt durch BGH NJW 2002, 1875 f.; abl. Heidenhain NZG 2002, 605 (606); OLG Koblenz NZG 2000, 653; vgl. auch Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Anh. § 6 Rn. 25a; Bergwitz GmbHR 2007, 523 (525 ff.)). Stellt man die Frage richtig, kann es nur darum gehen, welche „**Entschädigung**“ der Geschäftsführer verlangen kann, nachdem ihm erklärt wird, an dem Wettbewerbsverbot sei die GmbH nicht mehr interessiert: Gilt die einjährige Karenzentschädigung analog § 75a HGB? Unergiebig sind insoweit die Überlegungen zur „**Schutzbedürftigkeit**“ des Organs einer Kapitalgesellschaft iV zu derjenigen eines Handlungsgehilfen. Denn § 75a HGB schützt den Handlungsgehilfen nur ein Jahr lang, während die Organwalter einer Kapitalgesellschaft nicht selten länger einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot unterworfen sein sollen. Richtiger Ansicht nach sind die **Vereinbarungen** zwischen der Kapitalgesellschaft und ihren Geschäftsleitern zu **respektieren**. Haben sie kein Rücktrittsrecht vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot vereinbart, insbes. auch nicht die entsprechende Anwendung der §§ 74 ff. HGB, sind sie an ihrer Vereinbarung festzuhalten (zutr. Heidenhain NZG 2002, 605 (606); anders die hM, s. BGH NJW 1992 (1892 f.); NJW 2002, 1875 f.). Für den **Insolvenzverwalter** der GmbH gilt § 103 I InsO (Brechtel/Kehrel GmbHR 2021, 240 (244) mwN).

98 Will man zugunsten der GmbH „analog § 75a HGB“ davon ausgehen, sie könne sich einseitig aus der Verpflichtung lossagen, für die Dauer des vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes die vereinbarte Entschädigung zu zahlen, steht außer Frage, dass der Geschäftsführer eine **angemessene Dispositionsfrist** erhalten muss, da er seine beruflichen Angelegenheiten auf das Wettbewerbsverbot eingerichtet haben mag (insofern zutr. BGH NJW 2002, 1875 f.). Da §§ 74 ff. HGB aber – wenn nicht anders vereinbart – iV zwischen GmbH und Geschäftsführer nicht gelten (→ Rn. 95), kann man die Entschädigung hier nicht einfach analog § 75a HGB auf ein Jahr festlegen (missverständlich BGH NJW 2002, 1875 f.). Teilw. wird eine Frist von drei Monaten für angemessen gehalten, während derer die GmbH die Karenzentschädigung soll zahlen müssen, wenn sie auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot verzichtet (OLG Düsseldorf DB 1996, 2273 mwN; offengelassen von BGH ZIP 1990, 1196 f.; für sofortige Befreiung Hoffmann-Becking FS Quack, 1991, 273 (282)). Starre Regeln können schon deswegen nicht aufgestellt werden, weil sich das Ergebnis in dogmatischer Hinsicht aus ergänzender Vertragsauslegung in jedem Einzelfall ergeben muss. Dabei ist zu beachten, dass die GmbH dem Geschäftsführer Konkurrenzfähigkeit erlauben darf, im Grds. aber die versprochene Karenzentschädigung gleichwohl schuldet (zutr. Heidenhain NZG 2002, 605 f.).

Die Vereinbarung einer Karenzentschädigung soll einen konkludenten **Ausschluss der Aufrechnung** enthalten, da der Geschäftsführer idR auf die Leistung angewiesen sei (OLG Koblenz NZG 2000, 653). 99

Nicht von einem Wettbewerbsverbot **erfasst** und daher grds. erlaubt sind bloße **Vorbereitungshandlungen** zum Aufbau eines eigenen Unternehmens oder zur Mithilfe am Aufbau eines fremden und zum Zeitpunkt der Vorbereitung noch nicht im Wettbewerb stehenden Konkurrenzbetriebes (OLG Oldenburg NZG 2000, 1038 f.). 100

Ein **unwirksames Wettbewerbsverbot** wird nicht schon deshalb wirksam, weil ein AN Geschäftsführer wird (OLG Koblenz WM 1985, 1484 f.). Zu bedingten Wettbewerbsverboten s. LG Frankfurt GmbHR 1994, 803 und Bauer/Diller BB 1995, 1134 (1138 ff.). Unwirksamkeit nach den genannten Gründen führt idR weder zu einer geltungserhaltenden Reduktion noch zu einer Umdeutung gem. § 140 BGB, sondern zur Gesamtnichtigkeit des Wettbewerbsverbots (BGHZ 91, 1 f. = NJW 1968, 1717, DB 1989, 1620 (1621); ZIP 2000, 1452 f.; OLG Düsseldorf GmbHR 1999, 120 (122); aA Noack/Servatius/Haas/Beurskens § 37 Rn. 120); lediglich bei einer überlangen Bindungsdauer kann das Verbot auf die maximal zulässige Laufzeit reduziert werden (BGH NJW 2000, 2584; NJW 1991, 699; Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 9. Aufl. 2022, Rn. 358 f.: maximal 2 Jahre). 101

Unabhängig von einem solchen vertraglichen Verbot wirkt aber auch die allg. **Treuepflicht nach dem Ausscheiden** weiter und verbietet es dem Geschäftsführer, auf Kosten der Gesellschaft persönlichen Nutzen zu ziehen (BGH GmbHR 1977, 43; NJW 1986, 585 (586); OLG Oldenburg NZG 2000, 1038 f.). Insbes. zum **Ausnutzen von Geschäftschancen** → Rn. 150 sowie → § 43 Rn. 39, 108. 102

4. Bezüge. a) Höhe. Aus der Organstellung folgt grds. kein Anspruch auf Vergütung (OLG Frankfurt, GmbHR 2025, 311). Bezüge kann der Geschäftsführer aber idR auf der Grundlage eines Dienstvertrags (→ Rn. 79) verlangen. Doch kann die Tätigkeitsvergütung des Geschäftsführers ihre Grundlage unabhängig von einem Dienstvertrag auch in der Satzung finden, zB in einer Regelung dem Grunde nach, welche die Festlegung der Höhe im Einzelfall der Gesellschafterversammlung überlässt (BGH ZIP 2016, 1376 Rn. 26 zur GmbH & Co. KG). Ist die Höhe der Vergütung nicht vereinbart, so gilt – auch für den tätig gewordenen faktischen Geschäftsführer – § 612 BGB (MHLS/Tebben/Kämper Rn. 158 mwN), allerdings mit der Besonderheit, dass bei einem Gesellschafter nicht generell die Erwartung besteht, er werde nur gegen Entgelt für die GmbH tätig (OLG Frankfurt GmbHR 1993, 358 (359 f.); LG Essen DB 2000, 2421). Dem nach Abberufung unterhalb der Leitungsebene weiterbeschäftigten Geschäftsführer soll auch ohne Arbeits- oder Anstellungsvertrag ein Anspruch auf Zahlung derjenigen Vergütung zustehen, die für ein Tätigwerden mit Billigung der Gesellschaft üblich ist (OLG Celle NZG 1999, 78). Ein Anspruch auf Vergütung von **Überstunden** und Mehrarbeit setzt zivilrechtlich eine bes. Vereinbarung voraus (OLG Dresden NJW-RR 1997, 1535). Im Grds. ist diese Vergütung nicht mit dem Aufgabenbild der Unternehmensleitung vereinbar und soll daher steuerrechtlich beim Gesellschafter-Geschäftsführer eine vGA darstellen (BFHE 195, 243 (245) = NJW 2002, 86 mN auch zur Gegenansicht; zum Fehlen sozialer Abhängigkeit → § 6 Rn. 85). 103

Hinsichtlich überhöhter Bezüge ist bei Gesellschafter-Geschäftsführern das Verbot der **verdeckten Rückerstattung von Einlagen (§ 30)** zu beachten (→ § 30 Rn. 73 ff.). Zur Erstattungsfähigkeit verschiedener Bestandteile der Geschäftsführervergütung idR § 842 BGB s. BGH GmbHR 1977, 276 f. 104

Bei einer wesentlichen **Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse** der GmbH ist § **87 II AktG** (Herabsetzung der Vorstandsvergütung) **nicht analog anwendbar**, weil der Geschäftsführer der GmbH deren Geschäfte nicht wie der Vorstand (§ 76 AktG) eigenverantwortlich und unabhängig führt (so zu Recht 105

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

106 In Ermangelung einer vertraglichen Regelung soll der Geschäftsführer eine **Gehaltserhöhung** nur unter den Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung, des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) sowie – bei nicht oder nicht nennenswert beteiligten Gesellschaftern mit arbeitnehmerähnlichem Status – nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verlangen können (Tillmann/Mohr GmbH-Geschäftsführer Rn. 286). Vergleichsgruppe sind Mitgeschäftsführer oder leitende Angestellte desselben Betriebs oder Unternehmens (BGH GmbHR 1990, 389). Die Gehaltserhöhung kann bereits in der Aufbauphase der Gesellschaft verlangt werden, wenn die Anpassung im Hinblick auf eine sinnvolle Weiterführung des Geschäftszweckes geboten erscheint. Zu **Wertsicherungsklauseln** s. MHLS/Tebben/Kämper Rn. 163; Schmidt-Räntsch NJW 1998, 3166; zur – grds. zulässigen – Abtretung von Vergütungsansprüchen Armbrüster GmbHR 1997, 56.

107 **b) Ruhegehaltsansprüche.** Dazu MHLS/Tebben/Kämper Rn. 179 ff.; Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider § 35 Rn. 402 ff.; Heubeck/Schmauck, Die Altersversorgung der Geschäftsführer in GmbH und GmbH & Co. KG, 4. Aufl. 1998; Fonk FS Semler, 1993, 139 (140 ff.); zur betrieblichen Altersversorgung mit Pensionsrückstellungen und Pensionsfonds s. Arbeitskreis „Finanzierung“ der Schmalenbach-Gesellschaft DB 1998, 321. Ansprüche auf Ruhegehalt kann die Gesellschaft nur „freiwillig“ einräumen (Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider § 35 Rn. 402 mwN). Doch können sie auch aus stillschweigender Zusage herrühren, da Formvorschriften weder nach dem GmbHG noch nach dem BetrAVG bestehen (s. BGH NJW 1969, 1483; NJW-RR 1994, 357 (358)). Eine betriebliche Übung reicht aber nicht aus, jedenfalls soweit sie andere Angestellte betr. (BGH WM 1973, 506; Rowedder/Pentz/Belz § 35 Rn. 98; Nebendahl NZA 1992, 289; iÜ str., s. Noack/Servatius/Haas/Beurskens § 37 Rn. 145). Die Frage, ob der ständige Brauch, Organmitgliedern ohne ausdr. Pensionszusage Altersversorgung zu gewähren, das Unternehmen aus dem Gesichtspunkt der betrieblichen Übung in die Pflicht bringen kann (tendenziell so BGH WM 1969, 686 (688)), stellt sich kaum, weil es solche Fälle in der Praxis so gut wie gar nicht gibt (Lutter/Hommelhoff/Kleindiek Anh. § 6 Rn. 36; Stöhr GmbHR 2021, 354 (355)). Eine Regelung im Anstellungsvertrag eines Geschäftsführers, der einen Anspruch auf Altersrente hat, wonach der Vertrag mit Erreichen einer bestimmten **Altersgrenze** ohne Weiteres endet, soll entspr. § 41 I S. 2 SGB VI nur wirksam sein, wenn die Vereinbarung innerhalb der letzten drei Jahre vor dem Beendigungszeitpunkt geschlossen oder bestätigt wird (Bauder BB 1994, 945 ff.; vgl. auch BAGE 74, 363 = BB 1994, 66). Ferner ist möglich, ein **Übergangsgeld** für die Zeit bis zum Eintritt des eigentlichen Versorgungsfalles unter der Bedingung zu vereinbaren, dass der Geschäftsführer von jeglicher nicht genehmigter Konkurrenzfähigkeit absieht. Die rechtlichen Grenzen nachvertraglicher Wettbewerbsverbote finden insofern keine Anwendung. Gesetzliche Einschränkungen ergeben sich nur aus §§ 1, 17 BetrAVG (BGH ZIP 2000, 1452). Der Anspruch auf betriebliche Altersversorgung bleibt von Ausgleichsklauseln in Aufhebungsverträgen und von Abfindungszahlungen für einen von der Gesellschaft veranlassten Verlust des Arbeitsplatzes unberührt (OLG Köln NZG 2000, 436 f.).