

Europäische Hochschulschriften



Rechtswissenschaft

Sascha Lotz

Die Abberufung des GmbH- Gesellschafter-Geschäftsführers

A. Einleitung

I. Allgemeine Einführung in die Problematik

Die folgende Untersuchung befasst sich mit einem der konfliktrüchigsten Problembereiche des Gesellschaftsrechts.¹ Streitigkeiten rund um die Abberufung von Geschäftsleitern beschäftigen die Rechtspraxis und -wissenschaft mit wechselnden Akzentuierungen und Schwerpunkten vor allem dann, wenn die Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter sind.² Diese Konflikte an der Schnittstelle von materiellem Gesellschafts- und Prozessrecht bieten seit jeher „eine Fülle von Rechtsproblemen“³, die allenfalls in Teilbereichen eine umfassende und für allen Beteiligten befriedigende Lösung erfahren haben.⁴ Während schon vor einem knappen halben Jahrhundert besondere Abberufungsrestriktionen für den Gesellschafter-Geschäftsführer damit begründet wurden, dass sie „nur durch eine Gesellschafterstellung des Begünstigten zu rechtfertigen“ seien⁵ und die Selbstorganschaft als entscheidendes Erkennungsmerkmal eines speziellen GmbH-Realtypus galt, der die Notwendigkeit der Übernahme der personengesellschaftsrechtlichen Regelungen – auch zur Abberufung – aufwarf, wird der nicht zuletzt durch diese Entwicklung hervorgerufene Abberufungsschutz des Gesellschafter-Geschäftsführers in jüngerer Vergangenheit als „Problem auch für jeden Investor“ angesehen.⁶ Die Relevanz der Problematik wird auch durch die sich verringernde Verweildauer (auch) von geschäftsführenden Gesellschaftern genährt.⁷

1 Vgl. aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung nur BGH, Urteil vom 20.12.1982 - II ZR 110/82, NJW 1983, 938; BGH, Urteil vom 12.7.1993 - II ZR 65/92, DStR 1993, 1457, 1458; BGH, Beschluss vom 29.11.1993 - II ZR 61/93, DStR 1994, 214. Vgl. aus der umfangreichen Literatur stellvertretend *Fischer*, FS-Schmidt, S. 117, 121ff; *Grunewald*, FS-Zöllner, S. 177ff; *Limbach*, GmbHR 1968, 181f.

2 Zuletzt im Rahmen der Rechtsstreitigkeiten um den Suhrkamp-Verlag, hierzu LG Berlin, 10.12.2010 - 99 O 118/11, NZG 2013, 500; *Meyer*, NJW 2013, 753ff. Vgl. für die Abberufung in der personalistisch-strukturierten bzw. mittelständischen GmbH: *Grunewald*, FS-Zöllner, S. 177ff; *Wolf*, ZGR 1998, 92.

3 Vgl. *Fleck*, GmbHR 1970, 221; *Lutz*, BB 2000, 833.

4 Vgl. nur die kritischen Anmerkungen von *Morawietz*, GmbHR 2000, 637; *Kreklaue*, GmbHG 2007, 365; *Wiedemann*, BB 1957, 696.

5 *Schönle/Ensslin*, GmbHR 1969, 103, 105.

6 *Kreklaue*, GmbHG 2007, 365.

7 Vgl. *Freund*, GmbHG 2010, 117.

Die Suche nach den faktischen und rechtlichen Ursachen dieser Rechtsanwendungsprobleme und der daraus resultierenden Auseinandersetzungen muss ihren Ausgangspunkt in der historischen Ausrichtung des GmbHG auf die Fremddorganschaft haben (II.), die von der Rechtswirklichkeit eingeholt wurde (III.): Die Bestellung – und Abberufung – von Gesellschafter-Geschäftsführern ist mittlerweile der rechtstatsächliche Regelfall.⁸ Die Konfliktrichtigkeit sowie die Anzahl der Rechtsanwendungsprobleme werden von der konkreten Ausgestaltung der GmbH und von der Position des Abberufenen im Machtgefüge der Gesellschaft vorbestimmt (IV.). Die spärlichen Regelungen des GmbHG sowie die hilfsweise zur Lückenfüllung herangezogenen Rechtsinstrumente (V.) werden diesem Konfliktpotential, der Inhomogenität der Konstellationen der Selbstorganschaft und dem daraus resultierenden Wunsch nach maßgeschneiderten Lösungen zur Abberufung mitunter kaum gerecht, so dass die Abberufung des GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers mittlerweile realstrukturübergreifend als rechtspolitisches Problem gelten kann (VI.). Dies ist Anlass dieser Dissertation, deren Untersuchungsgegenstand unter VII. dargestellt und eingegrenzt wird. Abgerundet wird die Einleitung mit einer Skizzierung des Untersuchungsprogramms der Arbeit (VIII).

II. Fremddorganschaft als historisches Leitbild des GmbH-Rechts

Die GmbH als Körperschaft kennzeichnet die (Möglichkeit der) Fremddorganschaft.⁹ Dies gilt als Abgrenzungsmerkmal zu dem im Personengesellschaftsrecht geltenden Grundsatz der Selbstorganschaft, wonach ausschließlich die Gesellschafter selbst zur Geschäftsleitung befugt sind (vgl. § 709 BGB, § 114 Abs. 1 HGB). Nach § 6 Abs. 3 S. 1 GmbHG können auch Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt werden.¹⁰ Die Gesellschafter haben damit aber weder die Pflicht zur Geschäftsführung, noch obliegt Ihnen per Gesetz die Leitung der Gesellschaft.¹¹ So ergibt sich aus der gesetzlichen Formulierung („Gesellschafter oder andere Personen“) nicht, dass der Fall der Fremddorganschaft als gesetzliches

8 Vgl. hierzu nur *Bayer/Hoffmann/Schmidt*, GmbHR 2007, 953, 955.

9 *Immenga*, Pers KapG, S. 68; *Limbach*, GmbHR 1968, 181; *Ulmer/Ulmer*, § 6 Rn. 23.

10 Insoweit wird der Begriff der Selbstorganschaft nachfolgend auch für den Fall verwendet, dass (mindestens) ein Gesellschafter in der GmbH zum Geschäftsführer bestellt wurde.

11 *Immenga*, Pers KapG, S. 69.

Normalstatut gewählt wurde.¹² Dennoch zeigen die Ausführungen in dem Entwurf zum GmbHG¹³, dass allgemein die Geschäftsführung durch Dritte als Normalfall angesehen wurde.¹⁴ Zwar stand nach den Vorschlägen des Initiators des GmbHG *Wilhelm Oechelhäuser*¹⁵ zunächst die Gestaltung der GmbH als gesamthänderischer Personenverband mit beschränkter Haftung im Raum, für den im Innenverhältnis grundsätzlich OHG-Recht und damit auch der Grundsatz der Selbstorganschaft gelten sollte.¹⁶ Diese Überlegungen wurden jedoch nicht Gesetz: Der GmbH-Gesetzgeber wies der Möglichkeit zur Beteiligung der Gesellschafter an der Geschäftsführung keine besondere Bedeutung zu und konzipierte die GmbH als reine Vermögensgemeinschaft von Investoren und Eigenkapitalgebern, die sich von der AG vor allem durch die Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis unterscheiden sollte.¹⁷ Diese Grundausrichtung der neuen Rechtsform wurde damit begründet, dass insbesondere Familiengesellschaften mit nicht an der Geschäftsführung beteiligten Mitgliedern Schwierigkeiten gehabt hätten, eine geeignete Gesellschaftsform zu finden.¹⁸ Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass die OHG als Rechtsform für unter Eigenregie geleitete Familienunternehmen ausreichen würde: Nur in Ausnahmesituationen (etwa bei besonders hohen Kapitalbeiträgen) sei bei der GmbH eine starke Mitarbeit und Einbindung der Gesellschafter in die Geschäftsführung nötig.¹⁹ Den Vorstellungen des Gesetzgebers lag also gerade nicht ein als Tätigkeitsgemeinschaft operierendes Unternehmen zugrunde, in dem Eigentum und Leitungsfunktionen in einer Person vereint werden sollten.²⁰ Die GmbH wurde vielmehr als geeignete Rechtsform für passive Gesellschafter angesehen, die „nicht in der Lage sind, die Führung selbst in die Hand zu nehmen, oder wo doch dem einzelnen der Einfluss auf die Handlungen der Mitgesellschafter und die Kontrolle über deren

12 Vgl. *Limbach*, GmbHR 1968, 181; *Raiser/Veil*, KapGesR, § 32 Rn. 7; *Schönle/Ensslin*, GmbHR 1969, 103, 104.

13 Vgl. Entwurf zum GmbHG 1891, Anlage A, S. 3764.

14 So auch *Grunewald*, FS-Zöllner, S. 177; *Hommelhoff*, ZGR-Sonderheft 13, 36, 52; *Limbach*, GmbHR 1968, 181; *Priester*, DNotZ 1993, 121, 123.

15 Abgedruckt bei *Wieland*, HandelsR, Bd. 2, S. 399f.

16 Vgl. *Michalski/Michalski*, Überblick, Rn. 1; *Hachenburg/Ulmer*, Einl. Rn. 3.

17 *Hommelhoff*, ZGR-Sonderheft 13, 36, 53; *Fischer*, FS-Schmidt, S. 117, 118; *Hachenburg/Ulmer*, Einl. Rn. 7.

18 Entwurf zum GmbHG 1891, Anlage A, S. 3764. Vgl. hierzu *Immenga*, Pers KapG, S. 66.

19 Entwurf zum GmbHG, S. 34; hierzu *Hommelhoff*, ZGR-Sonderheft 13, 36, 52; *Limbach*, GmbHR 1968, 181.

20 *Immenga*, Pers KapG, S. 69; *Limbach*, GmbHR 1968, 181.

Tätigkeit nicht in vollem Umfang möglich ist“²¹ Die körperschaftliche Ausrichtung des GmbH-Rechts unterstreicht, dass der Gesetzgeber die Leitung der GmbH durch deren Gesellschafter als Ausnahmeerscheinung ansah.²²

III. Rechtstatsachen zum Gesellschafter-Geschäftsführer

Das auf die Fremdorganschaft zugeschnittene historische Leitbild der GmbH als „kleiner AG“²³ wurde mittlerweile von der Rechtswirklichkeit eingeholt²⁴: Unstreitig stellt die Selbstorganschaft in der GmbH seit einigen Jahrzehnten den rechtstatsächlichen Normalfall dar.²⁵ Hierzu fehlen amtliche Statistiken, allerdings lassen aussagekräftige Untersuchungen, um die sich vor allem *Bayer* und *Kornblum* verdient gemacht haben, keinen Zweifel an der faktischen Dominanz der Selbstorganschaft im GmbH-Recht: Die von *Kornblum* angeregten (letztmaligen) Erhebungen aus dem Jahr 2000 bei zwei württembergischen Handelsregistern (Böblingen und Reutlingen) zufolge wurden lediglich ca. 18% (AG Böblingen) bzw. ca. 7% (AG Reutlingen) der in diesen Bezirken eingetragenen GmbHs ausschließlich von gesellschaftsfremden Dritten geleitet.²⁶ In 74% bzw. 82% der untersuchten Fälle waren die betroffenen Gesellschaften ausschließlich von Gesellschafter-Geschäftsführern geleitet, in 43% bzw. 50% der GmbHs waren sogar alle beteiligten Gesellschafter als Geschäftsführer bestellt.²⁷ Die sog. gemischte Organschaft, also eine Konstellation, in der sowohl Gesellschafter als auch Dritte als Geschäftsführer auftreten, ließ sich bei knapp 6% der GmbHs feststellen.²⁸ Diese Daten unterstreichen die geringe praktische Bedeutung der GmbH mit „reiner“ Fremdorganschaft.²⁹ Auch die Untersuchungen *Bayers*³⁰ belegen die prominente Stellung der Selbstorganschaft bei der GmbH. Eine Befragung der Geschäftsführer neu gegründeter GmbHs in Thüringen

21 Entwurf zum GmbHG, S. 27; vgl. hierzu *Hommelhoff*, ZGR-Sonderheft 13, 36, 52.

22 *Immenga*, Pers KapG, S. 69; *Limbach*, GmbHR 1968, 181.

23 Vgl. hierzu *Michalski/Michalski*, Überblick, Rn. 1.

24 Näher: *Hommelhoff*, ZGR-Sonderheft 13, 36, 53.

25 *Bayer/Hoffmann/Schmidt*, GmbHR 2007, 953, 955; *Kornblum/Hampfl/Nuß*, GmbHR 2000, 1240, 1245; *Limbach*, GmbHR 1968, 181; *Michalski/Michalski*, Überblick, Rn. 7; *Priester*, DNotZ 1993, 121, 126.

26 *Kornblum/Hampfl/Nuß*, GmbHR 2000, 1240, 1245.

27 *Kornblum/Hampfl/Nuß*, GmbHR 2000, 1240, 1245.

28 *Kornblum/Hampfl/Nuß*, GmbHR 2000, 1240, 1245.

29 *Bayer/Hoffmann/Schmidt*, GmbHR 2007, 953, 955.

30 *Bayer/Hoffmann/Schmidt*, GmbHR 2007, 953, 955; *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2007, 414, 415.

aus dem Jahr 2006 ergab, dass ca. 30% der Geschäftsführer Alleingesellschafter, ca. 20% Mehrheitsgesellschafter, ca. 18% paritätischer Gesellschafter und immerhin ca. 11% Minderheitsgesellschafter waren.³¹ Lediglich 16% der Befragten gaben an, als „angestellte Geschäftsführer“ tätig zu sein.³² Die Zahl der GmbHs, in denen ausschließlich gesellschaftsfremde Dritte die Geschäfte führen, ist demnach äußerst gering.

IV. Die Stellung des Gesellschafter-Geschäftsführers innerhalb der GmbH

Die Bedeutung und Stellung des Gesellschafter-Geschäftsführers innerhalb der Gesellschaft bestimmen dessen faktische und rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten – vor allem in Bezug auf die eigene Abberufung; Schutzbedürfnis und Abwehrmöglichkeiten der abberufenen Gesellschafter-Geschäftsführer sind insbesondere von der konkreten Ausgestaltung der Realstruktur der Gesellschaft (hierzu 1. - 2.) ebenso abhängig wie von der Beteiligungshöhe und der Einräumung von besonderen Mitgliedschaftsrechten (hierzu 3.).

1. Mittelstandunternehmen und personalistische Gesellschaften

Der Begriff der personalistischen GmbH, zu denen auch die gemeinhin als „mittelständisch“ bezeichneten Unternehmen zählen dürften³³, ist zwar nicht legal definiert, hat jedoch – vor allem durch die Vorarbeiten *Immenga* – scharfe Konturen erhalten: Die personalistisch strukturierte GmbH als personenbezogenes Unternehmen zeichnet sich durch einen kleinen Mitgliederkreis aus.³⁴ Dieser GmbH-Realtypus ist der in der Praxis am häufigsten anzutreffende: Nach den Erhebungen *Kornblums* haben ca. 56% der GmbHs einen Mitgliederbestand von 2 - 5 Personen, während darüber hinausgehende Gesellschafterzahlen lediglich in weniger als 3% der Fälle festgestellt werden konnten.³⁵ Als wesentliches Merkmal dieses Realtypus wird die aktive Mitarbeit der Gesellschafter in der Geschäftsführung und das gegenseitige Vertrauen in die persönlichen

31 *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2007, 953, 955.

32 Einige der Befragten machten keine Angaben.

33 Vgl. *Fischer*, FS-Schmidt, S. 117, 119; *Michalski/Michalski*, Überblick, Rn. 7.

34 *Immenga*, Pers KapG, S. 15; *Fischer*, FS-Schmidt, S. 117, 119; *Kallrath*, MittRhNotK 1999, 325, 329.

35 *Kornblum/Hampfl/Nafz*, GmbHR 2000, 1240, 1245. Vgl. auch die Ergebnisse der Untersuchung *Bayers*, nach der ca. 50% der untersuchten GmbHs 2 - 5 Gesellschafter aufwiesen; *Bayer/Hoffmann/Schmidt*, GmbHR 2007, 953, 955.

Fähigkeiten des/der anderen angesehen.³⁶ Auch dem BGH zufolge soll immer dann, „wenn die Geschäftsführer zugleich Gesellschafter der GmbH sind, es sich (...) um eine personalistisch strukturierte Gesellschaft handeln“.³⁷ Die „Missachtung“ der für Kapitalgesellschaften üblichen Trennung von Leitungsmacht und Eigentümerstellung (*seperation of ownership and control*)³⁸ ist also Ausdruck der personalistischen Struktur: Für Gesellschaften, die auf die persönliche Zusammenarbeit aller Gesellschafter angelegt und angewiesen sind, kommt die Einsetzung außenstehender Dritter als Geschäftsführer regelmäßig nicht in Betracht.³⁹ Damit stehen die persönlichen Beziehungen im Vordergrund, weshalb die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht bei dieser Ausgestaltung große praktische Bedeutung erlangt.⁴⁰ Bei dieser Ausgestaltung hat das Geschäftsführeramt als Vehikel zur gesellschaftsinternen Einflussnahme gerade für Minderheitsgesellschafter eine herausragende Bedeutung.⁴¹ Dem entspricht, dass die Gewährung von Sonderrechten auf die Geschäftsführung sowie die Einschränkung der Abberufung aus wichtigem Grund (§ 38 Abs. 2 GmbHG) überwiegend auf personalistisch strukturierte Gesellschaften beschränkt bleibt.⁴² Die personalistisch strukturierte GmbH ist die wohl konfliktträchtigste⁴³: Nicht selten weichen nach Jahren guter und einträchtiger Zusammenarbeit die Meinungen über grundsätzliche Fragen wie die wirtschaftliche Grundausrichtung der Gesellschaft oder über Details der Geschäftsführung ab und es entstehen persönliche Auseinandersetzungen, die regelmäßig in den (wechselseitigen) Bestrebungen münden, den unliebsamen Mitstreiter aus dem Unternehmen zu drängen.⁴⁴

36 Ausführlich: *Immenga*, Pers KapG, S. 15: Vgl. auch *Frhr. von Schnurbein/Neufeld*, BB 2011, 585; *Hommelhoff*, ZGR-Sonderheft 13, 36, 52; *Kallrath*, MittRhNotK 1999, 325, 329. *Hommelhoff* (a.a.O.) weist darauf hin, dass die personalistische Struktur „typischerweise“ mit einer Anteilsvinkulierung einhergehe.

37 BGH, Beschluss vom 24.10.1994 - II ZR 91/94, DStR 1994, 1746, 1747 (m. Anm. Goette).

38 Vgl. hierzu (und zu dem hieraus resultierenden Prinzipal-Agenten-Konflikt) grundlegend: *Berle/Means*, *The Modern Corporation and Private Property*.

39 BGH, Urteil vom 23.2.1981 - II ZR 229/79, NJW 1981, 2302.

40 Michalski/*Michalski*, Überblick, Rn. 7.

41 *Kallrath*, MittRhNotK 1999, 325, 329.

42 *Hommelhoff*, ZGR-Sonderheft 13, 36, 53.

43 Vgl. hierzu *Fischer*, FS-Schmidt, S. 117, 119; *Hommelhoff*, ZGR-Sonderheft 13, 36, 53; *Immenga*, Pers KapG, S. 15.

44 Vgl. nur die Rechtsprechung zu dem Abberufungsgrund des tiefgreifenden Zerwürfnisses, etwa BGH, Urteil vom 24.2.1992 - II ZR 79/91, NJW-RR 1992, 993; BGH, Beschluss vom 12.1.2009 - II ZR 27/08, DStR 2009, 597, 599; OLG Düsseldorf,

2. Managementbeteiligungen

Geschäftsleiter halten auch in klassischen (also nicht personalistisch ausgestalteten) Kapitalgesellschaften vor allem im Rahmen von Unternehmensbeteiligungsmodellen Geschäftsanteile.⁴⁵ Dies geschieht nicht zuletzt, um geeignetem Leitungspersonal einen zusätzlichen Leistungsanreiz zu bieten sowie die Stellung als geschäftsführendem Gesellschafter betriebsintern und nach außen aufzuwerten.⁴⁶ Für die GmbH spielen insbesondere die sog. Manager-Modelle eine wichtige Rolle: In den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen ging es in diesem Zusammenhang um Einzelhandelniederlassungen, die als rechtlich selbstständige GmbH gegründet und mit Geschäftsführern besetzt wurden.⁴⁷ Diesen wurde die Möglichkeit gewährt, Geschäftsanteile der GmbH (meistens etwa 10% des Stammkapitals) zum Nominalwert zu erwerben. Geschäftsführer werden darüber hinaus auch im Rahmen von Private-Equity-Transaktionen an Gesellschaften beteiligt. Die Höhe der Beteiligung richtet sich nach dem Interesse, die Strategie des Unternehmens über die Gesellschafterversammlung bestimmen zu können, so dass dem Gesellschafter-Geschäftsführer grundsätzlich nur bis zu 20% seines Geschäftsanteils verbleibt⁴⁸, auch wenn sich Private-Equity-Investoren – angesichts der in Familienunternehmen weit verbreiteten Skepsis gegenüber Fremdbestimmung – vereinzelt mit Minderheitsbeteiligungen zufrieden geben.⁴⁹ Der bisherige Schwerpunkt der rechtlichen Auseinandersetzung betrifft die – für diese Modelle typischen – Vereinbarungen, dass der Geschäftsführer seine Gesellschafterstellung aufgeben muss, sobald sein organschaftliches Verhältnis beendet ist (sog.

Urteil vom 30.6.1988 - 6 U 310/87, NJW 1989, 172; LG Karlsruhe, Urteil vom 29.4.1998 - O 120/96, NZG 1998, 512.

45 Vgl. nur BGH, Urteil vom 19.9.2005 - II ZR 173/04, DStR 2005, 1913, 1914 („Managermodell“); OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.1.2004 - 17 U 50/03, NZG 2005, 352, 353; *Böttcher*, NZG 2005, 992, 994; *Frhr. von Schnurbein/Neufeld*, BB 2011, 585; *Kowalski/Bormann*, GmbHHR 2004, 1438; *Schäfer/Hillesheim*, DStR 2003, 2122. Vgl. allgemein zur Zielsetzung von Manager- und Mitarbeiterbeteiligungen: *Leuner/Leuner*, S. 16f.

46 In jüngerer Vergangenheit scheinen alternative Incentivierungsmodelle (ohne Beteiligungserwerb durch die Geschäftsführung) bevorzugt zu werden, vgl. hierzu *Jesch/Striegel/Boxberger/Hohaus*, S. 210.

47 BGH, Urteil vom 19.9.2005 - II ZR 173/04, DStR 2005, 1913 („Managermodell“); OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.1.2004 - 17 U 50/03, NZG 2005, 352, 353; *Schäfer/Hillesheim*, DStR 2003, 2122.

48 *Kästle/Heuterkes*, NZG 2005, 289, 290; *Köhler*, Handelsblatt vom 14.3.2012, S. 44.

49 *Köhler*, Handelsblatt vom 14.3.2012, S. 44.

„Call-Option“). Diese Vertragsbestimmungen sind als „Hinauskündigungsklauseln“ dem Verdacht der Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) ausgesetzt.⁵⁰ Allerdings ist hier – gleichsam als Vorfrage – zu klären, ob die Abberufung, die in diesen Fällen regelmäßig gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG erfolgt, ohne weiteres möglich ist.

3. Beteiligungsumfang und Mitgliedschaftsrechte

Neben der strukturellen Ausgestaltung der Gesellschaft und den Beziehungen der Mitgesellschafter untereinander ist für die Stellung des Gesellschafter-Geschäftsführers – auch im Hinblick auf die Abberufung – die Höhe der Beteiligung und des damit einhergehenden Stimmrechts (§ 47 Abs. 1 GmbHG) schon aus verfahrensrechtlicher Sicht entscheidend.⁵¹ Darüber hinaus wird die Bedeutung der Beteiligungshöhe auch für viele im Gesetz nicht geregelte Problemkreise diskutiert: So kann der Grundsatz der freien Abberufbarkeit (§ 38 Abs. 1 GmbHG) Einschränkungen durch die Treuepflicht erfahren, deren Anwendbarkeit oder Reichweite wiederum von der Höhe des Geschäftsanteils abhängen könnte. Eine differenzierte Behandlung von Gesellschafter-Geschäftsführern wird auch bei der Frage der (vorläufigen) Wirksamkeit der strittigen Abberufung gefordert. Die Rechtsposition des Gesellschafter-Geschäftsführers kann weiterhin durch die Gewährung eines Sonderrechts auf die Geschäftsführung (§ 35 BGB) gefestigt⁵² und die Abberufungsmöglichkeiten hierdurch erheblich eingeschränkt werden. Sofern ein Sonderrecht gewährt wurde, ist für alle Beteiligten entscheidend, inwieweit das gesetzliche Abberufungsregime Modifikationen unterliegt.

4. Fazit

Die Gattung des Gesellschafter-Geschäftsführers kann keinesfalls als homogene Gruppe angesehen werden: Die Spannweite reicht vom „Alleinherrscher“⁵³, der kaum als nach § 37 Abs. 1 GmbHG weisungsabhängig gelten kann und seine

50 BGH, Urteil vom 19.9.2005 - II ZR 173/04, DStR 2005, 1913 („Managermodell“); OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.1.2004 - 17 U 50/03, a.a.O.; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 23.6.2004 - 13 U 89/03, GmbHR 2004, 1283; Böttcher, NZG 2005, 992, 994; Martinius/Stubert, BB 2006, 1977; Schäfer/Hillesheim, DStR 2003, 2122; Sosnitza, DStR 2005, 72. Vgl. monografisch und rechtsformübergreifend: Wolf, Hinauskündigung, S. 1ff.

51 Vgl. etwa *Frhr. von Schnurbein/Neufeld*, BB 2011, 585ff zu den verfahrensrechtlichen Problemen bei der Abberufung des Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführers.

52 Vgl. hierzu *Raiser/Veil*, KapGesR, § 32 Rn. 7.

53 *Bayer/Hoffmann/Schmidt*, GmbHR 2007, 953, 955; Michalski/Michalski, Überblick, Rn. 179.

Stellung ggf. noch über ein Sonderrecht auf die Geschäftsführung gefestigt hat, über den einfachen Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer mit einer „entscheidenden Leitungsposition“⁵⁴, zum Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer, der seine Vorstellung kaum gegen den Willen der Mehrheitsgesellschafter durchzusetzen vermag, bis hin zum Geschäftsführer, dem ein geringer Geschäftsanteil als „Annex“⁵⁵ zur Leitungsposition gewährt wird.

V. Normative Rahmenbedingungen der Abberufung

Das Regime zur Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers setzt sich zum einen aus wenigen spezifisch abberufungsbezogenen Vorschriften (1.), andererseits aus implizit geltenden Regeln und Rechtsinstituten des GmbH-Rechtes (2.) sowie aus „importierten“ Regeln oder Normenkomplexen (3.) zusammen.

1. Abberufungsspezifische Vorschriften

Das GmbHG sieht trotz der seit Jahrzehnten bekannten Dominanz der Selbstorganschaft keine expliziten Sonderregeln für Gesellschafter-Geschäftsführer vor, deren Existenz § 6 Abs. 3 S. 1 anerkennt, ohne daran weitergehende Rechtsfolgen zu knüpfen. Dies gilt auch für die Abberufung⁵⁶, der sich das GmbHG in zwei knappen und nur „scheinbar klaren Regelungen“⁵⁷ widmet, die ihrerseits nicht zwischen Gesellschafter- und Fremdgeschäftsführer unterscheiden.⁵⁸ Die materiellen Abberufungsvoraussetzungen werden in § 38 Abs. 1 und 2 GmbHG umschrieben. Danach kann der Grundsatz der freien Abberufung als gesetzliches Normalstatut der Abberufung durch gesellschaftsvertragliche Regelung abgeändert werden, die in der Praxis vor allem Gesellschafter-Geschäftsführern zugutekommen.⁵⁹ Die materiell-rechtliche Bestimmung wird von der verfahrensrechtlichen Regelung in § 46 Nr. 5 GmbHG flankiert, wodurch die Abberufungsentscheidung der Gesellschafterversammlung übertragen wird. Andere abberufungsspezifische Vorschriften sucht man im GmbHG vergeblich.

54 Vgl. etwa OLG Stuttgart, Beschluss vom 13.4.1994 - 2 U 303/93, NJW-RR 1994, 811; Lutz, GmbH-Gesellschafterstreit, Rn. 6.

55 Vgl. *Drinkuth*, NJW 2006, 410, 413; *Hohaus/Weber*, BB 2006, 2089, 2090; *Schäfer/Hillesheim*, DStR 2003, 2122, 2123.

56 Ulmer/*Ulmer*, § 6 Rn. 23.

57 *Fleck*, GmbHR 1970, 221.

58 Auf die spärliche Regelungsdichte weist auch *Schneider*, ZGR 1983, 535, 536 hin.

59 BGH, Beschluss vom 24.10.1994 - II ZR 91/94, DStR 1994, 1746, 1747 (m. Anm. Goette); *Grunewald*, FS-Zöllner, S. 177, 181.

2. Mitgliedschaftliche (Verwaltungs-)Rechte

Aus der gesetzlichen Zuweisung der Abberufungsentscheidung in § 45 Nr. 6 GmbHG folgt die Anwendung des Regimes zur Vorbereitung und Durchführung der Gesellschafterversammlung (§§ 47 ff GmbHG). An der Kollektiventscheidung ist auch der geschäftsführende Gesellschafter im Grundsatz zu beteiligen: Die als Ausprägung der Mitgliedschaft gewährten Verwaltungsrechte – genannt seien hier nur das Recht, ordnungsgemäß zur Gesellschafterversammlung geladen zu werden (§ 51 Abs. 1 S. 1 GmbHG) und das Recht auf Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung nach § 47 Abs. 1 GmbHG – beeinflussen schon von Gesetzes wegen das Verfahren zur Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers und den – meist unweigerlich – folgenden Rechtsstreit.⁶⁰ Andererseits sind geschäftsführende Gesellschafter – anders als Fremdgeschäftsführer – Adressaten (horizontaler) mitgliedschaftlicher Loyalitäts- und Treuepflichten im Innenverhältnis. Hieraus ergeben sich potentielle Modifizierungen der materiellen Abberufungsvoraussetzungen – und zwar nicht nur dann, wenn die Abberufung als Eingriff in ein mitgliedschaftliches Recht auf die Geschäftsführung zu werten ist.

3. „Importierte“ Rechtsinstitute

Im Übrigen nimmt angesichts der Regelungsarmut des GmbHG die Tendenz nicht wunder, Vorschriften oder gar ganze Regelungskomplexe außerhalb des GmbHG heranzuziehen: Dies gilt namentlich für die Frage der (vorläufigen) Wirksamkeit der Abberufung, die sowohl in §§ 117, 127 HGB als auch in § 84 Abs. 3 S. 4 AktG⁶¹, dem auch Aussagen zu den Grenzen des einstweiligen Rechtsschutzes des GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers entnommen werden⁶², entgegengesetzte Lösungen erfahren hat. Die Rechtsschutzmöglichkeiten des abberufenen Gesellschafter-Geschäftsführers werden von den aktienrechtlichen Regelungen zur Geltendmachung von Beschlussmängeln (§§ 241ff AktG) beeinflusst, die mit einigen – den Strukturunterschieden der Gesellschaftsformen geschuldeten – Besonderheiten im GmbH-Recht Einzug gefunden haben⁶³:

60 Hierzu schon *Fichtner*, BB 1962, 822ff.

61 Vgl. zu der Bedeutung dieser Vorschrift bei der Abberufung des GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers etwa *Fleck*, GmbHR 1970, 221, 228; *Fischer*, FS-Schmidt, S. 117, 125; *Grunewald*, FS-Zöllner, S. 177, 186.

62 Vgl. hierzu nur *Damm*, ZHR 154 (1990), 403, 428 und *Littbarski*, Einstw. Rechtsschutz im GesR, S. 150ff.

63 Grundlegend zur Anwendbarkeit des Beschlussmängelrechts im GmbH-Recht: BGH, Urteil vom 16.12.1953 - II ZR 167/52, NJW 1954, 385 und BGH, Urteil

Insbesondere die dem Aktienrecht entlehnte Anfechtungsklage steht in erster Linie *Gesellschaftern* als mitgliedschaftliches Kontrollrecht zur Verfügung.⁶⁴ Im Übrigen können Gesellschafter-Geschäftsführer von mitgliedschaftlichen Sonderrechten auf die Geschäftsführung profitieren: Dann ist § 35 BGB⁶⁵ zu beachten, der den Entzug von Sonderrechten ohne Zustimmung des Inhabers verbietet und im Grundsatz geeignet ist, erhebliche Modifikationen des gesetzlichen Abberufungsregimes zu bewirken.⁶⁶

4. Fazit

Die Regelungen des GmbHG unterscheiden nicht explizit zwischen der Abberufung des Gesellschafter- und Fremdgeschäftsführers. Ebenfalls mangelt es an einer spezifisch abberufungsbezogenen Unterscheidung zwischen den – zuvor beschriebenen – Konstellationen der Selbstorganschaft. Modifizierungen des gesetzlichen Abberufungsregimes sind demnach vor allem aufgrund (allgemeiner) mitgliedschaftlicher Rechte und Pflichten sowie „importierter“ Rechtsinstitute, die größtenteils ebenfalls zumindest als mitgliedschaftsbezogen gelten müssen⁶⁷, denkbar.

VI. Die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers als rechtspolitisches Problem

Es liegt auf der Hand, dass die wenigen, kaum differenzierten Regelungen des GmbHG – vor allem angesichts der unterschiedlichen Ausprägungen der Machtstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers – nicht sämtliche abberufungsbezogene Problembereiche erschöpfend zu behandeln vermögen⁶⁸ und auch die

vom 11.2.2008 - II ZR 187/08, DStR 2008, 684, 685 (m. w. N.). Zusammenfassend: K. Schmidt, GesR, §§ 28 IV 5, 36 III 4a).

64 Vgl. BGH, Urteil vom 28.1.1980 - II ZR 84/79, NJW 1980, 1527, 1528; BGH, Urteil vom 11.2.2008 - II ZR 187/06, NZG 2008, 317, 318; Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 43; Däubler, GmbHR 1968, 4, 8; Ulmer/Paefgen, § 38 Rn. 91; Michalski/Römermann, Anh. § 47 Rn. 428; Hachenburg/Stein, § 38 Rn. 97.

65 Zwar soll § 35 BGB auch im GmbH-Recht *unmittelbare* Anwendung finden, doch rechtfertigt der Standort der Vorschrift im BGB die Einordnung als „importierte“ Regelung (i. w. S.).

66 Vgl. hierzu Schneider, ZGR 1983, 535, 536.

67 Dies gilt vor allem für das Sonderrecht auf die Geschäftsführung gemäß § 35 BGB und die grds. an die Gesellschafterstellung gekoppelte Anfechtungsbefugnis.

68 Fleck, GmbHR 1970, 221.

Übernahme von Vorschriften oder Normkomplexen außerhalb des GmbHG nicht reibungsfrei verlaufen kann, mitunter sogar als „unpraktikabel“⁶⁹ angesehen wird. Ist der Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter, so sollen einzelne abberufungsbezogene Problembereiche „in einem anderen Licht“ erscheinen und „zusätzliche Fragen“ aufgeworfen werden.⁷⁰ Sofern sich die Rechtsprechung im Angesicht der Regelungsarmut und im Bestreben nach einer interessengerechten Lösung um „Lückenausfüllung“ bemüht, bewegt sie sich stets am Rande unzulässiger Rechtsfortbildung und setzt sich dem Vorwurf aus, *contra legem* zu urteilen.⁷¹ Die geltenden Vorschriften werden – etwa aufgrund des Zuschnitts auf das historische Leitbild der Fremddorganschaft – als „nicht recht passend empfunden“.⁷² Im Hinblick auf einzelne Regelungsbereiche bei der Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers werden mitunter gar *de lege lata* „unüberwindbare Schwierigkeiten“⁷³ konstatiert, deren interessengerechte Lösung nur dem Gesetzgeber gelingen könne⁷⁴, oder zumindest „erhebliche Probleme“⁷⁵ erkannt, denen durch gesellschaftsvertragliche Gestaltungen beizukommen sei. Damit einher geht die Wahrnehmung der Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers als rechtspolitisches Problem – vor allem und aus traditionellem Blickwinkel – in der personalistisch gestalteten GmbH⁷⁶ und zunehmend auch aus Sicht privater oder institutioneller Investoren im Hinblick auf kapitalistisch (um-)strukturierten GmbHs.⁷⁷ Die rechtspolitische Dimension zeigt sich nicht zuletzt daran, dass sich über einen Zeitraum von mehreren Jahrzehnten drei Mitglieder und (stellvertretende) Vorsitzende des 2. Zivilsenats, namentlich *Robert Fischer*⁷⁸, *Hans-Joachim Fleck*⁷⁹ und *Wulf Goette*⁸⁰ verpflichtet gefühlt haben, sich zu verschiedenen Aspekten des Themas – abseits der Senatsrechtsprechung – zu äußern und damit gleichsam einen Dialog mit der Wissenschaft anzustoßen.

69 *Fichtner*, BB 1962, 822, 823.

70 *Schneider*, ZGR 1983, 535, 536.

71 *Meilicke*, DB 1994, 1761.

72 *Grunewald*, FS-Zöllner, S. 177.

73 *Fischer*, FS-Schmidt, S. 117, 121.

74 Vgl. auch *Fleck*, GmbHR 1970, 221, 229.

75 *Frrhr. v. Schnurbein/Neufeld*, BB 2011, 585, 591.

76 *Fischer*, FS-Schmidt, S. 117, 120f.

77 Vgl. hierzu *Kreklau*, GmbHR 2007, 365, 266; *Meilicke*, DB 1994, 1761ff.

78 FS-Schmidt, S. 117, 121.

79 GmbHR 1970, 221ff.

80 DStR 1994, 214.

VII. Gegenstand der Dissertation

Die folgende Untersuchung beschäftigt sich mit der Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers bei der – in der Praxis vorherrschenden – nicht mitbestimmten GmbH und den damit typischerweise einhergehenden Maßnahmen sowie Fragen des Rechtsschutzes im Zusammenhang mit der Abberufung. Das Hauptaugenmerk liegt auf der Frage, welchen Einfluss die besondere Stellung des Gesellschafter-Geschäftsführers in der GmbH auf das Verfahren, die materiellen Anforderungen der Abberufung sowie den (einstweiligen) Rechtsschutz hat. Insoweit wird zu untersuchen sein, ob und inwieweit im Zusammenhang mit Abberufungsmaßnahmen Besonderheiten zu den für Fremdgeschäftsführer bestehenden Regeln gelten, die es rechtfertigen, von einem einheitlichen Abberufungsregime für den Gesellschafter-Geschäftsführer im Sinne eines vom Gesetzeswortlaut zumindest partiell losgelösten Sonderrechts zu sprechen. Anders als Untersuchungen zur Konfliktlösung in der Zweipersonen-GmbH⁸¹ beschränkt sich diese Arbeit nicht auf einen bestimmten Realtypus der GmbH und die damit einhergehenden Konflikte („Pattsituation“, „Deadlock“), sondern berücksichtigt sämtliche Erscheinungsformen der Mehrpersonen-GmbH (personalistische und kapitalistische GmbH) und des Gesellschafter-Geschäftsführers (Minderheits-, Mehrheitsgeschäftsführer und Sonderrechtsinhaber) und die damit einhergehenden unterschiedlichen Interessenlagen bei der Abberufung. Ausgespart werden mit der Abberufung einhergehende Folgemaßnahmen, die nicht dem Gesellschaftsrecht i. e. S. zuzuordnen sind, namentlich die dem Vertragsrecht unterliegende Kündigung des Anstellungsverhältnisses. Ebenfalls ausgeklammert wird die in jüngerer Vergangenheit in Mode gekommene Selbstabberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers in der Einpersonen-GmbH, die als Alternative zur Amtsniederlegung im Wesentlichen den hierzu entwickelten materiell-rechtlichen Voraussetzungen und Einschränkungen unterliegt.⁸²

81 Vgl. hierzu *Knies*, Patt zwischen den Gesellschaftern der zweigliedrigen GmbH, S. 2 ff; *Reher*, Zweipersonen-GmbH, S. 5 ff; v. *Kottwitz*, Konfliktaustragung, S. 1 ff. Ebenfalls mit eingeschränktem Untersuchungsauftrag (und im Übrigen ohne Berücksichtigung der treuepflichtbedingten Abberufungseinschränkungen): *Thanos*, Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers in der personalistischen GmbH, S. 1 ff. Vgl. auch die Aufsätze von *Wolf*, ZGR 1998, 92, 93; *Schneider*, FS-Kellermann, S. 404, 407.

82 OLG Zweibrücken, Beschluss vom 15.2.2006 - 3 W 209/05, GmbHR 2006, 430; OLG München, Beschluss vom 16.3.2011 - 31 Wx 64/11, BeckRS 2011, 06477; *Lohr*, DStR 2002, 2173, 2182. Vgl. auch *Wachter*, GmbHR 2001, 1129, 1133.

VIII. Untersuchungsprogramm

Die Arbeit beginnt mit der Behandlung der materiellen Voraussetzungen der Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers nach dem gesetzlichen Normalstatut des § 38 Abs. 1 GmbHG (**Kapitel B**). Von besonderer Bedeutung ist hierbei die Frage, ob und inwieweit der Grundsatz der freien Abberufung für Gesellschafter-Geschäftsführer eingeschränkt werden muss, weil die Mitgesellschafter (aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht resultierenden) Rücksichtnahmepflichten unterliegen.

Das nachfolgende **Kapitel C** widmet sich der Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers nach § 38 Abs. 2 GmbHG, das sich im Schwerpunkt mit der Frage auseinandersetzt, ob bei der Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers aus wichtigem Grund – im Grundsatz und fallgruppenabhängig – andere Grundsätze gelten als bei der Abberufung des Fremdgeschäftsführers. Insbesondere gilt es, die Reichweite mitgliedschaftlicher (Treue-)Bindungen im Anwendungsbereich des § 38 Abs. 2 GmbHG zu untersuchen. Abschließend wird geklärt, ob Gesellschafter-Geschäftsführer aufgrund von Verhaltensweisen abberufen werden können, die nicht der Geschäftsleitung, sondern der Gesellschaftersphäre zuzuordnen sind.

Kapitel D behandelt die verfahrensrechtlichen Anforderungen an die ordnungsgemäße und wirksame Abberufung: Insbesondere wird die ordnungsgemäße Durchführung der Gesellschafterversammlung zu thematisieren sein, wobei vor allem die dogmatische Verortung sowie die inhaltliche Reichweite des Gesellschafter-Stimmrechts und -verbots bei der Abberufung einer eingehenden Erörterung bedarf. Da das rechtliche Regime sowohl für den Abberufenen als auch für die Mitgesellschafter Gefahren und Nachteile birgt und deshalb vielfach von den Beteiligten umgangen wird, schließt das Kapitel mit einer Analyse der Strategien zur Umgehung des Stimmrechts und -verbots.

Kapitel E widmet sich zunächst den unmittelbaren Rechtswirkungen der Abberufung des sonderrechtslosen Gesellschafter-Geschäftsführers bei der Abberufung aus wichtigem Grund. Da das GmbHG zum Themenkreis der sog. vorläufigen Wirksamkeit der Abberufung keine explizite Lösung bietet, werden zunächst die gesetzlichen, diametral entgegengesetzten Lösungsmechanismen des Personengesellschafts- und Aktienrechts (§§ 117, 127 HGB, § 84 Abs. 3 S. 4 AktG) sowie alternative Lösungsmodelle vorgestellt und analysiert. Hierbei wird auch die gemeinhin vernachlässigte Rechtslage nach der aus anderen Gründen (etwa aufgrund von Verfahrensfehlern oder Treuepflichtverstößen) streitigen Abberufung behandelt.

Die Tragweite der mehrdimensionalen Schwebelage nach der strittigen Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers wird erst deutlich, wenn man sich

die Implikationen der Schwebelage für die Rechtsstellung des Abberufenen im Innen- und Außenverhältnis sowie die Haftungsgefahren für den Abberufenen und die GmbH vergegenwärtigt. Dies ist Gegenstand der in **Kapitel F** erfolgenden Untersuchung.

Da Streitigkeiten über die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers weit überwiegend gerichtlich ausgetragen werden, wäre die Arbeit ohne eine Erörterung des unvermeidlichen Abberufungsprozesses unvollständig (**Kapitel G**). Neben den aus dem Aktienrecht bekannten Klagearten bedarf die Beschlussfeststellungsklage als besondere Klageart des GmbH-Rechts im Hinblick auf ihren Anwendungsbereich einer eingehenden Untersuchung, da diese die herkömmlichen kassatorischen Klagen bei Abberufungsstreitigkeiten mit dem Gesellschafter-Geschäftsführer teilweise verdrängt.

Die Schwebelage nach dem Abberufungsbeschluss bedingt die Popularität der Interimslösungen des einstweiligen Rechtsschutzes (**Kapitel H**). Hierbei sind präventive (beschlussverhindernde) Maßnahmen ebenso denkbar wie nachträgliche (vollzugsverhindernde) Verfügungen, deren Erfolg indes davon abhängt, ob generelle Bedenken (z. B. gegenüber richterlichen Eingriffen in die Verbandsautonomie) ausgeräumt werden können und ob die im Einzelnen zu untersuchenden Anforderungen an die Glaubhaftmachung insbesondere des Verfügungsgrundes genüge getan wird.

In **Kapitel I** wird schließlich die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers behandelt, dem ein mitgliedschaftliches Sonderrecht auf die Geschäftsführung gewährt wurde. Hierbei ist insbesondere zu eruieren, welche konstitutiven Merkmale zur Begründung eines solchen Rechts erforderlich sind und inwieweit es bei der Abberufung des Sonderrechtsinhabers zu Modifikationen des gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Abberufungsregimes kommt.

Abgeschlossen wird die Arbeit mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (**Kapitel J**). Angesichts der rechtspolitischen Reichweite des Themas sind im Ausblick Möglichkeiten zur Neuausrichtung der Abberufungsregelungen zu erörtern (**Kapitel K**).