

Großkommentare der Praxis



Hachenburg

Gesetz

betreffend die

**Gesellschaften
mit beschränkter Haftung
(GmbHG)**

Großkommentar

8., neubearbeitete Auflage

herausgegeben von

Peter Ulmer

Zweiter Band

§§ 35–52



1997

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Erscheinungsdaten der Lieferungen:

§§ 35–44 (8. Lieferung)

Dezember 1996

§§ 45–52 (3. Lieferung)

März 1991

Zitiervorschlag z. B.: Hachenburg/Ulmer GmbHG § 1 Rdn 18

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) : Grosskommentar / Hachenburg. Hrsg. von Peter Ulmer. – Berlin ; New York : de Gruyter.

(Grosskommentare der Praxis)

Teilw. verf. von Carl Hans Barz ... Georg Hohner ... – 6. Aufl. u. d. T.: Hachenburg, Max: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

NE: Hachenburg, Max; Barz, Hans Carl; Hohner, Georg; Ulmer, Peter [Hrsg.]

Bd. 2. §§ 35–52. – 8., neubearb. Aufl. / Bearb.: Peter Behrens ... – 1997

Abschlussaufnahme von Bd. 2.

ISBN 3-11-015596-6

NE: Behrens, Peter [Bearb.]

© Copyright 1996 by Walter de Gruyter & Co., D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Satz und Druck: Arthur Collignon GmbH, Berlin

Bindarbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, Berlin

Bearbeiter der 8. Auflage:

Professor Dr. *Peter Behrens*, Hamburg

Dr. Dr. h. c. *Reinhard Goerdeler* (†), Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwalt,
Frankfurt/M.

Dr. *Irmgard Heinrich*, Notarin, Hamburg

Dr. *Georg Hohner*, Rechtsanwalt und Notar, Frankfurt/M.

(unter Mitarbeit von Dr. *Rainer Bommert*, Rechtsanwalt, Frankfurt/M.)

Professor Dr. *Uwe Hüffer*, Bochum

Professor Dr. *Günter Kohlmann*, Köln

Professor Dr. *Hans-Joachim Mertens*, Frankfurt/M.

Dr. *Welf Müller*, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt und Steuerberater,
Frankfurt/M.

Professor Dr. *Thomas Raiser*, Berlin

Professor Dr. *Ursula Stein*, Dresden

Professor Dr. Dr. h. c. *Peter Ulmer*, Heidelberg

Dr. *Jürg Zutt*, Rechtsanwalt, Mannheim

(unter Mitarbeit von Dr. *Martin Winter*, Rechtsanwalt, Mannheim)

Inhaltsübersicht

Dritter Abschnitt

Bearbeiter

Vertretung und Geschäftsführung

§ 35	Vertretung durch Geschäftsführer	
	A. Der dritte Abschnitt des GmbH-Gesetzes	Mertens
	B. Geschäftsführer als Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan	
	C. Anstellungsverhältnis der Geschäftsführer	Stein
	D. Gerichtsstand und Schiedsvereinbarung	
§ 35 a	Angaben auf Geschäftsbriefen	Mertens
§ 36	Wirkung der Vertretung	
§ 37	Beschränkung der Vertretungsbefugnis	
§ 38	Widerruf der Bestellung	Stein
§ 39	Anmeldung der Geschäftsführer	Mertens
§ 40	Liste der Gesellschafter	
	Vorbemerkungen zu §§ 41 ff.	
§ 41	Buchführung; Bilanzpflicht	
§ 42	Bilanzierung	
§ 42 a	Abschlußprüfung	
§ 43	Haftung der Geschäftsführer	
§ 43 a	Kredit aus Gesellschaftsvermögen	Stein
§ 44	Stellvertreter von Geschäftsführern	
§ 45	Rechte der Gesellschafter im allgemeinen	Hüffer
§ 46	Aufgabenkreis der Gesellschafter	
§ 47	Abstimmung	
	Anhang: Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen	Raiser Hüffer
§ 48	Gesellschafterversammlung	
§ 49	Einberufung der Versammlung	
§ 50	Minderheitsrechte	
§ 51	Form der Einberufung	
§ 51 a	Auskunfts- und Einsichtsrecht	
§ 51 b	Gerichtliche Entscheidung über das Auskunfts- und Einsichtsrecht	
§ 52	Aufsichtsrat	Raiser

Dritter Abschnitt

Vertretung und Geschäftsführung

§ 35

(1) Die Gesellschaft wird durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten.

(2) Dieselben haben in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Form ihre Willenserklärungen kundzugeben und für die Gesellschaft zu zeichnen. Ist nichts darüber bestimmt, so muß die Erklärung und Zeichnung durch sämtliche Geschäftsführer erfolgen. Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so genügt es, wenn dieselbe an einen der Geschäftsführer erfolgt.

(3) Die Zeichnung geschieht in der Weise, daß die Zeichnenden zu der Firma der Gesellschaft ihre Namensunterschrift beifügen.

(4) Befinden sich alle Geschäftsanteile der Gesellschaft in der Hand eines Gesellschafters oder daneben in der Hand der Gesellschaft und ist er zugleich deren alleiniger Geschäftsführer, so ist auf seine Rechtsgeschäfte mit der Gesellschaft § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzuwenden. Rechtsgeschäfte zwischen ihm und der von ihm vertretenen Gesellschaft sind, auch wenn er nicht alleiniger Geschäftsführer ist, unverzüglich nach ihrer Vornahme in eine Niederschrift aufzunehmen.

Übersicht

	Rdn		Rdn
A. Der dritte Abschnitt des GmbH-Gesetzes	1	3. Gesellschaftsvertragliche Eignungsvoraussetzungen	18
I. Gesetzliche Grundlage der GmbH-Verfassung	1	a) In nicht oder nach dem BetrVG 1952 mitbestimmten Gesellschaften	18
II. Die gesetzliche Regelung der Rechtsstellung der Geschäftsführer	2	b) In mitbestimmten Gesellschaften mit paritätischer Zusammensetzung des Aufsichtsrats	19
III. Organisationsrecht der GmbH und Mitbestimmung	4	4. Fehlen oder Wegfall gesellschaftsvertraglicher Eignungsvoraussetzungen	21
IV. Gesetzgebungsgeschichte des § 35	5	III. Die Bestellung des Geschäftsführers	22
B. Geschäftsführer als Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan	6	1. Rechtsnatur; Bestellung und Anstellungsverhältnis	22
I. Die Geschäftsführer als notwendiges Organ	6	2. Bestellung der Geschäftsführer in der nichtmitbestimmten und in der eindrittelmitbestimmten GmbH	25
1. Die Bezeichnung Geschäftsführer	6	3. Bestellung der Geschäftsführer in der GmbH mit paritätisch besetztem Aufsichtsrat	26
2. Erforderlichkeit von Geschäftsführern	7	a) Maßgebliche Vorschriften	26
3. Zahl der Geschäftsführer	9	b) Bestellung und Anstellung durch den Aufsichtsrat	27
4. Fehlen der nach Gesetz oder Satzung erforderlichen Anzahl von Geschäftsführern	10	c) Die Bestellung des Arbeitsdirektors	29
5. Überschreitung der Höchstzahl	11	4. Bestellung eines Notgeschäftsführers	32
II. Eignungsvoraussetzungen für Geschäftsführer	12		
1. Gesetzliche Eignungsvoraussetzungen	12		
2. Rechtsfolgen bei Fehlen oder Wegfall der gesetzlichen Voraussetzungen	17		

	Rdn		Rdn
a) Voraussetzungen	32	b) Gesamtvertretung durch einen Teil der Geschäftsführer	82
b) Verfahren	35	c) Einzelvertretung	83
c) Erlöschen	38	d) Unechte Gesamtvertretung	84
d) Eintragung in das Handelsregister	39	aa) Stellung des Prokuristen	85
e) Verhältnis des Notgeschäftsführers zur Gesellschaft	40	bb) Mögliche Regelungen und Grenzen der Zulässigkeit	86
5. Der fehlerhaft bestellte Geschäftsführer	41	10. Ausübung der Gesamtvertretungsbefugnis	88
IV. Geschäftsführer als Vertretungsorgan	42	a) Überblick über die verschiedenen Ausübungsformen	88
1. Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis	42	b) Gesamtvertretung durch gemeinschaftliche Abgabe von Willenserklärungen	89
2. Begriff und Wirkung der Vertretung	43	c) Gesamtvertretung durch externe Teilerklärungen	90
3. Vertretung und gesellschaftsinterne Maßnahmen	45	d) Einzelvertretung eines Gesamtvertreters mit Zustimmung der anderen	91
4. Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern	46	e) Einzelermächtigung von Gesamtvertretern	96
5. Umfang und Grenzen der Vertretungsmacht	47	aa) Erteilung der Ermächtigung	97
a) Begrenzung der Vertretungsmacht durch Vertretungsbefugnisse anderer Organe	48	bb) Bestimmtheitsgrundsatz	99
b) Die Zustimmung des Aufsichtsrats nach §§ 15 MitbestErgG und 32 MitbestG als Beschränkung der Vertretungsmacht der Geschäftsführer	55	cc) Rechtsnatur der Ermächtigung	100
c) Gesellschafterbeschluß als Voraussetzung eines Vertretungsaktes	56	dd) Widerruf der Ermächtigung	101
6. Begrenzung der Vertretungsmacht durch § 181 BGB	57	f) Abgrenzungsfragen	102
a) Ausnahmen vom Selbstkontrahierungsverbot	58	11. Gewillkürte Vertretung	103
b) In-sich-Geschäfte des geschäftsführenden Alleingesellschafters	60	V. Die Geschäftsführer als Geschäftsführungsorgan	105
c) Einmann-GmbH mit weiterem Geschäftsführer	61	1. Die Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsführer	105
d) Unzulässige Umgehung des § 35 Abs. 4	62	2. Geschäftsführung durch mehrere Geschäftsführer	106
e) Abschluß des Anstellungsvertrages bei Fehlen einer Befreiung von § 181 BGB	63	a) Gesamtgeschäftsführungsbefugnis als gesetzlicher Regelfall	106
f) Befreiung	64	b) Abweichungen vom Prinzip der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis	107
g) Genehmigung	66	aa) Geschäftsverteilung	108
h) Erforderlichkeit der Schriftform zu Beweis Zwecken	67	bb) Willensbildung	111
7. Geschäftsführer als gerichtliche Vertreter	69	c) Die Stellung des Arbeitsdirektors	112
8. Die Regelung der Vertretungsbefugnis in § 35 Abs. 2 S. 2 und 3	74	aa) Ressortzuweisung durch Bestellung	112
a) Aktivvertretung	75	bb) Aufgabenbereich	113
b) Passivvertretung	77	cc) Rechtsstellung innerhalb des Vertretungsorgans	114
9. Mögliche abweichende Regelungen der Vertretungsbefugnis	78	dd) Umfang der Vertretungsbefugnis	116
a) Zulässige und unzulässige Gestaltungen	79	ee) Pflichten des Arbeitsdirektors	117
		d) Beschlußverfahren	119
		e) Durchführung der Beschlüsse durch über bestimmte Geschäftsführer	121
		f) Erlaß einer Geschäftsordnung	122

	Rdn		Rdn
VI. Wissens- und Irrtumszurechnung, Willensmängel	123	II. Abschluß und Änderung des Anstellungsvertrages	173
1. Wissenszurechnung	123	1. Vertragsparteien	173
2. Willensmängel	127	a) GmbH	173
VII. Haftung der Gesellschaft für ihre Geschäftsführer	128	b) Drittanstellung	174
1. Haftung nach § 31 BGB und Organisationshaftung der Gesellschaft	128	2. Abschluß- und Änderungskompetenz	176
2. Ausnahmen von der Haftung	129	a) In der nichtmitbestimmten GmbH	176
3. Haftung im Gründungsstadium	130	b) In der mitbestimmten GmbH	179
4. Sachzusammenhang mit dem Aufgabenbereich des Geschäftsführers	131	III. Form des Anstellungsvertrages	186
5. Einstehenmüssen der Gesellschaft für Geschäftsführer außerhalb des § 31 BGB	134	IV. Fehlerhafter Anstellungsvertrag	188
C. Das Anstellungsverhältnis der Geschäftsführer	136	V. Anstellungsvertrag mit einem Arbeitnehmer der Gesellschaft	190
I. Rechtliche Qualifikation der Geschäftsführerstellung	136	VI. Rechte des Geschäftsführers aus dem Anstellungsvertrag	191
1. Rechtsgrundlagen der Geschäftsführerstellung	136	1. Vergütung	191
2. Typendifferenzierung zwischen Geschäftsführern	137	a) Vergütungsanspruch	191
a) Gesellschafter-Geschäftsführer und Fremdgeschäftsführer	137	b) Art und Höhe der Vergütung	192
b) Abhängige Geschäftsführer und Unternehmer-Geschäftsführer	138	c) Angemessene Vergütung bei fehlender Vereinbarung	196
c) Die Typendifferenzierung in den einzelnen Rechtsgebieten	140	d) Angemessene Vergütung des Notgeschäftsführers	197
aa) Sozialversicherungsrecht	140	e) Erfüllungsort	198
bb) Betriebliche Altersversorgung	147	f) Verjährung	199
cc) Steuerrecht	154	g) Anpassung bei wesentlicher Verschlechterung der Lage der Gesellschaft	200
3. Schuldrechtliche Einordnung des Anstellungsverhältnisses	160	h) Anspruch auf Gehaltserhöhung	201
4. Anstellungsvertrag und Organisationsrecht der Gesellschaft	161	aa) Anpassungsanspruch aufgrund vertraglicher Anpassungsklauseln	202
a) Festlegung von Geschäftsführungsbefugnissen im Anstellungsvertrag nach dem Normalstatut der GmbH	161	bb) Anpassungsanspruch aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten	203
b) Anstellungsvertragliche Regelung von Geschäftsführungsbefugnissen durch den Aufsichtsrat	163	i) Leistungsstörungen	205
c) Verhältnis von Satzung und Anstellungsvertrag	164	j) Die Vergütung in Zwangsvollstreckung und Konkurs	213
aa) Grundsätzliches	164	k) Streitwert bei Gehalts- und Pensionsklagen	215
bb) Einzelheiten	166	l) Tantieme	216
cc) Verhältnis korporationsrechtlicher Änderungen zu anstellungsvertraglichen Vereinbarungen	167	aa) Formen	216
5. Treu- und Fürsorgepflicht der Gesellschaft	169	bb) Vertragliche Vereinbarung	219
6. Die Stellung des Geschäftsführers im Arbeitsrecht	170	cc) Entstehung, Fälligkeit und Verjährung	220
7. Der Geschäftsführer in der Sozialversicherung	172	dd) Tantieme bei Eintritt oder Ausscheiden während des Geschäftsjahres	221
		ee) Berechnungsgrundlage	222
		m) Gratifikationen	225
		n) Versorgungslohn	226
		o) Steuerliche Behandlung der Geschäftsführervergütung	227
		aa) Die steuerliche Behandlung des Geschäftsführers	227
		bb) Die steuerliche Behandlung der Gesellschaft	231
		cc) Besonderheiten bei Tantiemen	249

	Rdn		Rdn
dd) Besonderheiten bei der GmbH & Co. KG	257	aa) Die Versteuerung des Ruhegehalts durch den Geschäftsführer	291
ee) Umwandlung einer Personengesellschaft in eine GmbH	260	bb) Die steuerliche Behandlung der Gesellschaft	292
2. Ruhegehalt	261	cc) Besonderheiten bei der GmbH & Co. KG	305
a) Notwendigkeit der Vereinbarung	262	dd) Die Umwandlung der GmbH in eine Personengesellschaft	306
b) Schutz des Ruhegehalts nach dem BetrAVG	264	3. Auslagensatz	307
aa) Unverfallbarkeit	265	4. Urlaub	308
bb) Werterhaltung	267	5. Zeugnis	309
cc) Insolvenzsicherung	271	VII. Pflichten des Geschäftsführers aus dem Anstellungsverhältnis	310
c) Ruhegehaltsanspruch und Ruhegehaltsanwartschaft von Unternehmer-Geschäftsführern	275	1. Pflichtbegründung durch Anstellungsvertrag und Organstellung	310
d) Berechnungsgrundlage	281	2. Spezifisch anstellungsvertragliche Pflichten	311
e) Anrechnung anderweitigen Einkommens	286	a) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	312
f) Entzug oder Kürzung des Ruhegehalts	287	b) Mögliche weitere anstellungsvertragliche Pflichten	321
aa) Pflichtverletzungen des Geschäftsführers	288	3. Erfüllungsort	322
bb) Notlage der Gesellschaft	290	D. Gerichtsstand und Schiedsvereinbarung	323
g) Steuerliche Behandlung des Ruhegehalts	291	1. Rechtsweg und Gerichtsstand	323
		2. Schiedsvereinbarung	328

A. Der dritte Abschnitt des GmbH-Gesetzes

Schrifttum

Ballerstedt Das Mitbestimmungsgesetz zwischen Gesellschafts-, Arbeits- und Unternehmensrecht, ZGR 1977, 134; *Bardorf* Der Gesellschaftereinfluß auf die GmbH-Geschäftsführung nach dem Mitbestimmungsgesetz (1981); *Baums* Der Geschäftsleitungsvertrag (1987); *Boesebeck* Das Weisungsrecht der Gesellschafter einer GmbH, GmbHRdsch 1960, 118; *Eisenhardt* Zum Weisungsrecht der Gesellschafter in der nicht mitbestimmten GmbH, in: Festschr. Pfeiffer (1989) S. 839; *Robert Fischer* Die GmbH in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Pro GmbH (1980) S. 137; *Fitting/Wlotzke/Wißmann* Mitbestimmungsgesetz² (1978); *Fleck* Das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer in der Rechtsprechung des BGH, WM 1994, 1957; Gemeinschaftskommentar Mitbestimmungsgesetz, hrsg. von *Fabricius* (1976 ff); *Gersch/Herget/Marsch/Stützle* GmbH-Reform 1980 (1980); *Hanau/Ulmer* Mitbestimmungsgesetz, Kommentar (1981); *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* Mitbestimmungsgesetz, Kommentar (1978); *Hommelhoff* Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, ZGR 1978, 131; *ders.* Die deutsche GmbH im System der Kapitalgesellschaften im Umbruch (1990); *Hucke* Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH: juristische und ökonomische Analyse (1996); *Immenga* Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970); *Konzen* Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortung in der GmbH und GmbH & Co. KG, NJW 1989, 2977; *Krieger* Personalentscheidungen des Aufsichtsrats (1981); *Limbach* Theorie und Wirklichkeit der GmbH (1966); *Martens* Mehrheits- und Konzernherrschaft in der GmbH (1970); *Meilicke/Meilicke* Mitbestimmungsgesetz² (1976); *Mertens* Die Verfassung der GmbH, in: Probleme der GmbH-Reform (1970) S. 96; *ders.* Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats, ZGR 1977, 270; *MünchHdbGesR III-Marsch-Barner/Diekmann* (1996) 8. Kapitel §§ 41–45; *Overlack* Der Einfluß der Gesellschafter auf die Geschäftsführung in der mitbestimmten GmbH, ZHR 141 (1977) 128; *Raiser* Mitbestimmungsgesetz, Kommentar² (1984); *ders.* Recht der Kapitalgesellschaften² (1992); *Reuter/König* Mitbestimmung und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit, ZHR 140 (1976) 494; *Rohleder* Die Übertragbarkeit von Kompetenzen auf GmbH-Beiräte (1991); *Schiessl* Gesellschafts- und mit-

bestimmungsrechtliche Probleme der Spartenorganisation (Divisionalisierung), ZGR 1992, 64; U. H. Schneider GmbH und GmbH & Co. KG in der Mitbestimmung, ZGR 1977, 335; Spiel/Piesker Der Geschäftsbereich des Arbeitsdirektors (1983); Sudhoff/Sudhoff Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH und einer GmbH & Co. KG, 14. Aufl. (1994); Theisen Die Aufgabenverteilung in der mitbestimmten GmbH (1980); Ulmer Der Einfluß des Mitbestimmungsgesetzes auf die Struktur von AG und GmbH (1979); van Venrooy Beeinträchtigung der dienstvertraglichen Freistellung des GmbH-Geschäftsführers von Weisungen durch den GmbH-Gesellschaftsvertrag und durch Gesellschafterbeschlüsse, GmbHHRdsch 1982, 175; Vollmer Die mitbestimmte GmbH, ZGR 1979, 135; Wendeling-Schröder Divisionalisierung, Mitbestimmung und Tarifvertrag (1984); Wiedemann Das Mitbestimmungsgesetz zwischen Gesellschafts-, Arbeits- und Unternehmensrecht, ZGR 1977, 160; Zitzmann Die Vorlagepflichten des GmbH-Geschäftsführers (1991); Zöllner GmbH und GmbH & Co. KG in der Mitbestimmung, ZGR 1977, 319. S. auch die Angaben vor Rdn 42, 105, 123, 128 sowie bei § 37 vor Rdn 1.

I. Gesetzliche Grundlage der GmbH-Verfassung

Im dritten Abschnitt behandelt das Gesetz unter der Überschrift „Vertretung und Geschäftsführung“ die Rechtsstellung der Geschäftsführer und der Gesellschafter und deren Verhältnis zueinander. Insofern bildet dieser Abschnitt die wesentliche gesetzliche Grundlage der Verfassung der GmbH, die maßgeblich von dem Prinzip beherrscht wird, daß die Gesellschafter das oberste Organ der Gesellschaft sind und in den Grenzen des zwingenden Rechts und der Satzung auch die Geschäftsführungskompetenz an sich ziehen können (vgl. dazu § 37, 5 ff; § 46, 1, 118)¹. Zur Verfassung und zur gesetzlichen Organisationsstruktur der GmbH vgl. auch § 45, 1 ff, 13 ff sowie § 46, 1 ff.

II. Die gesetzliche Regelung der Rechtsstellung der Geschäftsführer

Mit Vertretung und Geschäftsführung im engeren Sinne befassen sich die §§ 35–44. Insgesamt ist die Rechtsstellung der Geschäftsführer im dritten Abschnitt nur lückenhaft geregelt. Die §§ 35, 36, 37 Abs. 2 betreffen ihre Vertretungsbefugnis, § 37 Abs. 1 ihre Geschäftsführungsbefugnis. § 38 hat den Widerruf ihrer Bestellung zum Gegenstand. Die §§ 35a, 39, 40 enthalten Publizitätspflichten. § 41 normiert die Buchführungspflicht der Geschäftsführer, § 43 bestimmt ihre Sorgfaltspflicht und Haftung, § 43a begrenzt die Kreditgewährung an Leitungspersonen und § 44 stellt die Geschäftsführerstellvertreter den Geschäftsführern gleich. Ergänzt werden diese Vorschriften durch § 6, der nicht nur für das Gründungsstadium gilt, und durch § 46 Nr. 5–8 über die Beschlußzuständigkeit der Gesellschafter in bezug auf Geschäftsführer und Leitungspersonen. Nicht eigentlich in den Zusammenhang des Abschnitts „Vertretung und Geschäftsführung“ gehört § 42, der einige GmbH-spezifische Bilanzierungsgrundsätze aufstellt. § 42a regelt schließlich die Pflichten der Geschäftsführer und Gesellschafter im Zusammenhang mit der Feststellung des Jahresabschlusses und der Beschlußfassung über die Ergebnisverwendung.

Der RegE 1971² (vgl. Ulmer Einl 57) hatte den Versuch unternommen, das Recht der Geschäftsführer in einem eigenen Abschnitt umfassend zu regeln. Insofern als

¹ Vgl. auch Zöllner Festschr. 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992) S. 85, 120 m.w.Nachw.; Zitzmann S. 14 ff.

² Vgl. dazu Barz, Forster, Knur, Limbach, Rehbin-

der, Teichmann GmbH-Reform (1970); Wiethölter, Ulmer, Lutter, Mertens, Würdinger, Rittner, Goerdeler Probleme der GmbH-Reform (1970).

er bestrebt war, das bereits seinerzeit geltende Recht zu dokumentieren, stellt er auch heute noch eine wichtige Auslegungshilfe dar. Die GmbH-Novelle von 1980 (vgl. *Ulmer* Einl 58) brachte demgegenüber nur wenige Gesetzesänderungen im dritten Abschnitt, nämlich die Anordnung der Geltung des § 181 BGB auf die Rechtsgeschäfte des Einmannengeschafter-Geschäftsführers mit der Gesellschaft in § 35 Abs. 4, die Versicherung der Geschäftsführer in der Anmeldung zum Handelsregister nach § 39 Abs. 3, die Regelung der Kreditgewährung an die Geschäftsführer in § 43a, die Protokollierungspflicht des Einmannengeschafter nach § 48 Abs. 3 und das Auskunfts- und Einsichtsrecht der Gesellschafter nach § 51a.

III. Organisationsrecht der GmbH und Mitbestimmung

- 4 Erhebliche Eingriffe in das Organisationsrecht der GmbH enthält das Mitbestimmungsrecht, das für mitbestimmte GmbH einen Aufsichtsrat obligatorisch macht (vgl. dazu im einzelnen Anh. § 52 Rdn 148 ff). In Gesellschaften, die dem Mitbestimmungsgesetz oder dem Montanmitbestimmungsrecht unterfallen, ist als gleichberechtigter Geschäftsführer ein Arbeitsdirektor zu bestellen (vgl. Rdn 16, 27 und 29 ff). Jedoch läßt das Mitbestimmungsrecht – von der Einführung des Arbeitsdirektors und den dem mitbestimmten Aufsichtsrat übertragenen Befugnissen, zu denen nicht nur die Bestellung, sondern auch die Anstellung des Geschäftsführers gehört (vgl. Rdn 27 ff) – die GmbH-Verfassung im Prinzip unberührt (str.; vgl. dazu § 37, 21).

IV. Gesetzgebungsgeschichte des § 35

- 5 Abs. 1–3 von § 35 sind seit 1892 unverändert. Abs. 4 S. 1 ist durch die GmbH-Novelle von 1980 eingefügt worden, Abs. 4 S. 2 durch das Gesetz zur Durchführung der 12. EG-Richtlinie vom 18.12.1991 (BGBl I, 2206).

B. Geschäftsführer als Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan

I. Die Geschäftsführer als notwendiges Organ

1. Die Bezeichnung Geschäftsführer

- 6 Die Bezeichnung „Geschäftsführer“ ist im Rahmen des § 35a und für die Eintragung in das Handelsregister als zwingend anzusehen. Im übrigen steht es der GmbH im Rahmen des wettbewerbsrechtlich Zulässigen frei, ihren Geschäftsführern einen persönlichen Titel wie Mitglied der Geschäftsleitung, Direktor oder Generaldirektor zu geben. Problematisch ist der Titel „Vorstand“, weil er auf eine Aktiengesellschaft hindeutet³. In der Tat ist die Gefahr einer Irreführung des Rechtsverkehrs nicht von der Hand zu weisen. Doch sollten überkommene Satzungsregelungen, in denen die Geschäftsführung als Vorstand bezeichnet wird, Bestandsschutz genießen.

2. Erforderlichkeit von Geschäftsführern

- 7 Die Gesellschaft muß einen oder mehrere Geschäftsführer haben (§ 6 Abs. 1); denn der Geschäftsführer ist **unverzichtbares Handlungsorgan** der Gesellschaft.

³ Er wird deshalb als unzulässig angesehen von *Scholz/Schneider* § 6, 6; *Baumbach/Hueck/Zöllner* 1; für Zulässigkeit dagegen *Rowedder/Ritt-*

ner § 6, 4 und – aber nur bei entsprechender Satzungsbestimmung – *Lutter/Hommelhoff* § 6, 4.

Eine Übertragung der vollen Geschäftsführungsbefugnis auf einen Dritten, sei es durch die Gesellschafter oder den Aufsichtsrat, sei es durch einen Geschäftsführer, ist mit dem Rechtsprinzip der Organschaft unvereinbar⁴. Insbesondere ist die gesetzliche Vertretungsmacht als solche unübertragbar⁵.

Der Bestand der Gesellschaft ist aber auch dann nicht berührt, wenn alle Geschäftsführer wegfallen. Die Angestellten können die Geschäfte im Rahmen der ihnen eingeräumten rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht weiterführen. Doch haben die Gesellschafter unverzüglich für die Ernennung neuer Geschäftsführer zu sorgen. Zeichnet sich ab, daß sie auf Dauer nicht zustande kommen wird, so ist ein wichtiger Auflösungsgrund nach § 61 Abs. 1 gegeben. Dagegen kommt die Auflösung der Gesellschaft im Verwaltungsweg nach § 62 allein wegen der Nichtbestellung von Geschäftsführern nicht in Frage. Gefährden Aktivitäten der geschäftsführerlosen Gesellschaft das Gemeinwohl, so ist zwar anzunehmen, daß das Fehlen eines verantwortlichen Geschäftsführers ein derartiges Tun begünstigt. Auch in diesem Fall ist aber § 62 dem Wortlaut nach nicht gegeben; ebensowenig wäre die Vorschrift des § 89 RegE 1971, die § 62 ersetzen sollte, dem Wortlaut nach anwendbar gewesen; denn hier ist – wie in § 396 AktG – darauf abgestellt, daß sich die Verwaltungsträger der Gesellschaft gesetzeswidrig verhalten und nicht abberufen werden. Eine analoge Anwendung von § 62 im Hinblick darauf, daß die Gesellschafter durch das Unterlassen einer Beschlußfassung über die Bestellung eines Geschäftsführers die Gemeinwohlgefährdung zu verantworten haben, dürfte wegen des Eingriffscharakters dieser Vorschrift allenfalls in eindeutigen Umgehungsfällen gerechtfertigt sein. Die Ablaufhemmung von Verjährungsfristen bei Mangel gesetzlicher Vertretung nach § 206 Abs. 1 BGB gilt nicht zugunsten einer geschäftsführerlosen GmbH⁶.

3. Zahl der Geschäftsführer

Das Gesetz schreibt nicht vor, wieviele Geschäftsführer eine GmbH haben muß. Doch ergibt sich aus § 33 Abs. 1 S. 1 MitbestG, § 13 MontanMitbestG und § 13 MontanMitbestErgG, daß die diesen Gesetzen unterliegenden Gesellschaften mit beschränkter Haftung mindestens zwei Geschäftsführer haben müssen⁷. Denn nach diesen Vorschriften ist ein Arbeitsdirektor als gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs zu bestellen. Die Satzung der GmbH kann eine bestimmte Anzahl von Geschäftsführern vorsehen oder Regeln darüber festlegen, nach denen diese Zahl bestimmt wird.

4. Fehlen der nach Gesetz oder Satzung erforderlichen Anzahl von Geschäftsführern

Sind nicht so viele Geschäftsführer vorhanden wie nach Gesetz oder Satzung erforderlich, so bleibt die Gesellschaft in dem Maße gesetzlich vertretbar, wie die

⁴ BGHZ 13, 61, 65 = NJW 1954, 1158; 64, 72, 76 = LM Nr. 18 zu § 181 BGB = NJW 1975, 1117; BGH WM 1975, 790, 791; WM 1976, 1246; Kuhn WM 1978, 598, 605.

⁵ Zur Frage einer gewillkürten Vertretung der Gesellschaft kraft einer von der Gesellschaft erteilten Generalvollmacht vgl. Rdn 103.

⁶ RGZ 156, 291, 300.

⁷ Raiser MitbestG² (1984) § 33, 6; Mertens-Köln-KommAktG² (1996) Anh. § 117 B § 33 MitbestG, 4; aA für § 33 MitbestG nur Overlack ZHR 141 (1977) 125, 128 f.

Vertretungsmacht der noch vorhandenen Geschäftsführer reicht⁸. Eine Erstarkung der Vertretungsmacht dieser Geschäftsführer tritt nicht ein, gegebenenfalls auch nicht ihre Befreiung von der Bindung an die Mitwirkung eines Prokuristen (Rdn 86).

5. Überschreitung der Höchstzahl

- 11** Bestellt die **Gesellschafterversammlung** mehr Geschäftsführer als im Gesellschaftsvertrag vorgesehen, so ist ihr Beschluß anfechtbar. Die wirksame Anfechtung des Bestellungsbeschlusses vernichtet die Bestellung aber nur mit Wirkung ex nunc. Das gleiche gilt für die überzählige Ernennung eines Geschäftsführers durch den im Geltungsbereich des Mitbestimmungsrechts dafür zwingend zuständigen Aufsichtsrat. Vgl. auch § 6, 6.

II. Eignungsvoraussetzungen für Geschäftsführer

1. Gesetzliche Eignungsvoraussetzungen

- 12** Zu den Eignungsvoraussetzungen für Geschäftsführer vgl. § 6 Abs. 2 sowie die Kommentierung zu dieser Vorschrift in § 6, 8 ff.
- 13** Kraft **Verfassungsrechts** sind der Bundespräsident (Art. 55 Abs. 2 GG), Mitglieder der Bundesregierung (Art. 66 GG) und nach Maßgabe der Länderverfassungen meist auch die Mitglieder der Landesregierungen als Geschäftsführer ausgeschlossen.
- 14** **Beamte** dürfen sich nur mit beamtenrechtlicher Genehmigung zum Geschäftsführer bestellen lassen (§ 65 Abs. 1 Nr. 3 BBG sowie die entsprechenden Bestimmungen der Landesbeamtengesetze (§ 77 Abs. 1 Nr. 3 Baden-Württemberg, Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 Bayern, § 79 Abs. 1 Nr. 4 Hessen, § 73 Abs. 1 Nr. 4 Niedersachsen, § 76 Abs. 1 Nr. 3 Nordrhein-Westfalen, § 73 Abs. 1 Nr. 3 Rheinland-Pfalz, § 81 Abs. 1 Nr. 3 Schleswig-Holstein). Das Fehlen der beamtenrechtlichen Genehmigung verhindert die Wirksamkeit einer Bestellung aber nicht und ist vom Registerrichter nicht zu beanstanden⁹.
- 15** **Mitglieder** eines kraft zwingenden Rechts erforderlichen **Aufsichtsrats** einer GmbH können nur unter den Voraussetzungen des durch § 6 Abs. 2 MitbestG in Bezug genommenen § 105 Abs. 2 AktG vorübergehend zu Geschäftsführern bestellt werden. Im übrigen besteht von Gesetzes wegen keine generelle Inkompatibilität zwischen der Geschäftsführerstellung und der Zugehörigkeit zu einem Aufsichtsorgan oder einem Beirat, und zwar auch dann nicht, wenn die Geschäftsführer keine Gesellschafter sind.
- 16** An die **Qualifikation des Arbeitsdirektors** in den mitbestimmten Gesellschaften stellt das Gesetz keine spezifischen Anforderungen. Insbesondere schließt es die Bestellung eines Gesellschafters zum Arbeitsdirektor nicht aus. Nur kann der Arbeitsdirektor nicht zugleich dem Betriebsrat angehören, da er als Organmitglied in diesen nicht wählbar ist¹⁰. Das Gesetz verlangt auch keine besondere Vertrauensbeziehung zwischen dem Arbeitsdirektor und der Belegschaft¹¹.

⁸ Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 76, 30; Mertens-KölnKommAktG² (1988) § 76, 95 ff.

⁹ Vgl. für Vorstandsmitglieder Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 84, 20; Mertens-KölnKommAktG² (1988) § 76, 114.

¹⁰ Hoffmann/Lehmann/Weinmann § 33, 41; Raiser MitbestG² (1984) § 33, 7.

¹¹ So aber Fitting/Wlotzke/Wißmann² § 33, 19; Ruberg AuR 1979, 129; vgl. demgegenüber Mertens-KölnKommAktG² (1996) Anh. § 117 B § 33 MitbestG, 5.

2. Rechtsfolgen bei Fehlen oder Wegfall der gesetzlichen Voraussetzungen

Sind die gesetzlichen Voraussetzungen nicht gegeben, so ist die Bestellung zum Geschäftsführer **nichtig**, entfallen sie, so ist der Betreffende nicht länger Geschäftsführer (zur fehlerhaften Bestellung vgl. Rdn 41)¹². Wird die Beendigung der Bestellung wegen Geschäftsunfähigkeit nicht in das Handelsregister eingetragen, so kann sich der Rechtsvertreter nach § 15 Abs. 1 HGB zwar auf deren Fortbestand, nicht aber auf die Geschäftsfähigkeit verlassen. Nach BGHZ 115, 78, 81 ff soll dennoch eine Rechtsscheinhafung der GmbH in Betracht kommen, wenn die Geschäftsunfähigkeit für die Gesellschafter erkennbar war und sie gleichwohl untätig geblieben seien. Die Bestellung des Geschäftsführers zum Mitglied eines kraft zwingenden Rechts erforderlichen Aufsichtsrats führt wegen § 105 Abs. 1 AktG nicht zum Erlöschen der Geschäftsführerstellung, weil sie selbst nichtig ist, wenn der Geschäftsführer im vorgesehenen Zeitpunkt sein Amt nicht niedergelegt hat¹³. 17

3. Gesellschaftsvertragliche Eignungsvoraussetzungen

a) **In nicht oder nach dem BetrVG 1952 mitbestimmten Gesellschaften.** Die Satzung nichtmitbestimmter oder eindrittelmitbestimmter Gesellschaften kann Qualifikationsvoraussetzungen für Geschäftsführer in **grundsätzlich beliebigem Umfang** festlegen¹⁴. Demgegenüber hat *Reuter*¹⁵ unter Hinweis auf die sonderrechtsähnlichen Wirkungen, die Bestellungskriterien für die Auswahl von Geschäftsführern haben können, die Forderung aufgestellt, daß in den von ihm so bezeichneten Satzungsgesellschaften – Gesellschaften, die ihrem Typ nach auf einen unbestimmten Personenkreis und auf eine die Gesellschafter überdauernde Perpetuierung des Unternehmens angelegt sind –, Wahl und Abberufung der freien Auswahl der Gesellschafter oder des sonst in Betracht kommenden Bestellungsorgans überlassen sein müßten. *Reuter* ist entgegenzuhalten, daß das Recht auf Geschäftsführung oder auf Bestellung eines Geschäftsführers als Herrschaftsrecht ausgestaltet und einem GmbH-Gesellschafter in der Satzung als Sondervorteil zugestanden werden kann. Grundsätzlich steht der von *Reuter* befürworteten Eingrenzung der Vertragsautonomie der Gesellschafter in Satzungsgesellschaften entgegen, daß das Gesetz die von *Reuter* zugrunde gelegte Einteilung in Satzungs- und Vertragsgesellschaften nicht kennt. Auch sind die von ihm angegebenen Unterscheidungsmerkmale zwar für eine typologische Differenzierung ausreichend, nicht aber für eine Klassifikation, die deutlich genug wäre, um in einer die Rechtssicherheit stark berührenden Frage eine Rechtsfolgendifferenzierung zu erlauben. Das Gesetz erkennt den Gesellschaftsvertrag als Instrument zur Individualisierung des von den Anteilseignern betriebenen Unternehmens auch dann an, wenn in ihm die körperschaftlichen Elemente überwiegen. 18

b) **In mitbestimmten Gesellschaften mit paritätischer Zusammensetzung des Aufsichtsrats.** Der Gesellschaftsvertrag kann im Rahmen gewisser Voraussetzungen auch in mitbestimmten Gesellschaften mit paritätischer Zusammensetzung des Aufsichtsrats Voraussetzungen für die Bestellung zum Geschäftsführer normieren, soweit sie sachbezogen sind und der Kreis der zum Geschäftsführer wählbaren Personen nicht in einer Weise eingengt wird, die dem Aufsichtsrat praktisch keine freie 19

¹² Vgl. zur Geschäftsunfähigkeit BGHZ 115, 78, 80 = NJW 1991, 2566.

¹³ *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* AktG § 105, 8; *Mertens-KölnKommAktG*² (1988) § 105, 6.

¹⁴ *Rowedder/Koppensteiner* 58; *Scholz/Schneider* § 6, 24.

¹⁵ *Reuter* Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen (1973) S. 171.

Wahl mehr läßt¹⁶. Die von mir in der Voraufkl. im Anschluß an *Mertens ZGR* 1977, 270, 287 f vertretene Auffassung, daß satzungsmäßige Eignungskriterien in mitbestimmten Gesellschaften nur das Ermessen der Anteilseignervertreter binden könnten, gebe ich für die GmbH auf, da nach dem Mitbestimmungsurteil des BVerfG (BVerfGE 50, 290) anzunehmen ist, daß das Mitbestimmungsrecht der Satzungsautonomie der Gesellschafter keine ungeschriebenen Schranken zieht. Jedoch ist es der Satzung nicht gestattet, Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseignerseite ein Verhalten vorzuschreiben, das als „mitbestimmungsfeindliche“ Verletzung berechtigter Belange der Arbeitnehmerseite zu würdigen wäre¹⁷. Daher kann sie dem Aufsichtsrat nicht verbieten, Personen zu Geschäftsführern zu bestellen, die früher dem Betriebsrat angehört oder die früher Gewerkschaftsmitglieder gewesen sind¹⁸.

- 20** Unter dem Gesichtspunkt der **Sachbezogenheit** und der **Wahrung der Auswahlfreiheit** des Aufsichtsrats sind Voraussetzungen unbedenklich wie inländischer Wohnsitz, Mindest- und Höchstlebensalter oder bestimmte professionelle Kriterien. Als sachbezogen kann auch das Kriterium der Nationalität anzuerkennen sein; kaum dagegen das Kriterium der Familienzugehörigkeit, das vielfach auch schon deshalb unzulässig sein wird, weil es die Wahlmöglichkeiten für den Aufsichtsrat zu stark einschränkt. Rowedder/*Koppensteiner* 59 und *Overlack* aaO halten die Anordnung für zulässig, bei gleicher fachlicher und charakterlicher Qualifikation mehrerer Bewerber sei einem Familienmitglied der Vorzug vor einem familienfremden Bewerber oder einem der herrschenden Gesellschaft angehörenden Bewerber der Vorzug vor einem anderen zu geben. Einer solchen Richtlinie aber würde praktisch kaum ein justiziabler Gehalt zuzumessen sein, da ein Aufsichtsratsbeschluß, der trotz dieser Richtlinie einen anderen Bewerber zum Zuge kommen läßt, deshalb sicherlich nicht für nichtig erklärt werden könnte. Nach *Raiser*¹⁹ kann ein Anrecht bestimmter Gesellschafter oder Unternehmerfamilien auf die Besetzung von Sitzen im Vertretungsorgan grundsätzlich nicht mehr begründet werden. Eine Satzungsvorschrift, daß der Geschäftsführer Gesellschafter sein müsse, sei nur dann zulässig, wenn ihm der Erwerb der Mitgliedschaft ohne weiteres freistehe. Dem ist für mitbestimmte Gesellschaften mit paritätischer Besetzung des Aufsichtsrats zuzustimmen. Gegen die h.M. wenden sich *Föhr*²⁰, *Hommelhoff*²¹, *Säcker*²². Sie sprechen dem Gesellschaftsvertrag grundsätzlich das Recht ab, Qualifikationserfordernisse für Mitglieder des gesetzlichen Vertretungsorgans einer Gesellschaft mit paritätischer Besetzung des Aufsichtsrats aufzustellen.

4. Fehlen oder Wegfall gesellschaftsvertraglicher Eignungsvoraussetzungen

- 21** Ein Gesellschafterbeschluß, der einen Geschäftsführer trotz Fehlens eines satzungsmäßigen Qualifikationserfordernisses bestellt, ist anfechtbar, ebenso der Be-

¹⁶ So die ganz h.M.; vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner 13; Scholz/Schneider § 6, 24; Rowedder/*Koppensteiner* 59; *Fitting/Wlotzke/Wißmann*² § 31, 10 ff; Hanau/*Ulmer* MitbestG § 31, 13; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* § 31, 25; Meyer-Landrut/*Miller/Niehus* § 35, 14; *Raiser* MitbestG² (1984) § 31, 9; *Duden* ZHR 141 (1977) 145, 175; *Immenga* ZGR 1977, 249, 255; *Overlack* ZHR 141 (1977) 125, 130 ff; *Reuter* AcP 179 (1979) 509, 526; *Wlotzke/Wißmann* DB 1976, 959, 968; gegen satzungsmäßige Eignungskriterien bei mitbestimmten Gesellschaften *Hommelhoff* BB 1977, 322; *Säcker* DB 1977,

1791, 1792 f; *Naendrup* AuR 1977, 268, 271; *GemKMitbestG-Naendrup* § 25, 105.

¹⁷ *Mertens* ZGR 1977, 270, 287.

¹⁸ So auch *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* aaO 26, die aber die Satzungsbestimmung, daß ein Geschäftsführer nicht zugleich aktives Gewerkschaftsmitglied sein könne, unter dem Gesichtspunkt für zulässig halten, daß sie dem Gebot der Gegnerunabhängigkeit entspreche.

¹⁹ AaO 10.

²⁰ *MitbestGespr.* 1977, 131.

²¹ BB 1977, 322.

²² DB 1977, 1791, 1792 f.

schluß eines anderen von der Satzung eingesetzten Kurationsorgans. Zu prüfen ist allerdings, ob entsprechenden Satzungsbestimmungen nicht nur die Bedeutung einer Sollvorschrift zukommt. In der mitbestimmten Gesellschaft ist die Wahl eines Geschäftsführers, der satzungsmäßige Qualifikationserfordernisse nicht erfüllt, trotzdem wirksam²³. Das Fehlen oder der Wegfall satzungsmäßiger Qualifikationserfordernisse ist auch für sich genommen noch kein wichtiger Grund zur Abberufung eines Geschäftsführers²⁴. Vielmehr bleibt zu prüfen, ob der Gesellschaft die Beibehaltung des Geschäftsführers aus diesem Grund nicht mehr zumutbar ist.

III. Die Bestellung des Geschäftsführers

Schrifttum

Baums Der Geschäftsleitungsvertrag (1987); *Fleck* Das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften in der Rechtsprechung des BGH, WM 1968, Sonderbeil. Nr. 3; WM 1981, Sonderbeil. Nr. 3; WM 1985, 677; *ders.* Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers, ZHR 149 (1985) 387; *Hammacher* Aus der Praxis eines Arbeitsdirektors, RdA 1993, 163; *Hanau* Zur Zuständigkeit des Arbeitsdirektors (§ 33 MitbestG) für leitende Angestellte und Unternehmenssparten, ZGR 1983, 346; *Hoffmann* Zum Rechtsbegriff Arbeitsdirektor gemäß § 33 MitbestG, BB 1976, 1233; *ders.* Der Kernbereich des Arbeitsdirektors und andere praktische Fragen bei der Anwendung von § 33 MitbestG, BB 1977, 17; *Hoffmann-Becking* Arbeitsdirektor der Konzernobergesellschaft oder Konzernarbeitsdirektor, in: Festschr. Werner (1984) S. 301; *Krieger* Personalentscheidungen des Aufsichtsrats (1981); *Leicht* Der Arbeitsdirektor des Mitbestimmungsgesetzes (1976); *Martens* Der Arbeitsdirektor nach dem Mitbestimmungsgesetz (1980); *Mertens* Zulässigkeit der Bestellung eines Arbeitsdirektors nach § 85 AktG trotz vorhandenem Personalvorstand? AG 1979, 334; *ders.* Verfahrensfragen bei Personalentscheidungen des mitbestimmten Aufsichtsrats, ZGR 1983, 189; *Meyer-Landrut* Der Arbeitsdirektor im Rahmen der paritätischen Mitbestimmung, DB 1976, 387; *Przybylski* Die mitbestimmungsrechtliche Bedeutung des Arbeitsdirektors nach dem MitbestG 1976 (1983); *Ruberg* Vorstandsmitglied für Personales und Soziales oder Arbeitsdirektor, AuR 1979, 129; *Säcker* Der Zuständigkeitsbereich des Arbeitsdirektors und Werkpersonalleiters gemäß § 33 MitbestG, DB 1979, 1925; *ders.* Kompetenzstrukturen bei Bestellung und Anstellung von Mitgliedern des unternehmerischen Leitungsorgans, BB 1979, 1321; *Spie* Der Personalmanager im Vorstand (1985); *Spie/Piesker* Der Geschäftsbereich des Arbeitsdirektors (1983); *Thüsing* Arbeitsdirektor neuer Art, Der Arbeitgeber 1976, 598, 650, 687; *Westhoff* Das Amtsende des Arbeitsdirektors nach dem Mitbestimmungsgesetz, DB 1980, 2520; *Wlotzke* Der Arbeitsdirektor nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, Jahrbuch des Arbeitsrechts 14 (1977) 17; *Wolff* Bestellung und Abberufung von GmbH-Geschäftsführern im Ausland, ZIP 1995, 1489. Vgl. auch die Literatur vor Rdn 1.

1. Rechtsnatur; Bestellung und Anstellungsverhältnis

Das Recht der Kapitalgesellschaft unterscheidet zwischen dem einseitigen, aber mitwirkungsbedürftigen körperschaftlichen Organisationsakt der Bestellung des Geschäftsführers und der vertraglichen Begründung des schuldrechtlichen Dienstverhältnisses zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft²⁵. Die doppelte juristische Perspektive, in der die Beziehung zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft gesehen wird, ist – vom BGH in st. Rspr. befolgt²⁶ – geltendes Recht. Sie ist auch dogmatisch und rechtspolitisch wesentlich überzeugender als die

²³ Vgl. *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* § 31, 27 m.w.Nachw.

²⁴ *AA Hoffmann/Lehmann/Weinmann aaO.*

²⁵ Vgl. § 46, 39 m.w.Nachw.

²⁶ Vgl. die Nachw. bei § 46 Fn. 79.

von Baums²⁷ neuerlich proklamierte Einheitstheorie. Mit der Annahme der Bestellung, die bei einer Berufung durch den Gesellschaftsvertrag gegebenenfalls bereits in der Eingehung des Vertrages durch den bestellten Gesellschafter-Geschäftsführer zu sehen ist, wird der Geschäftsführer zum Organ der Gesellschaft. Die Organstellung ist gemäß § 38 grundsätzlich frei widerruflich, während sich die Beendigung des Anstellungsverhältnisses nach dem zugrunde liegenden Vertrag richtet. Auch ist der wichtige Grund für die Abberufung der Bestellung im Rahmen des § 38 Abs. 2 nach Kriterien zu bestimmen, die nicht mit denen des § 626 Abs. 2 BGB identisch sind (vgl. § 38, 57). Die Bestellung kann im Anstellungsvertrag enthalten sein, aber ebenso gut kann dieser vorangehen oder nachfolgen.

- 23** Die juristische Trennung von Bestellung und Anstellung besagt nicht, daß der **enge Zusammenhang zwischen beiden Rechtsgeschäften** juristisch unbeachtlich sei (vgl. dazu auch Rdn 136, 161 f, 164 ff). So hat BGHZ 89, 48 aus der engen tatsächlichen Verknüpfung beider Rechtsgeschäfte den Schluß gezogen, daß bei einer GmbH im Anwendungsbereich des MitbestG nicht nur die Bestellung, sondern auch die Anstellung in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats fällt. Bestellung und Anstellung sind aber nicht Teile eines einheitlichen Rechtsgeschäfts, auf das § 139 BGB anwendbar wäre²⁸. Ist der Geschäftsführer bestellt worden, kommt aber ein Anstellungsvertrag binnen angemessener Frist nicht zum Abschluß, so steht dem Geschäftsführer ein Recht zur Amtsniederlegung zu²⁹. Die Bestellung kann auch aufschiebend bedingt bis zum Abschluß des Anstellungsvertrages erfolgen, oder es kann vorgesehen werden, daß der Geschäftsführer sein Amt erst anzutreten braucht, wenn der Anstellungsvertrag abgeschlossen ist³⁰.

- 24** Außer in mitbestimmten Gesellschaften mit paritätisch zusammengesetztem Aufsichtsrat kann ein Anspruch auf Bestellung als Geschäftsführer für einen Gesellschafter, in analoger Anwendung von § 328 BGB aber auch für einen Dritten, in der Satzung begründet werden; auch ein Gesellschafterbeschuß kann die Gesellschaft zur Bestellung verpflichten, sofern er mit der für die Bestellung erforderlichen Mehrheit ergangen ist. Ein Gesellschafter kann sich vertraglich binden, für die Bestellung einer bestimmten Person – sei es des Vertragspartners, sei es eines Dritten – zu stimmen³¹.

2. Bestellung der Geschäftsführer in der nichtmitbestimmten und in der eindrittelmitbestimmten GmbH

- 25** Die Bestellung der Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag selbst ist in § 6, die Bestellung der Geschäftsführer durch die Gesellschafter in § 46 Nr. 5 geregelt. Auf die Erläuterungen zu diesen Vorschriften ist zu verweisen.

3. Bestellung der Geschäftsführer in der GmbH mit paritätisch besetztem Aufsichtsrat

- 26** a) **Maßgebliche Vorschriften.** Die Bestellung der Geschäftsführer in der GmbH mit paritätisch zusammengesetztem Aufsichtsrat als Bestellungsorgan richtet sich nach §§ 31, 33 MitbestG und im Bereich der Montanmitbestimmung nach §§ 12, 13 MontanMitbestG und § 13 MitbestErgG. Diese Vorschriften lauten wie folgt:

²⁷ Baums S. 3 ff.

²⁸ Baumbach/Hueck/Zöllner 10; Scholz/Schneider 150 f.

²⁹ Baumbach/Hueck/Zöllner aaO; Scholz/Schneider 151.

³⁰ Baumbach/Hueck/Zöllner 10.

³¹ Baumbach/Hueck/Zöllner 10a.

§ 31 MitbestG**Bestellung und Widerruf**

(1) Die Bestellung der Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs und der Widerruf der Bestellung bestimmen sich nach den §§ 84 und 85 des Aktiengesetzes, soweit sich nicht aus den Absätzen 2 bis 5 etwas anderes ergibt. Dies gilt nicht für Kommanditgesellschaften auf Aktien.

(2) Der Aufsichtsrat bestellt die Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs mit einer Mehrheit, die mindestens zwei Drittel der Stimmen seiner Mitglieder umfaßt.

(3) Kommt eine Bestellung nach Absatz 2 nicht zustande, so hat der in § 27 Abs. 3 bezeichnete Ausschuß des Aufsichtsrats innerhalb eines Monats nach der Abstimmung, in der die in Absatz 2 vorgeschriebene Mehrheit nicht erreicht worden ist, dem Aufsichtsrat einen Vorschlag für die Bestellung zu machen; dieser Vorschlag schließt andere Vorschläge nicht aus. Der Aufsichtsrat bestellt die Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs mit der Mehrheit der Stimmen seiner Mitglieder.

(4) Kommt eine Bestellung nach Absatz 3 nicht zustande, so hat bei einer erneuten Abstimmung der Aufsichtsratsvorsitzende zwei Stimmen; Absatz 3 Satz 2 ist anzuwenden. Auf die Abgabe der zweiten Stimme ist § 108 Abs. 3 des Aktiengesetzes anzuwenden. Dem Stellvertreter steht die zweite Stimme nicht zu.

(5) Die Absätze 2 bis 4 sind für den Widerruf der Bestellung eines Mitglieds des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs entsprechend anzuwenden.

§ 33 MitbestG**Arbeitsdirektor**

(1) Als gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs wird ein Arbeitsdirektor bestellt. Dies gilt nicht für Kommanditgesellschaften auf Aktien.

(2) Der Arbeitsdirektor hat wie die übrigen Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs seine Aufgaben im engsten Einvernehmen mit dem Gesamtorgan auszuüben. Das Nähere bestimmt die Geschäftsordnung.

(3) Bei Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ist auf den Arbeitsdirektor § 9 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nicht anzuwenden.

§ 12 MontanMitbestG**Bestellung durch Aufsichtsrat**

Die Bestellung der Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs und der Widerruf ihrer Bestellung erfolgen nach Maßgabe des § 76 Abs. 3 und des § 84 des Aktiengesetzes durch den Aufsichtsrat.

§ 13 MontanMitbestG**Arbeitsdirektor**

(1) Als gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs wird ein Arbeitsdirektor bestellt. Der Arbeitsdirektor kann nicht gegen die Stimmen der Mehrheit der nach § 6 gewählten Aufsichtsratsmitglieder bestellt werden. Das gleiche gilt für den Widerruf der Bestellung.

(2) Der Arbeitsdirektor hat wie die übrigen Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs seine Aufgaben im engsten Einvernehmen mit dem Gesamtorgan auszuüben. Das Nähere bestimmt die Geschäftsordnung.

§ 13 MitbestErgG**Organvertretung**

Für die Bestellung der Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs und für den Widerruf ihrer Bestellung gelten § 76 Abs. 3 und § 84 des Aktiengesetzes und § 13 Abs. 1 Satz 1 des Montan-Mitbestimmungsgesetzes. § 13 Abs. 2 des Montan-Mitbestimmungsgesetzes findet Anwendung.

27 b) **Bestellung und Anstellung durch den Aufsichtsrat.** Nach § 31 Abs. 1 MitbestG, § 12 MontanMitbestG und § 13 MitbestErgG sind für die Bestellung der Geschäftsführer und den Widerruf ihrer Bestellung §§ 84, 85 AktG maßgeblich. Die Bestellungskompetenz ist dem Aufsichtsrat hier kraft zwingenden Rechts ausschließlich zugewiesen³². Wird eine Gesellschaft nach dem MitbestG mitbestimmungspflichtig, so findet eine Bestellung von Geschäftsführern durch den Aufsichtsrat erst nach Ablauf der Bestellung der vorhandenen Geschäftsführer statt. § 37 Abs. 2 und 3 MitbestG ermöglicht dem Aufsichtsrat in diesem Fall, nach Ablauf einer Frist von fünf Jahren die Bestellung der alten Geschäftsführer zu widerrufen. Die **Fünffjahresfrist des § 37 Abs. 3 MitbestG** gilt entsprechend auch für solche Geschäftsführer, die nach dem Zeitpunkt bestellt worden sind, an dem die Gesellschaft die Voraussetzungen des § 1 MitbestG erfüllte, aber vor dem Zeitpunkt, zu dem die Wahl des Aufsichtsrats nach den Vorschriften dieses Gesetzes abgeschlossen war³³. Die Frist beginnt mit dem Außerkrafttreten der alten Satzungsbestimmungen nach § 37 Abs. 1 MitbestG³⁴.

28 Die Bestellungskompetenz des Aufsichtsrats umfaßt auch die Kompetenz zum Abschluß des Anstellungsvertrages³⁵ (vgl. dazu unten *Raiser* § 52, 293) sowie zu seiner Änderung und Aufhebung³⁶ und zu sonstigen Regelungen des Dienstverhältnisses³⁷ (vgl. dazu aber auch Rdn 163). Zur Bestellung eines Vorsitzenden der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat vgl. § 52, 290.

29 c) **Die Bestellung des Arbeitsdirektors.** In Gesellschaften mit paritätisch zusammengesetztem Aufsichtsrat ist als gleichberechtigter Geschäftsführer ein Arbeitsdirektor zu bestellen, dem unentziehbar die Zuständigkeit für den Kernbereich der Personal- und Sozialfragen zukommt (vgl. Rdn 112 ff). Anders als nach § 13 MontanMitbestG, aber in Übereinstimmung mit § 13 MitbestErgG haben die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bei Bestellung und Abberufung des Arbeitsdirektors nach dem MitbestG kein Vetorecht³⁸. Das Mitbestimmungsgesetz hat darauf verzichtet, den Zuständigkeitsbereich des Arbeitsdirektors inhaltlich näher zu bestimmen. Im Hinblick auf die geringe Regelungssubstanz des § 33 MitbestG wurde im Mitbestimmungsprozeß vor dem BVerfG gerügt, die Vorschrift genüge nicht dem Bestimmtheitsanfordernis und verstoße gegen Art. 1 Abs. 2 GG sowie gegen das Rechtsstaatsprinzip³⁹. Das BVerfG sah jedoch § 33 MitbestG als hinreichend klar und bestimmt an. Aufgaben und Funktion des Arbeitsdirektors ließen sich dem Gesetzeswortlaut mit einer verfassungsrechtlich ausreichenden Klarheit entnehmen. Neben dem Gesetzeswortlaut gäben der Begriff Arbeitsdirektor und die Entstehungsgeschichte des § 33 MitbestG hinreichend deutlichen Aufschluß darüber, daß diesem Mitglied des Vertretungsorgans im Schwerpunkt zumindest auch Zuständig-

³² Vgl. zur Bestellung der Geschäftsführer nach § 31 MitbestG § 52, 288 ff sowie die Kommentierungen zu §§ 31, 33 MitbestG in *Mertens-KölnKommAktG*² (1996) Anh § 117 B § 31 MitbestG; s. dort auch in Anh § 117 C und Anh § 117 D zur Bestellung der Mitglieder des gesetzlichen Vertretungsorgans nach Montanmitbestimmungsrecht.

³³ *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* § 37, 67 m.w. Nachw.

³⁴ So auch *GemKMitbestG-Fabricius* § 37, 67 f; abw. *Fitting/Wlotzke/Wißmann*² § 37, 27; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* aaO; *Raiser Mit-*

*bestG*² (1984) § 37, 12, die auf den Zeitpunkt abstellen, zu dem die gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 1–5 MitbestG eintreten; doch ist dieser Zeitpunkt zu unsicher, um den Lauf einer Frist daran zu knüpfen.

³⁵ BGHZ 89, 48, 52 = WM 1983, 1378, 1379 f.

³⁶ Vgl. BGH WM 1991, 852, 854.

³⁷ Vgl. *Fleck* WM 1994, 1957, 1958.

³⁸ Zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung vgl. *Spiel/Piesker* S. 11 ff; *Mertens-KölnKommAktG*² (1996) Anh. § 117 B § 33 MitbestG, 1 ff.

³⁹ BVerfGE 50, 290, 378 f = NJW 1979, 699, 711.

keiten in Personal- und Sozialfragen übertragen sein müssen. Auch die Verweisung auf die Geschäftsordnung des Vertretungsorgans sowie das Bestellungsverfahren seien verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Aus der Formulierung des § 33 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 MitbestG, wonach der Arbeitsdirektor ein gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugten Organs ist, das seine Aufgaben im engsten Einvernehmen mit dem Gesamtorgan auszuüben hat, ergibt sich, daß die Geschäftsführung einer GmbH mit paritätisch zusammengesetztem Aufsichtsrat noch aus mindestens einer anderen Person bestehen muß (vgl. Rdn 9).

Der Arbeitsdirektor wird wie alle anderen Geschäftsführer im Verfahren nach § 33 iVm § 84 AktG bestellt. Dieses Verfahren ist auch dann einzuhalten, wenn ein bereits amtierender Geschäftsführer nachträglich zum Arbeitsdirektor bestellt wird⁴⁰. Den Aufsichtsratsmitgliedern muß vor der Bestellung bekannt sein, daß sie über die Stelle des Arbeitsdirektors zu beschließen haben. Aus diesem Grunde kann die Entscheidung, wer von den gewählten Geschäftsführern zum Arbeitsdirektor bestellt werden soll, nicht diesen selbst überlassen werden⁴¹. Ein Vetorecht seitens der Arbeitnehmer besteht nicht (vgl. auch Rdn 16). Es verstößt nicht gegen das Prinzip der Gleichberechtigung des Arbeitsdirektors, wenn dieser zunächst nur zum stellvertretenden Geschäftsführer berufen wird, sofern auch die anderen erstmals bestellten Mitglieder der Geschäftsführung durchweg zunächst nur diesen Status erhalten⁴².

4. Bestellung eines Notgeschäftsführers

a) **Voraussetzungen.** Fehlen die zur Vertretung der Gesellschaft notwendigen Geschäftsführer, so kommt die Bestellung eines Notgeschäftsführers in Betracht. Eine dem § 85 AktG entsprechende Norm enthält das GmbH-Gesetz nicht⁴³. Doch gilt § 29 BGB unstreitig auch für die GmbH⁴⁴. Auf Gesellschaften, die dem MitbestG unterliegen, erklärt § 31 Abs. 1 MitbestG die Vorschrift des § 85 AktG für entsprechend anwendbar.

Ein Notgeschäftsführer kann bereits dann bestellt werden, wenn der zu ersetzende Geschäftsführer zwar nicht ausgeschieden ist, aber aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen als Geschäftsführer völlig und nicht nur kurzfristig ausfällt, nicht dagegen, wenn er nur an bestimmten Rechtsgeschäften oder Aktivitäten oder nur für einen kürzeren, durch interne Vertretungsregelungen überbrückbaren Zeitraum gehindert ist⁴⁵.

Die Ersatzbestellung kommt nur in einem **dringenden Fall** in Betracht. Ein solcher Fall ist gegeben, wenn ohne Einsetzung eines Notgeschäftsführers einem Beteiligten oder der Gesellschaft ein Schaden entstehen würde oder eine alsbald erforder-

⁴⁰ Vgl. Mertens-KölnKommAktG² (1996) Anh. § 117 B § 33 MitbestG, 5 m.w.Nachw.

⁴¹ Fitting/Wlotzke/Wißmann² § 33, 16; Hanau/Ulmer § 33, 6; Mertens-KölnKommAktG aaO 5 m.w.Nachw.; aA Thüsing Arbeitgeber 1976, 650; Hoffmann/Lehmann/Weinmann aaO 35 ff.

⁴² Fitting/Wlotzke/Wißmann aaO 23; Hoffmann/Lehmann/Weinmann aaO 27; Raiser MitbestG² (1984) § 33, 10; GEMKMITBESTG-Rumpff 39; Mertens aaO 6; aA Hanau/Ulmer 23.

⁴³ Vgl. aber § 68 RegE 1971, der die Übernahme dieser Regelung in das GmbH-Gesetz vorsah.

⁴⁴ Vgl. § 6, 11; RGZ 138, 98, 101; Fichtner BB 1964, 868 und die Kommentierungen zu § 29 BGB.

⁴⁵ Vgl. KG JW 1937, 1730; OLG Frankfurt NJW 1966, 504; vgl. dazu Mertens aaO 9; noch weitergehend für § 29 BGB die Kommentierungen zu dieser Vorschrift; vgl. etwa Soergel-Hadding § 29, 6.

liche Handlung nicht vorgenommen werden könnte⁴⁶. Fehlt in der mitbestimmten Gesellschaft der **Arbeitsdirektor**, so begründet bereits das Gebot des § 33 Abs. 1 die von § 85 Abs. 1 AktG geforderte Dringlichkeit⁴⁷. Das Registergericht kann jedoch nicht selbst die Befugnisse des Arbeitsdirektors bestimmen; auch rechtfertigen Zweifel, ob ein wirksamer Arbeitsdirektor über den gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeitsbereich verfügt, eine Ersatzbestellung nicht⁴⁸, sondern müssen auf dem ordentlichen Rechtsweg geklärt werden. Ein Rechtsschutzinteresse für die Bestellung eines Notgeschäftsführers besteht nicht, wenn die GmbH untergegangen ist. Doch muß ein Notgeschäftsführer bestellt werden, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Existenz der Gesellschaft spricht⁴⁹. Die Möglichkeit der Bestellung eines Prozeßpflegers nach § 57 ZPO schließt das Interesse an einer Bestellung eines Notgeschäftsführers nicht aus⁵⁰. Ist schon ein **Prozeßpfleger** nach § 57 ZPO bestellt, so begründet jedenfalls der Prozeß selbst kein Interesse mehr an der Bestellung eines Notgeschäftsführers. Werden aber im Zusammenhang mit dem Prozeß Handlungen notwendig, die der Prozeßpfleger als solcher nicht vornehmen kann, so ist die Bestellung eines Notgeschäftsführers geboten⁵¹. Beantragen Dritte die Bestellung, um Ansprüche gegen die Gesellschaft geltend machen zu können, so hat das Registergericht die **Erfolgsaussichten** dieser Ansprüche nicht im einzelnen zu prüfen⁵².

- 35** b) **Verfahren**. Das Verfahren der Notbestellung richtet sich nach den Bestimmungen des FGG. Es ist dem Rechtspfleger übertragen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1a RechtspflG). Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk die GmbH ihren Sitz hat. Die Bestellung erfolgt nur auf Antrag. Antragsberechtigt ist außer den Gesellschaftern und Organmitgliedern der GmbH jeder, der an der Ersatzbestellung ein eigenes Interesse hat. Er muß dieses Interesse glaubhaft machen. Das Gericht soll die Organe der Gesellschaft anhören, soweit dies tunlich erscheint. Sind die Voraussetzungen gegeben, so **muß** das Gericht einen Notgeschäftsführer bestellen. Die Auswahl der Person steht in seinem Ermessen; doch muß diese für das Amt geeignet sein und nach Möglichkeit auch satzungsmäßige Qualifikationserfordernisse erfüllen. An den Vorschlag des Antragstellers ist das Gericht nicht gebunden. Es kann auch die Art der Vertretung oder der Geschäftsführung nicht ändern. Sieht z. B. die Satzung der GmbH zwei Geschäftsführer vor, die gesamtvertretungsberechtigt sind, so muß das Gericht, wenn kein Geschäftsführer vorhanden ist, für die Vertretung zwei gemeinschaftlich berechnete Notgeschäftsführer bestellen. Bestellt es nur einen Geschäftsführer, so hat dieser jedoch kraft der rechtsgestaltenden Bestellung alleinige Vertretungsmacht⁵³.

- 36** Der Bestellungsbeschluß kann den Wirkungskreis des Notgeschäftsführers nach Inhalt und Umfang eingrenzen; die Ersatzbestellung kann auch auf ein einziges Rechtsgeschäft beschränkt werden⁵⁴. Ergeht ein eingeschränkter Bestellungsbeschluß, so ist der Notgeschäftsführer nur in seiner Geschäftsführungsbefugnis, nicht aber in seiner Vertretungsmacht beschränkt⁵⁵.

⁴⁶ Vgl. BayObLG DB 1995, 2364.

⁴⁷ *Fitting/Wlotzke/Wißmann* aaO § 31, 42; *Raiser* aaO 8; *Mertens* aaO 8; *aA Hoffmann/Lehmann/Weinmann* aaO 17.

⁴⁸ *Hanau/Ulmer* aaO 31; *Mertens* aaO 9; *aA GemKMitbestG-Rumpf* 23.

⁴⁹ OLG Celle NJW 1965, 504, 505; OLG Frankfurt JZ 1952, 565.

⁵⁰ OLG Celle aaO.

⁵¹ OLG Celle aaO; *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* AktG § 85, 7.

⁵² Hamm OLGZ 1965, 329, 331.

⁵³ KG OLGZ 1965, 332, 334; KG OLGZ 1968, 200, 207; RG JW 1918, 361.

⁵⁴ Krit. zur Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis durch den Bestellungsbeschluß LG Berlin AG 1986, 52, 53.

⁵⁵ BayObLG AG 1988, 301, 303 f.; LG Berlin aaO; *Mertens-KölnKommAktG*² (1988) § 85, 16.

Wirksam wird die Bestellung spätestens mit der Bekanntgabe an den Antragsteller und den Bestellten und der Annahme durch diesen⁵⁶. § 16 FGG läßt aber schon die Mitteilung an den Bestellten und dessen Zustimmung genügen. Dagegen reicht die Mitteilung an den Antragsteller allein nicht aus⁵⁷. Verhinderte Geschäftsführer bleiben trotz der Bestellung eines Notgeschäftsführers im Amt⁵⁸. Als rechtsgestaltender Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit bindet die Bestellung das **Prozeßgericht**. Dieses prüft nur, ob sie nach § 29 BGB formell gültig vorgenommen worden ist⁵⁹.

c) **Erlöschen**. Die Bestellung erlischt mit der Bestellung des erforderlichen Geschäftsführers durch die Gesellschaft, dagegen nicht schon mit dem Entfallen der Dringlichkeit. Ist der Geschäftsführer nur für eine bestimmte Aufgabe bestellt, so verliert er sein Amt auch noch nicht mit deren Erfüllung; denn der Zeitpunkt der Beendigung der Amtszeit muß eindeutig bestimmbar sein. Die Gesellschafter können den gerichtlich bestellten Geschäftsführer nicht abberufen. Doch kann das Gericht die Bestellung von Amts wegen widerrufen⁶⁰.

d) **Eintragung in das Handelsregister**. Die Bestellung ist gemäß § 39 in das Handelsregister einzutragen. Doch kann die Eintragung unterbleiben, wenn der Geschäftsführer nur für einzelne Rechtshandlungen bestellt wird. In diesem Fall genügt es, daß das Gericht dies im Bestellungsbeschluß zum Ausdruck bringt und dem Geschäftsführer zum Ausweis ein Zeugnis über seine Bestellung aushändigt⁶¹.

e) **Verhältnis des Notgeschäftsführers zur Gesellschaft**. Zwischen dem Notgeschäftsführer und der Gesellschaft kommt durch die Bestellung ein Schuldverhältnis zustande, aus dem sich ein Vergütungsanspruch des Notgeschäftsführers ergibt. Er ist Organ der Gesellschaft mit allen sich daraus ergebenden Folgen.

5. Der fehlerhaft bestellte Geschäftsführer

Bei unwirksamer Bestellung eines Geschäftsführers ist seine Organstellung nach Amtsantritt nicht als nichtig, sondern als fehlerhaft anzusehen und in entsprechender Anwendung der Grundsätze über das fehlerhafte Anstellungsverhältnis (vgl. dazu Rdn 188) zu behandeln⁶². Bis zur Beendigung der fehlerhaften Organstellung ist der fehlerhaft bestellte Geschäftsführer, sofern er überhaupt amtsfähig ist, den gleichen Pflichten und der gleichen Verantwortlichkeit unterworfen wie ein wirksam bestellter Geschäftsführer; seine Rechtshandlungen berechtigen und verpflichten die Gesellschaft, und er hat für die Zeit, in der er sein Amt ausübt, auch Anspruch auf eine vertraglich vereinbarte Vergütung, und zwar selbst dann, wenn auch der Anstellungsvertrag seinerseits nicht wirksam geworden ist, es sei denn, dieser beruht auf Kollusion oder enthält einen Normverstoß, der seine Nichtigkeit bewirkt und seine vorläufige Anerkennung ausschließt⁶³. In jedem Fall hat der tatsächlich amtierende Geschäftsführer Anspruch auf eine unter Berücksichtigung aller Umstände

⁵⁶ BGHZ 6, 232, 235 = NJW 1952, 1009; BayObLG WM 1981, 75, 76.

⁵⁷ Hohlfeld GmbH Rdsch 1986, 181, 184; Mertens-KölnKommAktG² (1988) § 85, 12.

⁵⁸ OLG Schleswig NJW 1960, 1862 f.

⁵⁹ BGHZ 24, 47, 51 = NJW 1957, 832; RGZ 105, 401, 403.

⁶⁰ KG WM 1967, 83 f.

⁶¹ BayObLG DNotZ 1955, 638, 641 f; vgl. auch die Kommentierungen zu § 85 AktG; aA Neumann JheringJb 87, 199, 236.

⁶² Vgl. BGHZ 41, 282, 287 f = NJW 1964, 1367 für Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften; Baumbach/Hueck/Zöllner 6a; dazu im einzelnen U. Stein S. 126 ff, wobei m.E. entgegen Stein die fehlerhafte Organstellung auch dann als solche anzuerkennen ist, wenn die eine oder die andere Seite den Bestellungs-mangel kennt.

⁶³ Vgl. Baums S. 168 ff, 195 ff.

nach billigem Ermessen angemessene Vergütung. Zuständig für die Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem fehlerhaft bestellten Geschäftsführer ist jeweils das Organ, das die Bestellungskompetenz besitzt (vgl. § 35, 189)⁶⁴. Mit Baumbach/Hueck/Zöllner 6a ist zwischen dem fehlerhaft bestellten Geschäftsführer und dem sog. faktischen Geschäftsführer, der ohne Vorliegen eines Bestellungsakts de facto Geschäftsführerkompetenzen in der Gesellschaft neben oder anstelle bestellter Geschäftsführer ausübt, zu unterscheiden. Das Organhandeln eines faktischen Geschäftsführers ist unwirksam, wobei allerdings zu Lasten der Gesellschaft die Regeln über die Anscheinsvollmacht eingreifen können. Zur Haftung des faktischen Geschäftsführers vgl. § 43, 7.

IV. Geschäftsführer als Vertretungsorgan

Schrifttum

Altmeppen Gestattung zum Selbstkontrahieren in der GmbH, NJW 1995, 1182; *Blomeyer* Die teleologische Korrektur des § 181 BGB, AcP 172 (1972) 1; *ders.* Zur Problematik des § 181 BGB für die Einmann-GmbH, NJW 1969, 127; *Buchmann* Registerpublizität und Gläubigerschutz bei der Einmann-Gesellschaft (1984); *Buchwald* Die Gesamtvertretung bei der GmbH, GmbHHRdsch 1960, 180; *Bühler* Die Befreiung des Geschäftsführers der GmbH von § 181 BGB, DNotZ 1983, 588; *Däubler* Die Grenzen der Vertretungsmacht des GmbH-Geschäftsführers, GmbHHRdsch 1964, 223; *Eder* Generalvollmacht bei der GmbH, GmbHHRdsch 1962, 225; *Ekkenga* Insichgeschäfte geschäftsführender Organe im Aktien- und GmbH-Recht, AG 1985, 40; *Fleck* Mißbrauch der Vertretungsmacht oder Treubruch des mit Einverständnis aller Gesellschafter handelnden GmbH-Geschäftsführers aus zivilrechtlicher Sicht, ZGR 1990, 31; *Frels* Überweisung von Vertretungsmacht an ein einzelnes Mitglied des Vorstands der AG, ZHR 122 (1959) 173; *Frotz* Verkehrsschutz im Vertretungsrecht (1972); *Grothus* Widersprechendes Handeln zweier alleinvertretungsberechtigter GmbH-Geschäftsführer, GmbHHRdsch 1958, 142; *Heim* Zur Zulässigkeit einer Allgemeinbevollmächtigung von Mitgliedern der Gesamtvertretung einer Kapitalgesellschaft, NJW 1961, 1515; *Heinemann* Der Geltungsbereich des § 181 BGB für Rechtsbeziehungen zwischen der GmbH und ihrem Vertretungsorgan und seine Steuerrelevanz, GmbHHRdsch 1985, 176; *U. Hübner* Interessenkonflikt und Vertretungsmacht (1977); *ders.* Zur Zulässigkeit der Generalvollmacht bei Kapitalgesellschaften, ZHR 143 (1979) 1; *ders.* Selbstkontrahieren des Einmanngesellschafters, Jura 1982, 85 ff; *Hueck* Die Vertretung von Kapitalgesellschaften im Prozeß, in: Festschr. Böttcher (1969) S. 197; *Kanzleiter* Registereintragung der Vertretungsbefugnis des GmbH-Geschäftsführers, RPfleger 1984, 1; *Klamroth* Vertretung der Gesellschaft bei Verträgen mit einem geschäftsführenden Gesellschafter, BB 1975, 851; *Kreutz* § 181 BGB im Lichte des § 35 Abs. 4 GmbHG, in: Festschr. Mühl (1981) S. 409; *Leßmann* Teleologische Reduktion des § 181 BGB beim Handeln des Gesellschafter-Geschäftsführers der Einmann-GmbH, BB 1976, 1377; *Liermann* Die Vertretung der Handelsgesellschaften und der Nachweis einer solchen Vertretung, DNotZ 1967, 221; *Lüdtker-Handjery* Die „Ermächtigung“ eines gesamtvertretungsberechtigten OHG-Gesellschafters zum Alleinhandeln, DB 1972, 565; *Müller* Gesetzliche Vertretung ohne Vertretungsmacht, AcP 168 (1968) 114; *Plander* Die Geschäfte des Gesellschafter-Geschäftsführers der Einmann-GmbH mit sich selbst (1969); *ders.* Rechtsgeschäfte zwischen Gesamtvertretern, DB 1975, 1493; *Pleyer* Erklärungen eines einzelnen Geschäftsführers bei Gesamtvertretung, GmbHHRdsch 1959, 161; *Philipp* Die Ausübung von Teilhabungsrechten nach § 32 des Mitbestimmungsgesetzes, DB 1976, 1622; *Reinicke* Gesamtvertretung und Insichgeschäft, NJW 1975, 1185; *Ripfel* Ist Generalvollmacht an GmbH-Geschäftsführer oder Dritte zulässig? GmbHHRdsch 1953, 181; *Roquette* Rechtsfragen zur unechten Gesamtvertretung im Rahmen

⁶⁴ Zur Erklärung des Widerrufs der fehlerhaften Bestellung durch den Aufsichtsrat als Bestellungsorgan vgl. *Mertens-KölnKommAktG* § 84, 30.

der gesetzlichen Vertretung von Kapitalgesellschaften, in: Festschr. Oppenhoff (1985) S. 335; *Schmelpffennig/Hauschka* Die Zulassung der Ein-Personen-GmbH in Europa und die Änderungen des deutschen GmbH-Rechts, NJW 1992, 942; *Schneider* Die Vertretung der GmbH bei Rechtsgeschäften mit ihren Konzernunternehmen, BB 1986, 201; *Schwarz* Das Gesetz zur Durchführung der Zwölften gesellschaftsrechtlichen EG-Richtlinie – Neuerungen für die Einpersonen-GmbH, DStR 1992, 221; *Tiedtke* Fortbestand der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens bei der Umwandlung einer mehrgliedrigen in eine Einmann-GmbH, ZIP 1991, 355; *ders.* Zur Form der Gestattung von Inschlaggeschäften des geschäftsführenden Mitgesellschafters einer GmbH, GmbHRRdsch 1993, 385; *Viehöfer/Eser* Probleme der Vertretungsbefugnis bei der sogenannten unechten Gesamtprokura, BB 1984, 1326; *Wegmann* Rechtsfolgen einer Überschreitung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse eines GmbH-Geschäftsführers, DStR 1992, 866; *Weinhard* Ausübung und Einschränkung der Gesamtvertretung im bürgerlichen und im Gesellschaftsrecht (1988); *Westerhoff* Organ und (gesetzlicher) Vertreter (1993); *H. Westermann* Haftung für fremdes Handeln, JuS 1961, 333; *Winterfeld* Zur Vernehmung von Zeugen durch das Bundeskartellamt in Kartellordnungswidrigkeitsverfahren, BB 1976, 344; *Ziche* Die Verweisung des § 35 Abs. 4 GmbHG auf das Verbot der Vornahme von Inschlaggeschäften (1991); *Ziegler* Prokura mit einem Gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer, RPflegler 1984, 5.

1. Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis

Gemäß Abs. 1 sind die Geschäftsführer – einschließlich der stellvertretenden **42** (§ 44) – das ordentliche ständige Vertretungsorgan der Gesellschaft, dessen Handeln dieser selbst als eigenes Handeln zugerechnet wird. Sie können in dieser Funktion durch keine andere Person und kein anderes Organ ersetzt oder verdrängt werden. Der gesetzliche Umfang ihrer Vertretungsmacht ist weder durch die Satzung noch durch den Anstellungsvertrag beschränkbar (§ 37 Abs. 2)⁶⁵. Dies gilt auch für den Notgeschäftsführer⁶⁶. Eine Generalvollmacht an Dritte, welche die organschaftliche Vertretung des Geschäftsführers verdrängt, ist daher unzulässig (str., s. näher Rdn 103). Praktisch wird allerdings der Verkehrsschutz, den die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht der Geschäftsführer gewährleisten soll, durch die Grundsätze über den Mißbrauch der Vertretungsmacht nicht unerheblich eingeschränkt (vgl. dazu näher § 37, 33 ff.). Die Vertretungsmacht eines Geschäftsführers beginnt mit seiner Bestellung und endet mit der Beendigung der Organstellung; eine Organstellung ohne Vertretungsmacht kennt das Gesetz nicht⁶⁷.

2. Begriff und Wirkung der Vertretung

Vertretung ist jedes nach außen wirkende rechtsgeschäftliche Handeln im Namen **43** der Gesellschaft, einschließlich der Entgegennahme rechtsgeschäftlicher Erklärungen⁶⁸. Die von einem Geschäftsführer in Vertretung der Gesellschaft abgegebene oder entgegengenommene Willenserklärung wirkt für und gegen die Gesellschaft (§ 164 BGB, § 36). Die Vertretungswirkung setzt voraus, daß die Geschäftsführer im Rahmen ihrer Vertretungsbefugnis handeln oder, soweit die Überschreitung der Vertretungsbefugnis genehmigungsfähig ist, daß eine entsprechende Genehmigung erteilt wird. Für die Genehmigung gilt § 177 BGB; sie wirkt nach § 184 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes

⁶⁵ BFH DB 1993, 460; Scholz/Schneider 13; Baumbach/Hueck/Zöllner 36a; Lutter/Hommelhoff 1.

⁶⁶ BayObLG ZIP 1986, 93, 95; Scholz/Schneider 23; Baumbach/Hueck/Zöllner 38.

⁶⁷ Baumbach/Hueck/Zöllner § 36, 3.

⁶⁸ Baumbach/Hueck/Zöllner 38; Rowedder/Koppensteiner 6.

bestimmt ist. Geben mehrere alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer oder ein alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer und eine Gruppe gemeinschaftlich vertretungsberechtigter Geschäftsführer oder mehrere Gruppen gemeinschaftlich vertretungsberechtigter Geschäftsführer widersprüchliche Erklärungen ab, so gelten die allgemeinen Regeln über das Wirksamwerden von Willenserklärungen (vgl. dazu §§ 130–132 BGB). Das bedeutet: Bei nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen kommt es auf den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung an, bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen auf deren Zugang beim Empfänger. Gültig ist im ersten Fall die zuerst abgegebene, im zweiten Fall die zuerst zugegangene Erklärung. Bei gleichzeitiger Abgabe bzw. gleichzeitigem Zugang sind einander widersprechende Erklärungen nichtig, da sich daraus kein eindeutiger Wille der Gesellschaft ergibt. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung wird dann nicht wirksam, wenn dem Geschäftspartner vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB); ein nachträglicher Widerruf ist nur dann beachtlich, wenn die Willenserklärung zurücknehmbar ist.

- 44** Der Wille des Geschäftsführers, im Namen der Gesellschaft zu handeln, braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sondern kann aus den Umständen hervorgehen (vgl. § 164 Abs. 1 S. 2 BGB sowie § 36). Das gilt auch für schriftliche Erklärungen, die nicht wie nach Abs. 3 oder nach gesellschaftsinternen Vorschriften über die Zeichnung durch die Geschäftsführer gezeichnet sind⁶⁹. Bei einer nicht auf die Gesellschaft hindeutenden Zeichnung kann allerdings eine persönliche Haftung der Geschäftsführer nach Rechtsscheingrundsätzen in Betracht kommen⁷⁰. Auch ein Handeln, das ausdrücklich für Rechnung der Gesellschaft erfolgt, kann als Handeln in deren Namen zu deuten sein⁷¹. Schließt ein Geschäftsführer mit einem Dritten ein Geschäft, das – für diesen erkennbar – zum Gegenstand des Unternehmens der Gesellschaft gehört, so handelt er im Zweifel im Namen der Gesellschaft⁷². Die Unternehmensbezogenheit muß jedoch der Geschäftsführer beweisen⁷³. Daneben kommt aber auch eine persönliche Haftung des Geschäftsführers kraft Rechtsscheins in Betracht, insbesondere wenn dieser die Haftungsbeschränkung des Unternehmensträgers verschweigt⁷⁴. Bei Zeichnung von Wechseln oder Schecks wird die Gesellschaft nur dann wertpapierrechtlich verpflichtet, wenn sie selbst als Zeichner genannt wird⁷⁵. Hat der Geschäftsführer als Zeichner den Hinweis auf das Vertretungsverhältnis unterlassen, so haftet er persönlich aus der Papierzeichnung⁷⁶. Ist ein Geschäftsführer für mehrere Gesellschaften – z. B. im Konzern – tätig, und bleibt unklar, für welche der Gesellschaften er handelt, so wird diejenige Vertragspartnerin, der ein betriebsbezogenes Geschäft nach objektiven Umständen zugeordnet werden kann. Ist diese Zuordnung nicht möglich, so wirkt die Erklärung gegen

⁶⁹ Baumbach/Hueck/Zöllner § 36, 4; Lutter/Hommelhoff 16.

⁷⁰ BGHZ 64, 11, 16 f = NJW 1975, 1166; BGH GmbHRdsch 1982, 154, 155; WM 1992, 567, 568 f; OLG Hamm MDR 1976, 759; vgl. oben Ulmer § 4, 58; Scholz/Schneider § 36, 5; Baumbach/Hueck/Zöllner § 36, 4; Rowedder/Koppensteiner 21.

⁷¹ Baumbach/Hueck/Zöllner § 36, 4; Scholz/Schneider § 36, 2.

⁷² BGHZ 62, 216, 220 f = NJW 1974, 1191; BGH WM 1980, 782; WM 1990, 600 f; RGZ 119, 64, 66 f; OLG Hamm GmbHRdsch 1995, 661;

Baumbach/Hueck/Zöllner § 36, 4; Lutter/Hommelhoff 17; Rowedder/Koppensteiner § 36, 2.

⁷³ BGH ZIP 1994, 1860, 1861; OLG Frankfurt GmbHRdsch 1993, 158, 159.

⁷⁴ BGH WM 90, 600 f. Zur Beweislast für Handeln im fremden Namen vgl. BGHZ 85, 252, 258 = NJW 1983, 820; BGH NJW 1975, 775; WM 1992, 567, 568.

⁷⁵ BGHZ 65, 218, 219 f = NJW 1976, 329; BGH WM 1992, 567, 568 f.

⁷⁶ OLG Frankfurt GmbHRdsch 1993, 158, 159; Baumbach/Hueck/Zöllner § 36, 4.

alle in Frage kommenden Gesellschaften⁷⁷. Anwendbar sind auch im Rahmen der Vertretung einer GmbH die Grundsätze über das verdeckte Geschäft, wen es angeht⁷⁸. Kraft dieser Grundsätze, die allerdings im wesentlichen für Verfügungsgeschäfte zu Erfüllungszwecken von Bedeutung sind, kann die GmbH ausnahmsweise durch ein Geschäftsberechtigt und verpflichtet werden, bei dem der Fremdwirkungswille des Geschäftsführers nicht erkennbar war⁷⁹. Im übrigen wird bei fehlender Erkennbarkeit des Fremdwirkungswillens der Geschäftsführer persönlich berechtigt und verpflichtet. Wegen § 164 Abs. 2 BGB kann er das Geschäft auch nicht nach § 119 BGB anfechten⁸⁰.

3. Vertretung und gesellschaftsinterne Maßnahmen

Nicht zur Vertretung zählt die interne Mitwirkung der Organe bei der Konstituierung, Organisation und Willensbildung der Gesellschaft, so etwa bei satzungsändernden Erklärungen, Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen und bei der Auflösung⁸¹. Zur Vertretung gehören aber auch die Willenserklärungen, die die Geschäftsführer namens der Gesellschaft gegenüber anderen **Organmitgliedern** und den **Gesellschaftern** abgeben⁸², und zwar auch, soweit mitgliedschaftliche Beziehungen der letzteren betroffen sind, sowie die Erteilung und der Widerruf von **Prokura** und **Handlungsvollmacht**⁸³. Die Bestellung eines Prokuristen durch den Geschäftsführer ist auch dann wirksam, wenn ihr der nach § 46 Nr. 7 erforderliche Gesellschaftsbeschluss nicht zugrunde liegt⁸⁴. Zur Vertretung zählen ferner sämtliche Rechtsgeschäfte der Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft mit den Arbeitnehmern, also etwa Einstellungen, Vertragsänderungen, die Ausübung des Direktionsrechts und Kündigungen⁸⁵. Auch im Bereich der Betriebsverfassung und der Mitbestimmung nehmen die Geschäftsführer Rechte und Pflichten der Gesellschaft wahr. Arbeitgeber im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn ist grundsätzlich die Gesellschaft selbst, die durch ihre Geschäftsführer handelt⁸⁶. Auch die **Mitwirkungsaufgaben** im Rahmen der **Wahlen von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer**⁸⁷ werden von den Geschäftsführern in Vertretung der Gesellschaft vorgenommen⁸⁸. Die **Bekanntmachung nach § 97 AktG** ist dagegen nur eine interne Maßnahme der Geschäftsführung, an der kraft zwingenden Rechts alle Geschäftsführer zu beteiligen sind⁸⁹. In den Wahlordnungen zum MitbestG (vgl. jeweils § 2) ist es das Unternehmen als solches, das zur Wahlbekanntmachung verpflichtet wird.

⁷⁷ BGH WM 1978, 1151, 1152; ZIP 1986, 366, 367 f; Scholz/Schneider § 36, 4; abw. Baumbach/Hueck/Zöllner § 36, 4: Bindung derjenigen Gesellschaft, mit der die Ausführung des Geschäfts eingeleitet worden ist, vorher nur des Geschäftsführers selbst.

⁷⁸ Vgl. dazu BGHZ 114, 74, 79 f = NJW 1991, 2283; BGH NJW 1955, 587, 590 sowie zur Frage der Anwendung dieser Grundsätze bei Grundstücksgeschäften BGH WM 1973, 869, 870; WM 1978, 11, 13.

⁷⁹ Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner § 36, 5.

⁸⁰ Baumbach/Hueck/Zöllner aaO.

⁸¹ Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner 50; Rowedder/Koppensteiner 11, 12.

⁸² Rowedder/Koppensteiner 6.

⁸³ Scholz/Schneider 33; Baumbach/Hueck/Zöllner 41.

⁸⁴ RGZ 75, 164; RG JW 1911, 334; RG JW 1923, 121; KGJ 1940, 70; OLG Düsseldorf SJZ 1949, 779; Scholz/Schneider 33.

⁸⁵ Scholz/Schneider 32; Baumbach/Hueck/Zöllner 39.

⁸⁶ Kraft-GKBetrVG⁴ (1987), § 1, 36, 37.

⁸⁷ Vgl. § 6 Abs. 2 MitbestG mit der Verweisung auf das Verfahren der §§ 97–99 AktG sowie § 31 Wahlordnung 1953 zur Durchführung des BetrVG.

⁸⁸ Vgl. für das Verfahren nach §§ 97–99 AktG Kollhosser AG 1977, 117, 128 f; Mertens-Köln-KommAktG² §§ 97–99, 29 ff; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropf AktG § 98, 2 ff.

⁸⁹ Geßler aaO § 97, 12.

4. Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern

- 46** Bei Rechtsgeschäften der Gesellschaft mit dem Geschäftsführer, die nichts mit dessen Beststellungs- oder Anstellungsverhältnis zu tun haben, wird die Gesellschaft durch den Mit-Geschäftsführer vertreten, soweit ein solcher vorhanden ist, oder auch durch Bevollmächtigte; ist ein Aufsichtsrat mit einer Vertretungsbefugnis entsprechend § 112 AktG vorhanden, so durch diesen⁹⁰. Für die Innenbeziehung des Geschäftsführers zur Gesellschaft, insbesondere also für Bestellung, Abberufung, Abschluß, Änderung, Kündigung und Aufhebung des Anstellungsvertrages sind dagegen, soweit nicht Mitbestimmungsgesetz oder Satzung etwas anderes vorsehen, die Gesellschafter zuständig⁹¹.

5. Umfang und Grenzen der Vertretungsmacht

- 47** Die Vertretungsmacht erstreckt sich grundsätzlich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Angelegenheiten. Sie bezieht sich auch auf den Behördenverkehr und auf die Beziehungen zu Selbstverwaltungsinstitutionen der Wirtschaft (z. B. Handelskammerwahlen). Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer wird weder durch den Unternehmensgegenstand noch durch den Gewinnerzielungszweck der GmbH begrenzt.
- 48** a) Begrenzung der Vertretungsmacht durch Vertretungsbefugnisse anderer Organe. Die gesetzliche Vertretungsmacht der Geschäftsführer wird durch Vertretungsbefugnisse oder Mitvertretungsbefugnisse eingeschränkt, die kraft Gesetzes einem anderen Organ zugewiesen sind.
- 49** Nach § 52 i.V.m. § 112 AktG vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft im Verhältnis zu den Geschäftsführern, soweit der Gesellschaftsvertrag nicht etwas anderes vorsieht; zur Abgrenzung zwischen der Vertretungsmacht der Geschäftsführer und der des Aufsichtsrats können die Kommentierungen zu § 112 AktG herangezogen werden. Für mitbestimmte Gesellschaften gilt § 112 AktG als zwingendes Recht⁹². Die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats umfaßt alle Rechtsgeschäfte mit amtierenden und ausgeschiedenen Geschäftsführern⁹³.
- 50** Die Nichtigkeitsklage nach § 75 ist in entsprechender Anwendung von § 246 AktG gegen die Gesellschaft, vertreten durch die Geschäftsführer und gegebenenfalls durch den Aufsichtsrat, zu richten⁹⁴.
- 51** Dagegen finden die aktienrechtlichen Vorschriften über eine gemeinsame Vertretung der Gesellschaft bei Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen gegen Beschlüsse der Hauptversammlung oder den festgestellten Jahresabschluß bei der GmbH – anders als bei der Genossenschaft⁹⁵ – keine entsprechende Anwendung⁹⁶. Auch die Satzung kann eine Mitvertretung durch den Aufsichtsrat nicht vorsehen; denn sie kann die Vertretungsmacht der Geschäftsführer nicht einschränken.
- 52** Eine Vertretungskompetenz für die Gesellschafter enthält § 46 Nr. 5; denn aus dieser Vorschrift ist zu entnehmen, daß sie die Geschäftsführer nicht nur bestellen

⁹⁰ Baumbach/Hueck/Zöllner 50a.

⁹¹ BGH WM 1991, 852, 854.

⁹² § 77 Abs. 1 BetrVG 1952; § 3 Abs. 2 Montan-MitbestG; § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG.

⁹³ BGH WM 1989, 637, 638; vgl. zum Umfang der Vertretungsmacht des Aufsichtsrats nach § 112 AktG im einzelnen Mertens-KölnKommAktG² 8 ff. Sie umfaßt auch bei der GmbH das Anstellungsverhältnis; vgl. Rdn 28.

⁹⁴ Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh § 75, 16; Rowedder/Zimmermann § 75, 24; vgl. im einzelnen die Erl. zu § 75.

⁹⁵ Vgl. BGH BB 1978, 629, 630.

⁹⁶ BGH GmbHRdsch 1962, 134; vgl. auch Baumbach/Hueck/Zöllner Anh § 47, 82.

und abberufen, sondern zugleich die GmbH beim Abschluß und bei einer Aufhebung des Anstellungsvertrages vertreten können (vgl. dazu Rdn 23 sowie § 46, 18 ff). Die Gesellschafter können ihre gesetzliche Zuständigkeit zur Vertretung der Gesellschaft bei der Regelung des Anstellungsverhältnisses der Geschäftsführer auf einen Geschäftsführer oder auf den Aufsichtsrat delegieren. Bei deren Verhinderung sind sie aber ersatzweise zuständig⁹⁷.

In Gesellschaften, die dem **MitbestG** oder dem **Montanmitbestimmungsrecht** unterfallen, steht die Vertretung der Gesellschaft auch bei der Regelung des Anstellungsverhältnisses der Geschäftsführer allein dem **Aufsichtsrat** zu (vgl. Rdn 28). Hier kommt eine Ersatzzuständigkeit der Gesellschafter nicht in Betracht. **53**

Eine aufgelöste Gesellschaft vertreten die **Liquidatoren**, § 66 Abs. 1⁹⁸. Das gilt auch bezüglich der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Auflösungsbeschlusses⁹⁹. Vgl. im übrigen die Erl. zu § 68. Nachdem eine GmbH wegen Vermögenslosigkeit von Amts wegen im Handelsregister gelöscht worden ist, sind zu ihrer Vertretung nur noch die Liquidatoren befugt, die das Gericht gemäß § 2 Abs. 3 **LöschungsG** ernannt hat¹⁰⁰. **54**

b) Die **Zustimmung des Aufsichtsrats** nach §§ 15 **MitbestErgG** und 32 **MitbestG** als **Beschränkung der Vertretungsmacht der Geschäftsführer**. §§ 15 **MitbestErgG** und 32 **MitbestG** binden die Vertretungsmacht der Geschäftsführer bei der Ausübung einzelner Beteiligungsrechte an einer mitbestimmten Gesellschaft mit paritätisch besetztem Aufsichtsrat, an der eine mitbestimmte GmbH mit paritätisch besetztem Aufsichtsrat eine Beteiligung von mindestens 25% hat, an einen wirksamen Aufsichtsratsbeschluß, an dem allein die Anteilseignervertreter mitzuwirken berechtigt sind. **55**

Diese Vorschriften beschränken die Geschäftsführer nicht nur in ihrer Geschäftsführungsbefugnis¹⁰¹, sondern sind als eine gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht mit der Folge der Unwirksamkeit des zustimmungslosen Handelns anzusehen¹⁰².

c) **Gesellschafterbeschluß als Voraussetzung eines Vertretungsaktes**. Bei auf Umwandlung gerichteten Rechtsgeschäften hängt die Wirksamkeit im Außenverhältnis von einem Gesellschafterbeschluß ab (§ 13 **UmwG**). Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge werden auf Seiten einer abhängigen GmbH nur mit Zustimmung aller Gesellschafter wirksam. Auf die herrschende GmbH ist § 293 Abs. 2 **AktG** analog anzuwenden¹⁰³. Ist die Zustimmung der Gesellschafter aber nicht kraft einer zwingenden gesetzlichen Vorschrift erforderlich, so wird durch ihr Fehlen die Vertretungsmacht der Geschäftsführer nicht beeinträchtigt; denn der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht steht nicht zur Disposition des Satzungsgebers oder eines Organs der Gesellschaft (§ 37 Abs. 2). **56**

⁹⁷ Vgl. BGHZ 12, 337, 340 = NJW 1954, 799.

⁹⁸ OLG Köln DB 1976, 1572; Lutter/Hommelhoff 1; Rowedder/Koppensteiner 8.

⁹⁹ BGHZ 36, 207, 209 = NJW 1962, 538.

¹⁰⁰ BGH WM 1985, 870, 871.

¹⁰¹ So aber Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff **AktG** § 82, 30; Meyer-Landrut **AktG** § 82, 14; Creze-lus ZGR 1980, 359, 372 f; Eichler BB 1977, 1064, 1065; Säcker DB 1977, 2031, 2035.

¹⁰² Baumbach/Hueck/Zöllner 47; Rowedder/Koppensteiner § 37, 48; Fitting/Wlotzke/Wißmann § 32, 23; Hanau/Ulmer **MitbestG** § 32, 15; Hoffmann/Lehmann/Weinmann § 32, 42; Raiser aaO § 32, 25; MünchHdbGesR III-Marsch-Barner/Diekmann § 44, 4; Philipp DB 1976, 1622, 1624 f; vgl. zur Begründung m.w.Nachw. Mertens-KölnKommAktG² § 78, 18.

¹⁰³ Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner 46.

6. Begrenzung der Vertretungsmacht durch § 181 BGB

- 57** Die Begrenzung der Vertretungsmacht durch § 181 BGB verbietet dem Geschäftsführer die Vertretung der Gesellschaft bei Geschäften mit sich selbst (Verbot des Selbstkontrahierens) und bei Geschäften, die er als Vertreter eines Dritten abschließt (Verbot der Mehrvertretung). Das Verbot des In-sich-Geschäfts greift auch ein, wenn ein Geschäftsführer auf Seiten der Gesellschaft nur als Gesamtvertreter handelt¹⁰⁴.
- 58** a) **Ausnahmen vom Selbstkontrahierungsverbot.** Das Verbot gilt nicht für Erfüllungsgeschäfte (§ 181 2. Halbs. BGB), z. B. für Gehaltszahlungen und Aufwendersersatz für die Geschäftsführer¹⁰⁵. Nach dem in § 107 BGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken kann der Geschäftsführer die Gesellschaft zudem ohne Verstoß gegen § 181 BGB vertreten, wenn sie aus dem betreffenden Geschäft lediglich einen rechtlichen Vorteil hat, wie etwa bei einem Verichtsvertrag gemäß § 397 BGB¹⁰⁶. Das Verbot des Selbstkontrahierens gilt ferner nicht für die körperschaftliche Willensbildung durch Gesellschafterbeschlüsse¹⁰⁷, wohl aber für den Abschluß des Anstellungsvertrages¹⁰⁸. Ein Testamentsvollstrecker ist aber analog § 181 BGB gehindert, bei seiner Wahl zum Geschäftsführer mitzustimmen¹⁰⁹. Sowohl der Erblasser – durch letztwillige Verfügung – als auch die Erben können ihn aber von diesem Verbot befreien¹¹⁰.
- 59** Satzung oder Gesellschafterbeschuß können einem Geschäftsführer die In-sich-Vertretung gestatten¹¹¹, dem Einmann-Gesellschafter nur die Satzung (vgl. Rdn 64). Die Gestattung durch Beschluß ist auch dann ausreichend, wenn eine 100%ige Tochtergesellschaft mit der Muttergesellschaft kontrahiert und der Geschäftsführer auch die Muttergesellschaft vertritt¹¹². Die Gestattung ist als eintragungspflichtige Tatsache iS des § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG im Handelsregister zu vermerken¹¹³. Anzumelden und einzutragen ist auch eine Gestattung des Selbstkontrahierens, die nur bestimmte Arten von Geschäften oder nur Geschäfte mit bestimmten Personen oder Gesellschaften umfaßt¹¹⁴. Für eine Gestattung durch Gesellschafterbeschuß bedarf es keiner Ermächtigung in der Satzung¹¹⁵.
- 60** b) **In-sich-Geschäfte des geschäftsführenden Alleingeschäfters.** Der durch die Novelle 1980 eingefügte Abs. 4 ordnet an, daß § 181 BGB auf In-sich-Geschäfte des Alleingeschäfters, der zugleich alleiniger Geschäftsführer ist, Anwendung findet. Damit hat sich der Gesetzgeber im Hinblick auf diese Konstellation gegen die zuvor

¹⁰⁴ RGZ 89, 367, 373; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 89.

¹⁰⁵ Vgl. Scholz/Schneider 96; Baumbach/Hueck/Zöllner 74.

¹⁰⁶ BGHZ 59, 236, 240 = JZ 1973, 284 m. Anm. Stürner; vgl. auch Scholz/Schneider 97.

¹⁰⁷ BGHZ 52, 316, 318 = NJW 1970, 33; dazu kritisch Hübner 1977 S. 272 ff; zur Stimmabgabe vgl. § 47, 39 ff.

¹⁰⁸ Vgl. BGH WM 1991, 72, 73; Fleck WM 1994, 1957, 1958.

¹⁰⁹ BGHZ 51, 209, 214 f = NJW 1969, 841.

¹¹⁰ BGHZ 108, 21, 24 f = NJW 1989, 2694; Fleck aaO.

¹¹¹ Scholz/Schneider 98; Baumbach/Hueck/Zöllner 75; Hefermehl aaO 91; Altmeyen NJW 1995, 1182.

¹¹² AA Schneider BB 1986, 201, 205; Baumbach/Hueck/Zöllner 79.

¹¹³ BGHZ 87, 59 ff = NJW 1983, 1676; 114, 167, 170 = NJW 1991, 1731; vgl. auch BFHE 169, 171; BayObLG GmbHRdsch 1990, 213, 214; OLG Köln GmbHRdsch 1993, 37; OLG Düsseldorf BB 1995, 10; Scholz/Schneider 98; Baumbach/Hueck/Zöllner 75; aA mit erwägenswerten Gründen Altmeyen aaO 1182 ff.

¹¹⁴ OLG Düsseldorf BB 1995, 10.

¹¹⁵ Baumbach/Hueck/Zöllner 75; abw. BayObLG DB 1984, 1517; OLG Köln GmbHRdsch 1993, 37 – nur bei Grundlage in der Satzung; Rowedder/Koppensteiner 28; Fleck WM 1985, 677 f; Tiedtke GmbHRdsch 1993, 385, 388 – auch ohne satzungsmäßige Ermächtigung bei Einzelgestattung ad hoc.

vom BGH vertretene Lösung entschieden, wonach der Einmann-gesellschafter wegen Fehlens einer Interessenkollision zwischen Vertreter und Vertretenem nicht den Beschränkungen des § 181 BGB unterliegen sollte¹¹⁶. Eine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens kommt für den Einmann-gesellschafter nur durch die Satzung in Betracht, so daß sich die Geschäftspartner durch Einsichtnahme in die Registerunterlagen (§ 9 HGB) informieren können¹¹⁷ (vgl. näher Rdn 64). Die Entscheidung des Gesetzgebers ist für den Gläubigerschutz¹¹⁸ wenig hilfreich. Sie bewirkt nur, daß nunmehr die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens selbstverständlicher Bestandteil jeder vernünftigen Satzung einer Einmann-GmbH ist. Somit stellt Abs. 4 eine mißglückte Vorschrift dar, die zur Auslegung des § 181 BGB keinen relevanten Beitrag zu leisten vermag¹¹⁹. Den Interessen der Gesellschaftsgläubiger wäre mit der Anordnung der Schriftform für die einzelnen Geschäftsabschlüsse eher gedient gewesen¹²⁰.

c) **Einmann-GmbH mit weiterem Geschäftsführer.** Hat die Einmann-GmbH **61** noch einen weiteren Geschäftsführer, ist § 35 Abs. 4 nicht anwendbar¹²¹. Der Alleingesellschafter-Geschäftsführer ist daher nicht darauf angewiesen, daß der weitere Geschäftsführer namens der Gesellschaft mit ihm kontrahiert, wozu dieser alleinvertretungsberechtigt sein müßte, sondern kann nach wie vor gemäß den Rechtsprechungsgrundsätzen in BGHZ 56, 97 und BGHZ 75, 358 zugleich im eigenen Namen und im Namen der Gesellschaft handeln¹²². Sind Alleingesellschafter-Geschäftsführer und weitere Geschäftsführer nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt, so kommt nach BGHZ 64, 72 = LM Nr. 18 zu § 181 BGB m.Anm. *Fleck* die Möglichkeit in Betracht, daß der eine Gesamtvertreter den anderen zur Alleinvertretung ermächtigt. Die gegen BGHZ 64, 72 zu erhebenden Bedenken (vgl. Rdn 68) gelten zwar für die Einmann-Gesellschaft noch verstärkt. Wenn der Gesetzgeber aber die Bestellung eines weiteren Geschäftsführers genügen läßt, um den Alleingesellschafter-Geschäftsführer von der Anwendung des § 181 bei Geschäften mit der Gesellschaft zu befreien, so kann daraus nur der Schluß gezogen werden, daß er der Existenz eines solchen weiteren Geschäftsführers eine wesentliche Gewährleistungsfunktion beimißt. Insofern kann eine Durchbrechung von BGHZ 64, 72 allein für den Fall der Einmann-GmbH nicht in Betracht kommen.

¹¹⁶ BGHZ 56, 97, 101 = NJW 1971, 1355; 75, 358, 359 f = NJW 1980, 932; zur früheren Rechtslage s. auch § 13 Anh I, 35 und Vorauf. 227.

¹¹⁷ Ausschlußbericht BT-Drucks. 8/3908, 74 f; zur Eintragungspflicht s. unten.

¹¹⁸ Daß der Einsatz von § 181 BGB zum Zwecke des Gläubigerschutzes sinnvoll ist, wird mit Recht bezweifelt von *Buchmann* S. 62 ff; *Ulmer* BB 1980, 1001; *Kanzleiter* S. 4 f.

¹¹⁹ Anders *Kreutz* Festschr. Mühl (1981) S. 409, 415 ff, der den Normzweck des § 181 durch § 35 beeinflußt sieht und u. a. entgegen BGHZ 59, 236 annimmt, daß § 181 auch auf Geschäfte Anwendung findet, die der GmbH lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen; noch weitergehend *Ekkenga* AG 1985, 40, 45 ff, der den Umstand, daß der Gesetzgeber durch § 35 Abs. 4 die Gläubiger schützen wollte – sei es auch durch ein untaugliches Mittel –, zum Anlaß

nimmt, Thesen zur analogen Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf andere Fälle sowie zur Anwendung des § 181 BGB auf die Mehrpersonen-GmbH zu entwickeln, die ohne ausreichenden Grund auf eine Umgestaltung der bisherigen Rechtslage hinauslaufen und weder mit der gebotenen Striktheit des Vertretungsrechts zu vereinbaren noch den Gläubigerschutz effektiv zu verstärken imstande sind.

¹²⁰ *Rowedder/Koppensteiner* 25; *Altmeppen* NJW 1995, 1182, 1185; *Buchmann* S. 40 ff.

¹²¹ Ebenso *Rowedder/Koppensteiner* 25; *Meyer-Landrut/Miller/Niehus* §§ 35–38, 21; abw. *Scholz/Schneider* 107; *Baumbach/Hueck/Zöllner* 78; *Lutter/Hommelhoff* 23; *Ekkenga* aaO S. 45 ff.

¹²² Demgegenüber hält *Baumbach/Hueck/Zöllner* 78 diese Entscheidungen durch die Neuregelung ausdrücklich für überholt; ebenso *MünchHdb-GesR III-Marsch-Barner/Diekmann* § 44, 33.

Die Rechtssicherheit verbietet es auch, jeweils nach dem konkreten Grad der Weisungsgebundenheit eines Geschäftsführers zu entscheiden, ob er von dem anderen gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer zur Alleinvertretung der GmbH diesem gegenüber ermächtigt werden durfte.

- 62 d) Unzulässige Umgehung des § 35 Abs. 4.** Auch im Rahmen des § 35 Abs. 4 gilt, daß § 181 nicht durch die Beauftragung eines Unterbevollmächtigten umgangen werden kann. Das Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB gilt auch für den Fall, daß für die Gesellschaft oder den vom Geschäftsführer vertretenen Dritten ein Unterbevollmächtigter bestellt wird¹²³. Da § 181 BGB nicht bloß eine formale Ordnungsvorschrift darstellt¹²⁴, sondern Interessenkollisionen vermeiden will, ist im Hinblick auf den Schutzzweck des § 181 BGB und die Gefahr der Umgehung des Mehrvertretungsverbots eine entsprechende Anwendung der Vorschrift geboten¹²⁵. Dagegen findet § 181 BGB keine entsprechende Anwendung auf Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsführer im eigenen Namen mit der durch einen Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten vertretenen Gesellschaft abschließt¹²⁶.
- 63 e) Abschluß des Anstellungsvertrages bei Fehlen einer Befreiung von § 181 BGB.** § 35 Abs. 4 gilt auch für den Fall, daß der Alleingesellschafter als solcher und nicht als Geschäftsführer die Gesellschaft vertritt, wie insbesondere beim Abschluß des Anstellungsvertrages¹²⁷.
- 64 f) Befreiung.** Der Alleingesellschafter kann sich nach der Rechtsprechung des BGH vom Verbot des Selbstkontrahierens nur kraft einer Regelung in der Satzung befreien, ein einfacher Gesellschafterbeschluß reicht nicht aus¹²⁸. Gegebenenfalls ist eine Satzungsänderung nötig, die zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden muß (§ 54 Abs. 1); sie wird erst mit der Eintragung wirksam (§ 54 Abs. 3). Jedoch bleibt die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, die einem Geschäftsführer einer mehrgliedrigen GmbH – entweder unmittelbar durch den Gesellschaftsvertrag oder aber aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung durch Beschluß der Gesellschafterversammlung – erteilt worden ist, auch dann bestehen, wenn die GmbH später zu einer Einmann-Gesellschaft mit dem Geschäftsführer als Gesellschafter wird¹²⁹.

¹²³ BGHZ 64, 72, 74 = LM Nr. 18 zu § 181 BGB = NJW 1975, 1117; Scholz/Schneider 93; Baumbach/Hueck/Zöllner 77.

¹²⁴ So auch BGHZ 91, 334, 336 = NJW 1984, 2085 m.w.Nachw.

¹²⁵ OLG Frankfurt OLGZ 1974, 347; Blomeyer AcP 172 (1972) 2, 16; Harder AcP 170 (1970) 295, 300; Soergel/Leptien § 181, 28; aA Staudinger/Schilken § 181, 34 f.

¹²⁶ Vgl. BGHZ 91, 334, 336 f = NJW 1984, 2085 (für Prokuristen); Scholz/Schneider 92; Baumbach/Hueck/Zöllner 77; aA Lutter/Hommelhoff 18; Rowedder/Koppensteiner 28; MünchHdb-GesR III-Marsch-Barner/Diekmann § 44, 34.

¹²⁷ Ebenso Scholz/Schneider 121; Meyer-Landrut/Miller/Niehus 21; Rowedder/Rittner § 6, 20; Fleck WM 1985, 677; ders. ZIP 1986, 269, 270; zweifelnd Rowedder/Koppensteiner § 46, 20; abw. Baumbach/Hueck/Zöllner 95.

¹²⁸ BGHZ 87, 59, 60 f = NJW 1983, 1676 unter höchst problematischer Bezugnahme auf BGHZ 33, 189 = NJW 1960, 2285, also eine Entschei-

dung, die der BGH in BGHZ 56, 97 = NJW 1971, 1355 aufgehoben hat; BayObLG NJW 1981, 1565, 1566; Scholz/Schneider 119; Baumbach/Hueck/Zöllner 79; Lutter/Hommelhoff 20; Deutler GmbHRdsch 1980, 145, 146; K. Schmidt NJW 1980, 1769, 1775. AA Bühler DNotZ 1983, 588, 596; Altmeppen NJW 1995, 1182, 1185 f.

¹²⁹ BGHZ 114, 167, 170 f = NJW 1991, 1731; aA für eine nur durch Gesellschafterbeschluß erteilte Ermächtigung Lutter/Hommelhoff 21; Tiedtke GmbHRdsch 1993, 385, 387; BayObLG GmbHRdsch 1987, 428, 429; BayObLG GmbHRdsch 1990, 213, 214 hatte sogar den Fortbestand einer Satzungsermächtigung verneint, wenn aus einer mehrgliedrigen Gesellschaft eine Einmanngesellschaft wurde. Diese durch BGHZ 114, 167 = NJW 1991, 1731 und BFHE 164, 255 überholte Rechtsprechung war mit Recht auf allgemeine Kritik gestoßen; vgl. nur Tiedtke GmbHRdsch aaO sowie ders. ZIP 1991, 355 ff.

Die Satzung kann sich auch damit begnügen, dem Alleingesellschafter die Befreiung durch einen Entschluß zu gestatten¹³⁰. Diese Regelung ist nicht eintragungsfähig¹³¹; doch bedarf in diesem Fall der Entschluß selbst gemäß § 10 Abs. 1 S. 2 der Eintragung in das Handelsregister. Nicht vereinbar mit dem Zweck des § 35 Abs. 4 ist allerdings eine satzungsmäßige Ermächtigung zur Selbstbefreiung durch Entschluß im Hinblick auf bestimmte konkrete Geschäfte. Das Prinzip, daß die Vertretungsmacht abstrakt ausgestaltet sein muß (vgl. Rdn 80), gilt insoweit auch für § 181.

g) Genehmigung. Ein Verstoß gegen § 181 BGB führt nicht zur Nichtigkeit des Insichgeschäfts, sondern nur zu dessen schwebender Unwirksamkeit; der Vertretene kann das Geschäft entsprechend § 177 BGB genehmigen¹³². Jedoch ist bei der Einmann-GmbH eine Genehmigung weder durch interne noch durch externe Erklärung des (einzigen) Gesellschafter-Geschäftsführers (§ 182 Abs. 1 BGB) möglich, da er in beiden Fällen wiederum mit sich selbst kontrahieren müßte, und zwar auch nicht nach zwischenzeitlicher Satzungsänderung, die ihm das Selbstkontrahieren gestattet¹³³. Denn könnte der Alleingesellschafter durch spätere Satzungsänderung oder die Bestellung eines weiteren Geschäftsführers sich auch nachträglich die Rechtsmacht beschaffen, um sich über § 181 BGB hinwegzusetzen, so wäre er nicht genötigt, die Befreiung schon vor Abschluß des Geschäftes vorzunehmen und damit auch publik werden zu lassen.

Soweit ein Aufsichtsrat gebildet ist, ist dieser zur **Genehmigung** berechtigt¹³⁴. Auch ein fakultativer Aufsichtsrat ist für die Erteilung der Genehmigung zuständig, sofern er im wesentlichen die gesetzlichen Funktionen des Aufsichtsrats hat. Das gleiche muß für einen Beirat gelten, dem eine aufsichtsratsähnliche Kontrolle über die Geschäftsführung zusteht. Ist ein solches Aufsichtsratsorgan nicht vorhanden, so steht das Genehmigungsrecht den Gesellschaftern zu¹³⁵. Die Genehmigung kann intern als Billigung gegenüber dem Geschäftsführer erklärt werden; dies kann auch konkludent geschehen¹³⁶. Als externe Erklärung gegenüber dem Geschäftspartner (§ 182 BGB) kann sie nicht von den Gesellschaftern selbst abgegeben werden, sondern die Geschäftsführer müssen sie nach entsprechender Beschlußfassung der Gesellschafter erklären.

h) Erforderlichkeit der Schriftform zu Beweis Zwecken. Gemäß § 35 Abs. 4 S. 2, der durch das Gesetz zur Durchführung der 12. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts vom 18.12.1991¹³⁷ eingefügt wurde, sind die Rechtsgeschäfte zwischen dem Gesellschafter-Geschäftsführer und der vertretenen Gesellschaft unverzüglich nach ihrer Vornahme in einer Niederschrift aufzunehmen, auch wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer nicht alleiniger Geschäftsführer ist. Diese Fassung geht über Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie hinaus, da nicht nur Verträge, sondern auch

¹³⁰ BayObLG DB 1984, 1517, BayObLG GmbHRdsch 1987, 428, 429; abw. Baumbach/Hueck/Zöllner 79, der hierin eine Verletzung der Schutzzendenz des Abs. 4 sieht.

¹³¹ Ulmer aaO.

¹³² Vgl. BGH BB 1994, 164, 165: Schließen zwei gesamtvertretungsberechtigte Geschäftsführer einer GmbH namens der Gesellschaft einen Vertrag mit einem von ihnen, so wird dieser Vertrag wirksam, wenn der (auch) als Vertragspartner auftretende Geschäftsführer als solcher weggefallen ist, und der verbleibende, inzwischen

alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer ihn genehmigt; Baumbach/Hueck/Zöllner 74a.

¹³³ OLG Hamm GmbHRdsch 1992, 669, 670; Kreutz Festschr. Mühl (1981) S. 409, 428; Ekenga AG 1985, 40, 46; aA Baumbach/Hueck/Zöllner 78; Scholz/Schneider 109.

¹³⁴ Hübner aaO S. 251; für die AG Hefermehl aaO 94; Meyer-Landrut-GroßkommAktG § 78, 22.

¹³⁵ BGH DB 1971, 1761; Rowedder/Koppensteiner 28; Hübner aaO S. 239 f.

¹³⁶ BGH DB 1971, 1761.

¹³⁷ BGBl. I, 2206.

einseitige Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter-Geschäftsführer dem Dokumentationserfordernis unterliegen¹³⁸. § 35 Abs. 4 S. 2 gilt auch für den Fall, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer Rechtsgeschäfte im Wege der Gesamtvertretung mit einem weiteren Fremdgeschäftsführer mit der Gesellschaft vornimmt¹³⁹. Die Niederschrift muß unverzüglich erfolgen. Anders als bei § 48 Abs. 3 braucht die Niederschrift aber nicht unterschrieben zu werden, da der Gesetzgeber eine Niederschrift auf Datenträgern ermöglichen wollte¹⁴⁰. Eine Verletzung der Dokumentationspflicht führt nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, möglicherweise aber zu Schadensersatzansprüchen der Gläubiger, die diese unmittelbar im Wege der Durchgriffshaftung gegenüber dem Gesellschafter-Geschäftsführer durchsetzen können¹⁴¹. Der Einmannsgesellschafter – wie auch Dritte – können in einem Prozeß das Zustandekommen des Geschäfts auch bei fehlender Dokumentation mit anderen Mitteln nachweisen; umgekehrt begründet die Dokumentation keine Vermutung für die Vornahme des Rechtsgeschäfts, sondern hat nur Indizcharakter¹⁴². Für dingliche Geschäfte erfüllt die Dokumentation nicht ohne weiteres das von der Rechtsprechung¹⁴³ aufgestellte Erfordernis des erkennbaren Vollzugsakts¹⁴⁴.

- 68** § 181 BGB steht der **Mitwirkung** eines gemeinschaftlich vertretungsberechtigten Geschäftsführers an seiner **Ermächtigung zur Einzelvertretung** (vgl. dazu Rdn 96 ff) nicht entgegen. Nach BGHZ 64, 72 soll es auch nicht gegen § 181 BGB verstoßen, wenn ein gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer mit der Gesellschaft einen Vertrag schließt, nachdem er den anderen Gesamtgeschäftsführer zur Alleinvertretung ermächtigt hat. Der BGH weist darauf hin, daß dieser aus eigenem Recht handle und nicht weisungsgebunden sei. Die Entscheidung des BGH ist abzulehnen, zumal eine Weisungsgebundenheit im Innenverhältnis im Rahmen der möglichen Abstufungen der Geschäftsführungsbefugnis durchaus gegeben sein kann (vgl. § 37, 16)¹⁴⁵.

7. Geschäftsführer als gerichtliche Vertreter

- 69** Als gesetzliche Vertreter nehmen die Geschäftsführer grundsätzlich auch die Vertretung der Gesellschaft vor Gericht wahr. Die amtierenden Geschäftsführer – einschließlich der stellvertretenden (§ 44) – sind deshalb **Partei** und können in einem Rechtsstreit mit der GmbH – anders als ausgeschiedene Geschäftsführer – **nicht als Zeugen** vernommen werden¹⁴⁶. Dies gilt auch für solche Geschäftsführer, die sich an der Vertretung der GmbH im Prozeß tatsächlich nicht beteiligen¹⁴⁷. Wird die

¹³⁸ Schimmelpfennig/Hauschka NJW 1992, 942, 944; Schwarz DStR 1992, 221, 222; Baumbach/Hueck/Zöllner 81; Scholz/Schneider 131 b; Lutter/Hommelhoff 24.

¹³⁹ Schimmelpfennig/Hauschka aaO; Schwarz aaO; Baumbach/Hueck/Zöllner 81; Lutter/Hommelhoff 24.

¹⁴⁰ BT-Drucks. 12/625 S. 6; Schimmelpfennig/Hauschka aaO; Scholz/Schneider 131 c; Lutter/Hommelhoff 24; Baumbach/Hueck/Zöllner 81, der Kenntlichmachung der verantwortlichen Person verlangt.

¹⁴¹ BT-Drucks. 12/625 S. 6; Schwarz DStR 1992, 222; Scholz/Schneider 131 d; Lutter/Hommelhoff 24.

¹⁴² Baumbach/Hueck/Zöllner 82.

¹⁴³ Vgl. BGH GmbHRdsch 1980, 166, 167 f.

¹⁴⁴ Baumbach/Hueck/Zöllner 82.

¹⁴⁵ Kritisch dazu auch Klamroth BB 1975, 851 f; Plander DB 1975, 1493 ff; Reinicke NJW 1975, 1185; Baumbach/Hueck/Zöllner 76; im Sinne des BGH aaO aber Scholz/Schneider 94; Roth Anm. 5.1.3.

¹⁴⁶ Allg.M.; OLG Koblenz WM 1987, 480, 481; Scholz/Schneider 144; Lutter/Hommelhoff 6.

¹⁴⁷ Allg.M.; Scholz/Schneider 144; Stein/Jonas/Schumann ZPO²⁰ (1989) Vor § 373, 18.

GmbH in einem Prozeß dagegen überhaupt nicht durch Geschäftsführer vertreten, sondern durch den Aufsichtsrat oder durch besondere, von den Gesellschaftern im Rahmen des § 46 Nr. 8 bestellte Vertreter, so entfällt die Parteieigenschaft der Geschäftsführer und sie können als Zeugen vernommen werden. Vertritt in Anwendung des § 112 AktG der Aufsichtsrat die Gesellschaft gegenüber Geschäftsführern, so sind alle Aufsichtsratsmitglieder als Partei zu behandeln¹⁴⁸. Ein Geschäftsführer kann nicht **Schiedsrichter** in einem Prozeß sein, an dem die GmbH als Partei beteiligt ist.

Zur gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft genügt auch die **unechte Gesamtvertretung** durch einen Geschäftsführer und einen Prokuristen. Denn auch in dieser Form wird die GmbH gesetzlich vertreten. Trotz seiner Mitwirkung wird der Prokurist selbst aber nicht zum gesetzlichen Vertreter¹⁴⁹. Er ist daher im Prozeß der GmbH auch nicht Partei und gegebenenfalls als Zeuge zu vernehmen¹⁵⁰.

In einer **Klageschrift** sind die jeweils vertretungsberechtigten Geschäftsführer namentlich aufzuführen, §§ 253 Abs. 4, 130 Nr. 1 ZPO¹⁵¹. Ist dies nicht der Fall und ergibt sich daraus eine Verzögerung der Zustellung, so geht dies im Rahmen von § 217 Abs. 3 ZPO zu Lasten der Gesellschaft¹⁵². **Zustellungen und Ladungen** können an jeden Geschäftsführer erfolgen, auch wenn er nicht allein vertretungsberechtigt ist (§ 171 Abs. 3 ZPO); vgl. Rdn 77.

Die Geschäftsführer haben die **eidesstattliche Versicherung über die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft** (§§ 807, 899 ff ZPO) zu leisten¹⁵³. Erklärungspflichtig sind alle Geschäftsführer, die bei Zustellung der Ladung im Amt sind¹⁵⁴. Wer als Geschäftsführer zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung verpflichtet ist, ist von Amts wegen zu klären¹⁵⁵. Geschäftsführer, die nach dem Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens ausgeschieden sind, müssen die eidesstattliche Versicherung noch abgeben, wenn kein Geschäftsführer mehr vorhanden ist¹⁵⁶.

Im **Straf- und Ordnungswidrigkeitsverfahren** gegen die Gesellschaft als Nebenbeteiligte (§§ 88 OWiG, 444 StPO) haben die Geschäftsführer als Betroffene (vgl. auch § 29 Abs. 1 S. 4 OWiG)¹⁵⁷ ein Aussageverweigerungsrecht (§§ 46 Abs. 1 OWiG, 163a, 136 StPO), aber nur, soweit sie zum Vernehmungszeitpunkt amtieren¹⁵⁸. Ein Zeugnisverweigerungsrecht haben Geschäftsführer im Verfahren gegen die GmbH nicht (vgl. § 43, 52).

8. Die Regelung der Vertretungsbefugnis in § 35 Abs. 2 S. 2 und 3

Für die Aktivvertretung gilt, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, das Kollegialprinzip; für die Passivvertretung ordnet Abs. 2 S. 3 zwingend Einzelvertretungsbefugnis jedes Geschäftsführers an.

¹⁴⁸ Über die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen mit ihren Geschäftsführern vgl. im einzelnen § 46, 100 ff.

¹⁴⁹ RGZ 66, 240, 243 f; RGZ 102, 328, 331; vgl. auch Rdn 85.

¹⁵⁰ Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 8.

¹⁵¹ Rowedder/Koppensteiner 10.

¹⁵² BGHZ 32, 114, 119 f = NJW 1960, 1006.

¹⁵³ OLG Hamm DB 1984, 1927; DB 1985, 105.

¹⁵⁴ So für die Aktiengesellschaft KG JW 1932, 3196; aA OLG Hamm DB 1984, 1927; DB 1985, 105 und Scholz/Schneider 143, die auf

den Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung abstellen.

¹⁵⁵ OLG Hamm DB 1984, 1927.

¹⁵⁶ KG JW 1929, 2164; nach OLG Frankfurt JW 1926, 2114; 1927, 726 können ehemalige Geschäftsführer in jedem Fall zur eidesstattlichen Versicherung herangezogen werden, wenn sie ausgeschieden sind, um ihr zu entgegen.

¹⁵⁷ Winterfeld BB 1976, 344.

¹⁵⁸ So BVerfG BB 1975, 1315 für ein Kartellordnungswidrigkeitsverfahren gegen eine AG; Scholz/Schneider 144.

- 75** a) **Aktivvertretung.** Abs. 2 S. 2 stellt als – dispositive – Regel die gemeinschaftliche Vertretungsbefugnis aller Gesellschafter auf. Der **Grundsatz der Gesamtvertretung** gilt für Willenserklärungen aller Art, auch solche im Bereich des öffentlichen Rechts. Er wird nur durch besondere gesetzliche Vorschriften durchbrochen, die für eine bestimmte Willenserklärung Einzelvertretung genügen lassen, so durch § 123 Abs. 4 Binnenschiffahrtsgesetz, wonach ein Geschäftsführer die Anmeldung zum Schiffsregister vornehmen kann.
- 76** In der Praxis ist die Gesamtvertretung iS einer Vertretung durch alle Geschäftsführer bei Gesellschaften mit mehr als zwei Geschäftsführern kaum gebräuchlich. Üblich sind entweder Einzelvertretungsbefugnis oder aber **gemeinschaftliche Vertretungsbefugnis zweier Geschäftsführer** bzw. eines Geschäftsführers mit einem Prokuristen. Die Gesamtvertretung bietet der Gesellschaft eine Gewähr dafür, daß alle Geschäftsführer in gemeinsamer Verantwortung handeln und einander kontrollieren. Andererseits ist sie schwerfällig und kann darüber hinaus eine gesetzliche Vertretung der Gesellschaft überhaupt verhindern, wenn einer der Geschäftsführer ausfällt. Eine zwingende gesetzliche Ausnahme vom Kollegialprinzip bilden §§ 63 Abs. 2 GmbHG, 208 KO, wonach jeder einzelne Geschäftsführer die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen kann. Allerdings ist in diesem Fall die Zahlungsunfähigkeit bzw. Verschuldung glaubhaft zu machen (§ 208 Abs. 2 S. 1 KO), die übrigen Geschäftsführer oder Liquidatoren sind anzuhören (§ 208 Abs. 2 S. 2 KO).
- 77** b) **Passivvertretung.** Für die Passivvertretung ordnet Abs. 2 S. 3 zwingend die Einzelbefugnis jedes Geschäftsführers an. Die Vorschrift ist auf alle rechtlich relevanten Erklärungen gegenüber der Gesellschaft, z. B. auch auf Mahnungen, Fristsetzungen, Wechselproteste oder Mängelrügen anwendbar¹⁵⁹. In analoger Anwendung von § 78 Abs. 3 S. 3 AktG und § 125 Abs. 3 S. 2 HGB hat auch der mit einem Geschäftsführer gemeinschaftlich vertretungsberechtigte Prokurist passive Einzelvertretungsbefugnis. Er ist allerdings insoweit nicht gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft. Vielmehr besagen die genannten Bestimmungen nur, daß die Mitwirkung des Prokuristen bei der unechten Gesamtvertretung (dazu Rdn 84 ff) seine rechtsgeschäftliche Einzelvertretungsmacht bei der Passivvertretung unberührt läßt. Daher genügt die Erklärung ihm gegenüber nicht, wenn sie wirksam nur unmittelbar gegenüber dem gesetzlichen Vertreter abgegeben werden kann¹⁶⁰. Wissen des Geschäftsführers wird unmittelbar der Gesellschaft zugerechnet (vgl. Rdn 123); Wissen des Prokuristen nur gemäß § 166 BGB¹⁶¹.

9. Mögliche abweichende Regelungen der Vertretungsbefugnis

- 78** Wie sich aus Abs. 2 S. 2 ergibt, kann die **Satzung** eine von der Gesamtvertretung aller Geschäftsführer abweichende Regelung der Vertretungsbefugnis vorsehen. Sie kann auch der **Gesellschafterversammlung** oder gegebenenfalls dem **Aufsichtsrat** oder Beirat das Recht einräumen, die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer abweichend vom Gesetz oder von der nach der Satzung normalerweise geltenden Lösung zu regeln¹⁶². Ist aber eine entsprechende Satzungsgrundlage nicht gegeben, so

¹⁵⁹ Scholz/Schneider, 52; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 64; Mertens-Köln-KommAktG² § 78, 30.

¹⁶⁰ Vgl. RG WarnJ 1907, 245 für einen Wechselprotest; Scholz/Schneider 52; Mertens-Köln-KommAktG² § 78, 40.

¹⁶¹ Mertens aaO.

¹⁶² RGZ 164, 177, 183 f; BGH GmbHRdsch 1975, 201, 202 f; Scholz/Schneider 65; Baumbach/Hueck/Zöllner 54.

können diese Organe die gesetzlichen oder satzungsmäßigen Vertretungsregeln von sich aus nicht ändern. Entsprechende Beschlüsse sind nichtig. Die Satzung kann auch dem Vertretungsorgan selbst die Regelung seiner Befugnis überlassen. Zwar ist in der Aktiengesellschaft eine solche Gestaltung – wie sich aus § 78 Abs. 2 und Abs. 3 S. 2 AktG iVm § 23 Abs. 5 AktG ergibt – ausgeschlossen. Diese Vorschriften sind jedoch auf die GmbH nicht entsprechend anwendbar. Da nach § 39 jede Änderung der Vertretungsmacht zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist (vgl. § 39, 7), bestehen auch unter dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes keine Bedenken gegen eine Satzungsbestimmung, die den Geschäftsführern die Regelung ihrer Vertretungsmacht selbst überläßt¹⁶³.

a) Zulässige und unzulässige Gestaltungen. Folgende vom Gesetz abweichende 79 Regelungen der Vertretung sind **zulässig**: Die Gesamtvertretung jeweils durch einen Teil der Geschäftsführer, die Einzelvertretung, die Vertretung durch einen – oder mehrere – Geschäftsführer unter Bindung an die Mitwirkung eines Prokuristen (die sog. unechte Gesamtvertretung; vgl. zu den Grenzen der Zulässigkeit dieser Art der Vertretung die folgende Rdn). Es ist möglich, einem Geschäftsführer Einzelvertretungsbefugnis, anderen dagegen nur eine gemeinschaftliche Vertretungsbefugnis zu erteilen. Dabei kann die gemeinschaftliche Vertretungsmacht eines Geschäftsführers an die Mitberechtigung eines anderen einzelvertretungsbefugten Geschäftsführers gebunden werden, sog. halbseitige Gesamtvertretung¹⁶⁴.

Unzulässig ist es, einen Geschäftsführer ganz von der Vertretung auszuschließen¹⁶⁵. Das gilt auch für einen stellvertretenden Geschäftsführer (§ 44). Differenzierungen der Ausgestaltung der Vertretungsmacht hinsichtlich bestimmter Geschäfte oder Sachbereiche sind mit dem Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht nach § 37 Abs. 2 nicht vereinbar¹⁶⁶. Daher ist die Einengung der Einzelvertretungsmacht eines Geschäftsführers auf einen bestimmten Geschäftskreis oder eine Regelung, die das Erfordernis der Kollektivvertretung auf Geschäfte besonderer Bedeutung beschränkt, unzulässig¹⁶⁷. Ebenso wenig darf die Vertretungsregelung danach variieren, ob gewisse Voraussetzungen gegeben sind oder nicht. Das Erfordernis, daß sie stets allgemein zu gelten hat, macht sie bedingungsfeindlich. Daher kann nicht bestimmt werden, daß ein Geschäftsführer Einzelvertretungsmacht erhalten soll, falls die anderen verhindert sind¹⁶⁸, oder daß ein Geschäftsführer für den Fall von § 181 BGB befreit sein solle, daß er alleiniger Gesellschafter werde¹⁶⁹. Bei **Wegfall oder Verhinderung eines Geschäftsführers** tritt eine Erstar- 80 kung der Vertretungsbefugnis des anderen auch nicht etwa kraft Gesetzes ein, und zwar auch dann nicht, wenn die Gesellschaft nicht mehr ordnungsgemäß vertreten ist (vgl. Rdn 86)¹⁷⁰. Zulässig ist aber die Satzungsregelung, die anordnet, daß –

¹⁶³ Ebenso Scholz/Schneider 67; Rowedder/Koppensteiner 43; aA Baumbach/Hueck/Zöllner 54; Lutter/Hommelhoff 33.

¹⁶⁴ RGZ 90, 21, 22 f entgegen KG DJZ 1906, 1264; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 27; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 31; Meyer-Landrut § 78, 7; abw. Brodmann HGB § 232, 2b; Ritter AktG 1937 § 71, 4a.

¹⁶⁵ Scholz/Schneider 69; Baumbach/Hueck/Zöllner 56.

¹⁶⁶ KG RJA 12, 32; Scholz/Schneider 69; Baumbach/Hueck/Zöllner 55; Rowedder/Koppensteiner 42; Feine S. 493.

¹⁶⁷ Vgl. auch KG OLGRspr. 27, 375.

¹⁶⁸ So KG JW 1934, 988 gegen ein obiter dictum

in RGZ 103, 417 f; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 19 m.w.Nachw.; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 34; BGHZ 34, 27, 29 = NJW 1961, 506 läßt die Frage dahingestellt.

¹⁶⁹ BGHZ 87, 59, 60 f = NJW 1983, 1676.

¹⁷⁰ RGZ 103, 417; 116, 116 f; BGHZ 34, 27, 29 = NJW 1961, 506; BGH WM 1975, 157; OLG Hamburg WM 1987, 1298 f; Scholz/Schneider 76, 78; Rowedder/Koppensteiner 49; Baumbach/Hueck/Zöllner 57; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 18; Mertens aaO; vgl. für Personengesellschaften BGHZ 41, 367, 368 f = NJW 1964, 1624; aA wohl BGH NJW 1975, 1741.

soweit mehrere Geschäftsführer vorhanden sind – diese nur gemeinschaftlich zu handeln berechtigt sind¹⁷¹.

- 81** In der den Mitbestimmungsgesetzen unterworfenen GmbH ist eine Vertretungsregelung unzulässig, die den **Arbeitsdirektor** entgegen § 33 Abs. 1 MitbestG oder § 13 MontanMitbestG nicht als gleichberechtigtes Mitglied der Geschäftsführung behandelt. Das Diskriminierungsverbot, das diese Vorschriften statuieren, besagt nicht, daß der Arbeitsdirektor schon immer dann Einzelvertretungsmacht haben müsse, wenn nur ein anderer Geschäftsführer einzelvertretungsbefugt ist. Steht etwa dem Vorsitzenden oder dem Sprecher des Vertretungsorgans Einzelvertretungsmacht, den anderen Mitgliedern einschließlich des Arbeitsdirektors dagegen nur Gesamtvertretungsmacht zu, so liegt darin noch keine Diskriminierung¹⁷². Dagegen verstößt es grundsätzlich gegen § 33 Abs. 1 MitbestG, wenn bei zwei Geschäftsführern dem einen Einzelvertretungsbefugnis, dem Arbeitsdirektor dagegen nur Gesamtvertretungsbefugnis eingeräumt wird¹⁷³. Doch ist eine vorübergehende Ausnahme akzeptabel, wenn in einer Gesellschaft ein Geschäftsführer längere Zeit tätig gewesen ist und nun ein Arbeitsdirektor bestellt wird¹⁷⁴.
- 82** **b) Gesamtvertretung durch einen Teil der Geschäftsführer.** Üblicherweise wird angeordnet, daß jeweils zwei Geschäftsführer die Gesellschaft gemeinschaftlich vertreten können. Es können aber auch namentlich bestimmte Vertretungspaare gebildet oder es kann angeordnet werden, daß einzelne Geschäftsführer generell zur gemeinschaftlichen Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind, andere dagegen nur in Verbindung mit einem bestimmten Geschäftsführer.
- 83** **c) Einzelvertretung.** Wird nur ein Geschäftsführer bestellt und ergibt sich aus der Satzung nicht, daß die Gesellschaft mehrere Geschäftsführer haben soll, so hat dieser Alleinvertretungsmacht, auch wenn die Satzung dies nicht ausdrücklich vorsieht. Wird in diesem Falle aber ein weiterer Geschäftsführer bestellt, so greift die gesetzliche Regel der Gesamtvertretungsbefugnis ein. Anders wenn dem ersten Geschäftsführer in der Satzung oder durch Beschluß der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrats auf satzungsmäßiger Grundlage Alleinvertretungsmacht zuerkannt ist. In diesem Fall behält er sie, während der neubestellte Geschäftsführer mangels anderweitiger Regelung mit ersterem nur gemeinschaftlich vertretungsberechtigt ist. Besteht Gesamtvertretung, so führt die Verhinderung eines Geschäftsführers nicht von sich aus zur Einzelvertretung (vgl. Rdn 80).
- 84** **d) Unechte Gesamtvertretung.** Es kann bestimmt werden, daß einzelne Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind. Dies wird heute mehrheitlich als „unechte Gesamtvertretung“ bezeichnet¹⁷⁵. Auch die unechte Gesamtvertretung ist eine **Form gesetzlicher Vertretung** der Gesellschaft¹⁷⁶. Sie ist auch dort zulässig, wo das Gesetz die Geschäftsführer als solche zu einem Handeln für die Gesellschaft verpflichtet¹⁷⁷. Der Umfang der

¹⁷¹ Vgl. auch *Roquette* Festschr. Oppenhoff (1985) S. 335, 339.

¹⁷² Rowedder/Koppensteiner 41; Hoffmann/Lehmann/Weinmann § 33, 25; Raiser aaO § 33, 28; Hoffmann BB 1977, 17, 21; Meyer-Landrut DB 1976, 387, 388; vgl. zu § 13 MontanMitbestG auch *Mertens-KölnKommAktG*² § 77, 48.

¹⁷³ Hoffmann aaO; Mertens aaO; Raiser aaO; aA für das MontanMitbestG Kötter MitbestG § 13, 18.

¹⁷⁴ Hoffmann/Lehmann/Weinmann aaO und Meilicke/Meilicke § 33, 6.

¹⁷⁵ Scholz/Schneider 71; Rowedder/Koppensteiner 46.

¹⁷⁶ RGZ 134, 303 ff; Scholz/Schneider 71.

¹⁷⁷ Geßler/Ilefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 32.

Vertretungsbefugnis richtet sich nicht nach der Rechtsstellung des Prokuristen, sondern nach der des Geschäftsführers¹⁷⁸. In unechter Gesamtvertretung können also z. B. auch Anmeldungen zum Handelsregister vorgenommen werden¹⁷⁹. Zur gerichtlichen Vertretung vgl. Rdn 70.

aa) Stellung des Prokuristen. Der Prokurist selbst wird bei unechter Gesamtvertretung nicht zum gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft. Es wird nur die gesetzliche Vertretungsmacht des Geschäftsführers an seine Mitwirkung gebunden¹⁸⁰. Der Umfang der Vertretungsmacht erweitert sich entsprechend über die Beschränkungen des § 49 HGB hinaus¹⁸¹. Der Prokurist handelt bei unechter Gesamtvertretung stets in eigener Verantwortung. 85

bb) Mögliche Regelungen und Grenzen der Zulässigkeit. Jeder Geschäftsführer muß allein oder mit anderen Geschäftsführern in der Lage sein, die Gesellschaft ohne Mitwirkung eines Prokuristen vertreten zu können¹⁸²; denn die unabdingbare organschaftliche Verantwortung des Geschäftsführers nach § 43 setzt voraus, daß er von der – von Dritten unabhängigen – Mitwirkung am organschaftlichen Handeln jedenfalls nicht gänzlich ausgeschlossen ist¹⁸³. Unzulässig ist daher die Bestimmung, daß ein Geschäftsführer die Gesellschaft nur zusammen mit einem Prokuristen, nicht aber zusammen mit anderen Geschäftsführern vertreten könne. Auch eine nur intern wirkende Bestimmung, wonach ein Geschäftsführer stets an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden sein soll, ist unzulässig¹⁸⁴. Tritt bei einem Wegfall von Geschäftsführern ein Zustand ein, daß nur ein gemeinsam mit einem Prokuristen vertretungsberechtigter Geschäftsführer übrig bleibt, so wird dieser damit nicht ohne weiteres von der Bindung an die Mitwirkung des Prokuristen befreit¹⁸⁵. Andererseits ist bei einer solchen Sachlage die Gesellschaft nicht mehr gesetzlich vertretbar, weil dies voraussetzt, daß ein Geschäftsführer oder mehrere Geschäftsführer vorhanden sind, die ohne Bindung an die Mitwirkung des Prokuristen die Gesellschaft vertreten können. Der Prokurist kann in diesem Fall die Gesellschaft nur rechtsgeschäftlich vertreten und ist insoweit an die Beschränkungen der Prokura gebunden. Demgegenüber hält KG HRR 1934, 338 f eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung für zulässig, wonach ein nur zusammen mit einem anderen Geschäftsführer vertretungsbefugter Geschäftsführer die Gesellschaft mit einem Prokuristen – jedenfalls vorübergehend – auch dann vertreten kann, wenn entgegen dem Gesellschaftsvertrag nur ein Geschäftsführer vorhanden ist¹⁸⁶. Das Kammergericht geht aber nicht ausdrücklich auf die Frage ein, ob in dieser Form eine gesetzliche Vertretung der Gesellschaft möglich ist. Da es die Bestimmung nur im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem damaligen § 232 Abs. 2 S. 1 HGB – heute § 78 Abs. 3 S. 1 AktG – prüfte, setzte es sich nicht mit dem inzwischen unbestrittenen Grund- 86

¹⁷⁸ BGHZ 13, 61, 64 = NJW 1954, 1158; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 36 f.

¹⁷⁹ RGZ 134, 303, 307; KG JW 1937, 890 m. abl. Anm. Groschuff; KG HRR 1938 Nr. 1546; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 36.

¹⁸⁰ Mertens aaO; aA BGHZ 13, 61, 64 = NJW 1954, 1158; BayObLG GmbHRdsch 1973, 199, 200; Rowedder/Koppensteiner 47; Scholz/Schneider 71, nach dem der Prokurist bei der unechten Gesamtvertretung mit zur gesetzlichen Vertretung der Gesellschaft berufen wird.

¹⁸¹ Scholz/Schneider 71; Baumbach/Hueck/Zöllner 60; Rowedder/Koppensteiner 48; Roquette Festschr. Oppenhoff (1985) S. 335, 336.

¹⁸² KGJ 20 A 30, 35; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 30 f; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 38.

¹⁸³ Rowedder/Koppensteiner 47; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 38.

¹⁸⁴ Mertens-KölnKommAktG² § 78, 38; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 31; aA Godin/Wilhelmi AktG § 78, 7.

¹⁸⁵ Scholz/Schneider 72; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 30; vgl. auch Rdn 80.

¹⁸⁶ So auch Scholz/Schneider 72, nach dem es zunächst bei der gesetzlichen Vertretung durch Geschäftsführer und Prokuristen bleibt.

satz auseinander, daß die gesetzliche Vertretung der Gesellschaft allein durch den oder die Geschäftsführer gewährleistet sein muß. Ist dies nicht der Fall, weil der einzige vorhandene Geschäftsführer an die Mitwirkung des Prokuristen gebunden ist, so kann die Gesellschaft in dieser Lage nicht gesetzlich, sondern nur rechtsgeschäftlich vertreten sein. In diesem Sinne betont BGHZ 26, 330, 332 f, daß die *unechte Gesamtvertretung nur der Erleichterung einer ohnehin bestehenden Gesamtvertretung* mehrerer gesetzlicher Vertreter diene. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes, wie sie im Anschluß an KG aaO verschiedentlich befürwortet worden ist¹⁸⁷, um die gesetzliche Vertretung der Gesellschaft bei Wegfall eines dafür erforderlichen Geschäftsführers zu sichern, kann nicht in Betracht kommen, zumal sie zeitlich nicht beschränkbar wäre. Sie widerspricht dem Schutzzweck der Gesamtvertretung und ist auch nicht durch ein praktisches Bedürfnis geboten; denn die Gesellschaft kann weiterhin rechtsgeschäftlich vertreten werden und hat überdies die Möglichkeit, einen Notgeschäftsführer zu bestellen. Daher hat es bei der strikten Anwendung der vertretungsrechtlichen Prinzipien zu verbleiben, daß die gesetzliche Vertretung der Kapitalgesellschaft dem gesetzlich zur Vertretung berufenen Organ ohne Mitwirkung des Prokuristen möglich sein muß und die Vertretungsbefugnis auch eines von mehreren Geschäftsführern nicht so geregelt werden kann, daß dieser ausschließlich mit einem Prokuristen zusammen handeln darf¹⁸⁸. Der Schutz Dritter wird durch § 15 Abs. 1 HGB gewährleistet: Fällt ein für die Gesamtvertretung erforderlicher Geschäftsführer weg, ohne daß dies im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht worden ist, und ist dem Dritten der Wegfall nicht bekannt, so darf dieser davon ausgehen, daß der verbliebene Geschäftsführer die Gesellschaft mit einem Prokuristen gesetzlich vertreten kann, wenn ihre Satzung unechte Gesamtvertretung vorsieht.

- 87** Eine der Gesamtprokura vergleichbare Sonderform rechtsgeschäftlicher Vertretung und nicht ein Fall gesetzlicher unechter Gesamtvertretung ist gegeben, wenn ein Prokurist nur zusammen mit einem Geschäftsführer vertretungsbefugt ist, sog. gemischte oder gewillkürte Gesamtvertretung¹⁸⁹ oder auch gemischt-halbseitige Gesamtprokura¹⁹⁰. Diese Regelung ist zulässig¹⁹¹; da sich der Umfang der gemischten Gesamtvertretung aber nach den allgemeinen Grenzen der Prokura richtet, sind ungewöhnliche Geschäfte iSd § 149 Abs. 1 HGB ausgeschlossen. Das praktische Bedürfnis für eine derartige Regelung ergibt sich nicht zuletzt daraus, daß der Geschäftsführer dem nur mit ihm zusammen vertretungsberechtigten Prokuristen eine Ermächtigung zur Einzelvertretung erteilen kann (Rdn 96). Damit eröffnet sich der Weg zu einer mittelbaren gegenständlichen Einschränkung der Prokura, die aus internen Gründen wünschenswert sein kann und den Verkehrsschutz nicht stärker beeinträchtigt als die Ermächtigung zum Alleinhandeln unter Gesamtvertretungsberechtigten im allgemeinen. Die gemischte Gesamtvertretung ist unter Kennzeich-

¹⁸⁷ Scholz/Schneider 72; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 30.

¹⁸⁸ So auch Rowedder/Koppensteiner 49; Roquette Festschr. Oppenhoff (1985) S. 335, 344 ff.

¹⁸⁹ Mertens-KölnKommAktG² § 78, 37.

¹⁹⁰ Scholz/Schneider 73.

¹⁹¹ BGHZ 99, 76, 77 ff = NJW 1987, 841; OLG Düsseldorf GmbHRdsch 1987, 22; Scholz/Schneider 73 ff; Rowedder/Koppensteiner 48a; Viehöfer-Eser BB 1984, 1326, 1327 f; vgl. auch Mertens-KölnKommAktG² § 78, 37; aA Beu-

thien/Müller DB 1995, 461, 462 f; krit. auch Baumbach/Hueck/Zöllner 61, der diese Gestaltung für bedenklich hält, weil sie keine echte Vertretungsmacht des Prokuristen begründe. – In der GmbH & Co. KG kann allerdings die KG Prokura nicht in der Weise erteilen, daß ein Gesamtprokurist an die Mitwirkung eines Gesamtvertretungsbefugten Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gebunden wird (BayObLG DNotZ 1995, 228, 229).

nung der Tatsache, daß der Prokurist die Gesellschaft nur mit einem Geschäftsführer vertreten kann, und in diesem Sinne keine Gesamtprokura ist, im Handelsregister einzutragen¹⁹². Handeln ein Geschäftsführer und ein Prokurist gemeinsam für die Gesellschaft und sind sie beide sowohl zur gesetzlichen als auch zur rechtsgeschäftlichen Vertretung befugt, so ist der Vertretungsakt wirksam, wenn er der einen oder der anderen Vertretungsweise genügt¹⁹³.

10. Ausübung der Gesamtvertretungsbefugnis

a) Überblick über die verschiedenen Ausübungsformen. Gesamtvertretung bedeutet nicht, daß sich das gemeinschaftliche Handeln der Vertreter in einem Gesamttakt vollziehen müßte. Vielmehr ist sie nach allg.M. auch möglich in der Form des Zusammenwirkens durch externe Teilerklärungen, die von den Vertretern getrennt gegenüber den Geschäftspartnern als Teil der Gesamterklärung abgegeben werden¹⁹⁴. Darüber hinaus wird die Ausübung der Gesamtvertretung auch in der Form zugelassen, daß ein Vertreter mit Zustimmung der anderen Gesamtvertreter als Einzelvertreter auftritt¹⁹⁵. Die Zustimmung kann vor oder nach Vornahme des Geschäfts erklärt werden. Nach §§ 125 Abs. 2 S. 2 HGB, 78 Abs. 4 AktG können zur Gesamtvertretung befugte Vertreter auch einzelnen von ihnen eine Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften erteilen. Zwar gibt es eine entsprechende Bestimmung für die Geschäftsführer der GmbH nicht; doch kommt nach einhelliger Meinung eine solche Ermächtigung auch hier in Betracht¹⁹⁶. Vertretungsrechtlich besteht zwischen der vorherigen Zustimmung zu einem von einem Mitgeschäftsführer abzuschließenden Geschäft und der Ermächtigung des Mitgeschäftsführers im Sinne der genannten Regelungen des HGB und des AktG kein erheblicher Unterschied, da auf die Ermächtigung trotz dogmatischen Streits über ihre Rechtsnatur jedenfalls sinngemäß Vertretungsrecht Anwendung findet (vgl. im einzelnen Rdn 96 ff). Für die Mithaftung eines Geschäftsführers kann es jedoch von Bedeutung sein, ob er zustimmend an einem Geschäft mitgewirkt oder ob er lediglich den gesamtvertretungsberechtigten Mitgeschäftsführer zum Alleinhandeln ermächtigt hat.

b) Gesamtvertretung durch gemeinschaftliche Abgabe von Willenserklärungen. Soll die Gesamtvertretung in der Weise ausgeübt werden, daß die Gesamtgeschäftsführer dem Geschäftspartner gegenüber eine gemeinschaftliche Erklärung abgeben, so kommt es darauf an, daß sich ihre Erklärung als Gesamttakt aller Kollektivberechtigten darstellt. Dies ist etwa der Fall, wenn die Gesamtvertreter ein Schriftstück gemeinschaftlich zeichnen. Bei mündlichen Verhandlungen ist es nicht erforderlich, daß sich jeder von ihnen äußert; es genügt, wenn ein Geschäftsführer verhandelt und die anderen an der Verhandlung teilnehmen, ohne zu widersprechen. Nur muß die Mitwirkung aller nach außen zumindest konkludent hervortreten. Sie darf nicht ein Internum der Gesamtvertreter bleiben¹⁹⁷. Bei gemeinschaftlicher Abgabe einer Willenserklärung in einem Gesamttakt müssen gegebenenfalls alle Gesamtvertreter die formalen Erfordernisse der Willenserklärung erfüllen. § 139 BGB ist unanwend-

¹⁹² Vgl. Scholz/Schneider 75.

¹⁹³ Vgl. Roquette Festschr. Oppenhoff (1985) S. 335, 336.

¹⁹⁴ Scholz/Schneider 54; Baumbach/Hueck/Zöllner 64; Rowedder/Koppensteiner 32.

¹⁹⁵ Zur Herausarbeitung dieser Formen der Gesamt-

vertretung durch die Rspr. vgl. Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 40 ff; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 46 ff.

¹⁹⁶ Vgl. Scholz/Schneider 55; Baumbach/Hueck/Zöllner 66; Rowedder/Koppensteiner 34.

¹⁹⁷ RGZ 40, 19.

bar. Genügt das Mitwirkungshandeln auch nur eines Gesamtvertreters den Gültigkeitsvoraussetzungen nicht, so ist der Gesamttakt nichtig¹⁹⁸. Praktisch kommt den Anforderungen an die gemeinschaftliche Abgabe von Willenserklärungen in einem Gesamttakt keine Bedeutung mehr zu, weil auch die Gesamtvertretung durch externe Teilerklärungen oder durch Einzelvertretung mit Zustimmung des Mitberechtigten zugelassen wird.

- 90 c) Gesamtvertretung durch externe Teilerklärungen.** Bei der Ausübung der Gesamtvertretung in der Weise, daß die Gesamtgeschäftsführer Dritten gegenüber getrennt übereinstimmende Willenserklärungen abgeben, muß zumindest aus den Umständen erkennbar sein, daß die einzelnen Erklärungen als Teil der Gesamterklärung gelten sollen¹⁹⁹. Alle Teilerklärungen bedürfen der für das Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form²⁰⁰. Bei Nichtigkeit einer Teilerklärung kommt eine Erklärung nicht zustande. § 139 BGB ist ebensowenig anwendbar wie bei der gemeinschaftlichen Vertretung durch den Gesamttakt. Allerdings können formnichtige Erklärungen nach § 140 BGB in formlos gültige Zustimmungserklärungen umdeutbar sein²⁰¹. Die Erklärung wird für die Gesellschaft erst wirksam, wenn der letzte zur Vertretung erforderliche Gesamtvertreter seine Teilerklärung abgegeben hat und zu diesem Zeitpunkt die übrigen Gesamtvertreter ihre Erklärungen noch gelten lassen²⁰². Geht aus dem Auftreten eines Gesamtvertreters nicht hervor, daß er lediglich eine Teilerklärung abgeben will, so darf der Geschäftspartner annehmen, daß die Gesamtvertretung in Form der Einzelvertretung mit Zustimmung der anderen Gesamtvertreter (dazu Rdn 96 ff) ausgeübt werden soll²⁰³. Geben in einem solchen Fall die anderen Gesamtvertreter Teilerklärungen ab, so liegt hierin zugleich die erforderliche Zustimmung zu einem als Einzelvertretung dienenden Handeln. Wenn zwei Gesamtvertreter gemeinsam eine Vertragserklärung abgeben und die des einen gegen § 181 BGB verstößt, kann dessen Erklärung nicht in eine Ermächtigung des anderen Geschäftsführers zur Alleinvertretung umgedeutet werden²⁰⁴.

- 91 d) Einzelvertretung eines Gesamtvertreters mit Zustimmung der anderen.** Die Gesamtvertretung kann in der Form ausgeübt werden, daß ein Gesamtvertreter allein mit vorheriger oder nachträglicher Zustimmung der anderen Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft Erklärungen abgibt²⁰⁵. Es müssen so viele Geschäftsführer zustimmen, daß mit dem handelnden Geschäftsführer zusammen eine zur Vertretung der Gesellschaft ausreichende Zahl erreicht wird. Dieser selbst wird also mitgezählt. Bei unechter Gesamtvertretung genügt auch die Zustimmung des Prokuristen. Gibt es neben den gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern einen einzelvertretungsberechtigten, so genügt stets auch dessen Zustimmung.

- 92** Bei einer in dieser Art ausgeübten Gesamtvertretung ist **nur die Willenserklärung des nach außen handelnden Geschäftsführers formbedürftig**, nicht dagegen die Zustimmung der anderen Geschäftsführer²⁰⁶; diese kann sowohl dem handelnden Ge-

¹⁹⁸ BGHZ 53, 210, 214 = NJW 1970, 806; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 45; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 47.

¹⁹⁹ BGH NJW 1959, 1183.

²⁰⁰ BGHZ 53, 210, 215 = NJW 1970, 806; Scholz/Schneider 54; Baumbach/Hueck/Zöllner 64.

²⁰¹ Rowedder/Koppensteiner 34; Lutter/Hommelhoff 28; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 47.

²⁰² BGH aaO; Soergel/Leptien § 164, 28; Scholz/Schneider 54; Köter Festschr. Hefermehl (1976) S. 99 Fn. 74; aA Rowedder/Koppensteiner 32; MünchKommBGB-Schramm³ § 164, 85.

²⁰³ Schramm aaO 83; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 44; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 47.

²⁰⁴ BGH GmbHRdsch 1992, 107.

²⁰⁵ Soergel/Leptien § 164, 28; Eder/Wilke/Berg/Gottschling/Gaul RZ 575.

²⁰⁶ Allg.M.; BGH WM 1976, 1053, 1054; WM 1982, 425, 426; Schramm aaO 84; Rowedder/Koppensteiner 34.

schaftsführer als auch dem Geschäftsgegner erklärt werden²⁰⁷. Fordert letzterer eine Erklärung über die Genehmigung (§ 177 Abs. 2 S. 1 BGB), so kann die Genehmigung nur ihm gegenüber erfolgen. Die Zustimmung kann auch schlüssig erteilt werden. Ihre Wirksamkeit hängt nicht davon ab, daß die zustimmenden Geschäftsführer die Einzelheiten des Geschäfts kennen²⁰⁸.

Das Rechtsgeschäft ist **schwebend unwirksam**, solange die Zustimmung nicht erteilt ist. Die erteilte Zustimmung wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück²⁰⁹. Das Rechtsgeschäft wird nur wirksam, wenn der handelnde Geschäftsführer zum Zeitpunkt der Genehmigung mit der von ihm abgegebenen Willenserklärung noch einverstanden ist²¹⁰; dagegen soll nach anderer Ansicht in der Vornahme des Geschäfts durch den handelnden Geschäftsführer schon dessen Zustimmungsteilerklärung dazu liegen, die er nicht mehr widerrufen kann²¹¹. Doch ist die schwebend unwirksame Willenserklärung selbst – also das Substrat der Zustimmungserklärungen – auch für den handelnden Geschäftsführer noch nicht verbindlich, ehe diese nicht in der erforderlichen Zahl vorliegen. Die Genehmigung kann aber noch wirksam erteilt werden, nachdem der handelnde Geschäftsführer aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Genehmigen kann auch ein Gesamtvertreter, der erst nach Abschluß des Geschäfts Vertretungsmacht erlangt hat²¹².

Gesellschafterversammlung oder Aufsichtsrat können die erforderliche Zustimmung eines Gesamtvertreters nicht ersetzen²¹³. Sie können aber dem handelnden Geschäftsführer, sofern ihnen in der Satzung eine entsprechende Befugnis zur Regelung der Vertretungsmacht eingeräumt ist, Einzelvertretungsmacht erteilen²¹⁴. Kraft der Einzelvertretungsmacht kann der handelnde Geschäftsführer dann seine Erklärung selbst genehmigen.

Gibt ein Gesamtvertreter ohne Einwilligung oder Ermächtigung der anderen (dazu Rdn 96 ff) eine Erklärung ab, die nicht wirksam genehmigt wird, so wird die Gesellschaft – soweit nicht eine Rechtsscheinhaftung in Betracht kommt – nicht verpflichtet. Der handelnde Geschäftsführer haftet dem Geschäftsgegner als falsus procurator gemäß §§ 179, 180 BGB²¹⁵. Eine **Rechtsscheinhaftung** kann sich etwa dann ergeben, wenn ein Gesamtvertreter, dessen Zustimmung erforderlich ist, aus dem Verhalten des Geschäftsgegners entnehmen muß, daß dieser eine von einem anderen Gesamtvertreter für die Gesellschaft abgegebene Erklärung fälschlich bereits als ausreichend ansieht. Klärt er den Geschäftsgegner nicht unverzüglich auf, so ist die Erklärung als wirksam zu behandeln, es sei denn, der Geschäftsgegner hätte den Mangel der Vertretungsmacht ohne weiteres erkennen müssen²¹⁶.

e) **Einzelermächtigung von Gesamtvertretern**. Die zur Gesamtvertretung berechtigten Geschäftsführer können einen von ihnen für bestimmte Geschäfte oder be-

²⁰⁷ BGH WM 1976, 1053, 1054; BAG NJW 1981, 2374.

²⁰⁸ RGZ 101, 342, 343 f; BGH WM 1959, 883; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 57.

²⁰⁹ Scholz/Schneider 62.

²¹⁰ RG HRR 1942 Nr. 424; RGZ 81, 325, 329; BGH LM § 164 BGB Nr. 15; Mertens-Köln-KommAktG² § 78, 50; Soergel/Leptien § 164, 28; Staudinger/Dilcher § 167, 54.

²¹¹ Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 58; vgl. auch Scholz/Schneider 62; Baumbach/Hueck/Zöllner 65.

²¹² RG JW 1908, 151.

²¹³ K. Schmidt Gesellschaftsrecht § 28 I 1 C, 615; Scholz/Schneider 60.

²¹⁴ Vgl. auch BGH GmbHRdsch 1975, 201, 202; RGZ 164, 177, 180 ff.

²¹⁵ Vgl. auch Mertens-KölnKommAktG² § 78, 52.

²¹⁶ BGH WM 1976, 658; RGZ 75, 419, 426.

stimmte Arten von Geschäften mit Einzelvertretungsmacht ausstatten²¹⁷. Der Rechtsgedanke der §§ 125 Abs. 2 S. 2 HGB und 78 Abs. 4 AktG gilt sinngemäß auch für die zwischen OHG und AG stehende Gesellschaftsform der GmbH²¹⁸. Die Ermächtigung kommt bei unechter Gesamtvertretung auch im Verhältnis von Geschäftsführer und Prokurist in Betracht.

- 97 aa) Erteilung der Ermächtigung.** Die Ermächtigung muß, wobei die Mitwirkung des Ermächtigten zulässig ist (vgl. Rdn 91), von einer vertretungsberechtigten Zahl von Geschäftsführern erteilt werden²¹⁹. Die Erteilung einer Ermächtigung kann gegebenenfalls an die **Zustimmung des Aufsichtsrats** gebunden werden (vgl. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG). Doch hat das Fehlen der Zustimmung nur interne Bedeutung. Auch die Bindung der Ermächtigung an einen **Gesellschafterbeschuß** muß in der GmbH möglich sein, aber gleichfalls **ohne Außenwirkung** bleiben. Außenwirkung hat es dagegen, wenn die Satzung einer GmbH die Möglichkeit der Ermächtigung eines Gesamtvertreters durch den anderen ausschließt.

- 98** Die **Ermächtigung** ist nicht im Handelsregister einzutragen, weil sie gegenständlich begrenzt ist und ad hoc erklärt werden kann²²⁰. Sie kann konkludent und auch für Geschäfte, die der Form bedürfen, formlos erklärt werden²²¹. Eine konkludente Ermächtigung des einen Gesamtvertreters ergibt sich aber noch nicht daraus, daß der andere verhindert ist²²². Auf die Ermächtigung finden die zum Recht der Stellvertretung entwickelten **Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht** entsprechende Anwendung²²³. Dulden die anderen Geschäftsführer, daß einer von ihnen als Alleinvertreter auftritt, so muß sich die Gesellschaft nach Treu und Glauben so in Anspruch nehmen lassen, als ob der betreffende Geschäftsführer zur Alleinvertretung ermächtigt gewesen wäre²²⁴. Das gleiche gilt, wenn die übrigen Geschäftsführer zwar keine Kenntnis davon hatten, daß ein dazu nicht ermächtigter Geschäftsführer als Alleinvertretungsberechtigter auftrat, dies bei Anwendung pflichtmäßiger Sorgfalt aber hätten erkennen können, und ihr Verhalten von Dritten nach Treu und Glauben dahin gedeutet werden konnte, sie hätten den handelnden Geschäftsführer ermächtigt²²⁵.

- 99 bb) Bestimmtheitsgrundsatz.** Die Ermächtigung kann sich nur auf **bestimmte Geschäfte** oder **bestimmte Arten von Geschäften** beziehen. Eine Ermächtigung für alle Geschäfte unterhalb einer bestimmten Wertgrenze ist unzulässig, da es an einer hinreichenden Bestimmung der Geschäftsart fehlt²²⁶. Eine generelle Ermächtigung

²¹⁷ RGZ 81, 325, 329; BGH DB 1968, 847; WM 1986, 315, 316; *Buchwald GmbH* Rdsch 1960, 180.

²¹⁸ Allg.M.; BGH WM 1988, 216, 217; Scholz/*Schneider* 55.

²¹⁹ Geßler/*Hefermehl*/Eckardt/Kropff AktG § 78, 46; Baumbach/Hueck/Zöllner 66; Scholz/*Schneider* 56; *Mertens-KölnKommAktG* § 78, 53.

²²⁰ *Lüdtkel/Handjery* DB 1972, 565 ff; *Mertens-KölnKommAktG* § 78, 54.

²²¹ BGH WM 1959, 881, 883; WM 1976, 1053, 1054; WM 1982, 425, 426; BAG NJW 1981, 2374; Scholz/*Schneider* 56; Rowedder/*Koppensteiner* 34; *Lutter/Hommelhoff* 28; *Mertens-KölnKommAktG* § 78, 53.

²²² BGHZ 34, 27, 29 = NJW 1961, 506; BGH WM 1975, 157, 158; Scholz/*Schneider* 56; Rowedder/*Koppensteiner* 34.

²²³ RGZ 123, 279, 288 f; BGHZ 5, 111, 116 = NJW 1952, 657; Scholz/*Schneider* 56; Baumbach/Hueck/Zöllner 66; *Reinicke/Tiedtke* DB 1988, 1203; vgl. auch *Mertens-KölnKommAktG* § 78, 57.

²²⁴ BGHZ 5, 111, 116 = NJW 1952, 657; RGZ 117, 163, 165; 123, 280, 288. Allein der handelnde Geschäftsführer kann keine Duldungsvollmacht für sich begründen. Dazu gehört vielmehr der Entschluß eines anderen Geschäftsführers, gegen dessen Handeln nicht einzuschreiten (BGH DB 1988, 386 m. Anm. *Reinicke/Tiedtke* DB 1988, 1203; Baumbach/Hueck/Zöllner 66).

²²⁵ OLG München BB 1972, 113, 114.

²²⁶ Vgl. *Mertens-KölnKommAktG* § 78, 55; aA Scholz/*Schneider* 57; unklar BGH WM 1982, 425, 427.

ist nichtig, da sie auf eine Umgehung der Gesamtvertretung hinauslaufen würde²²⁷. Wird eine „Generalermächtigung“ von Geschäftsführern erteilt, die zugleich die alleinigen Gesellschafter der GmbH sind, und drückt sich darin der Wille der Gesellschafter aus, eine Gesellschaftsangelegenheit durch gemeinsame Entscheidung verbindlich zu regeln, so ist sie als Beschlußfassung der Gesellschafter über die Einräumung von Einzelvertretungsmacht an den betreffenden Geschäftsführer anzusehen. Diese ist wirksam, wenn die Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag zu einer derartigen Regelung befugt sind²²⁸.

cc) **Rechtsnatur der Ermächtigung.** Die Ermächtigung des Geschäftsführers bedeutet eine Erweiterung seiner gesetzlichen Vertretungsmacht zur Einzelvertretungsbefugnis mit beschränktem Umfang²²⁹. Das Reichsgericht²³⁰ hielt sie für eine Handlungsvollmacht iS von § 54 HGB. Aber: §§ 78 Abs. 4 S. 1 AktG und 125 Abs. 2 S. 2 HGB sprechen ausdrücklich von Ermächtigung und nicht von Vollmacht, es geht um die Vertretungsmacht eines organschaftlichen Vertreters, und die ohnehin gegebene Möglichkeit einer Handlungsvollmacht nach § 54 HGB hätte nicht besonders im Gesetz erwähnt zu werden brauchen. Handelt der ermächtigte Geschäftsführer als gesetzlicher Vertreter, so kann er gemäß § 48 Abs. 1 HGB als solcher auch Prokura erteilen²³¹. § 54 HGB ist aber sinngemäß anwendbar²³². In Analogie zum Vertretungsrecht kann die Ermächtigung dem Geschäftsführer selbst, dem Dritten gegenüber oder durch Erklärung gegenüber der Öffentlichkeit erteilt werden (vgl. §§ 167, 171 BGB)²³³. Dem Geschäftspartner braucht der ermächtigte Geschäftsführer nicht offenzulegen, daß er kraft Ermächtigung die Gesellschaft allein vertreten kann²³⁴. Es ist seine Sache, ob er kraft Ermächtigung oder als gemeinschaftlich Berechtigter unter Vorbehalt der Zustimmung der Mitgeschäftsführer handeln will. Jedoch spricht für das erstere eine tatsächliche Vermutung. § 174 BGB findet entsprechende Anwendung.

dd) **Widerruf der Ermächtigung.** Die Ermächtigung kann von den Gesamtvertretern, die sie erteilt haben, jederzeit widerrufen werden²³⁵. Dabei ist die Zustimmung des ermächtigten Geschäftsführers für die Wirksamkeit des Widerrufs nicht erforderlich²³⁶. Der Widerruf eines einzigen Gesamtvertreters genügt²³⁷; denn die Ermächtigung muß vom Vertrauen aller gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer getragen sein, und in Fällen der Illoyalität eines Ermächtigten besteht ein erhebliches Interesse der Gesellschaft daran, die Ermächtigung schleunigst widerrufen zu

100

101

²²⁷ BGHZ 34, 27, 30 = NJW 1961, 506; BGH GmbHRdsch 1975, 201, 202; GmbHRdsch 1979, 271; WM 1976, 1246; WM 1978, 1047, 1048; WM 1986, 315, 316; WM 1988, 216, 217; Scholz/Schneider 57; Baumbach/Hueck/Zöllner 67; Lutter/Hommelhoff 29; Rowedder/Koppensteiner 35; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 50; vgl. auch Mertens-Köln-KommAktG² § 78, 55 m.w.Nachw.

²²⁸ BGH GmbHRdsch 1975, 201, 202.

²²⁹ BGHZ 64, 72, 75 = LM Nr. 18 zu § 181 BGB = NJW 1975, 1117; BAG NJW 1981, 2374; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 47; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 56; Scholz/Schneider 55; Rowedder/Koppensteiner 34; MünchKommBGB-Schramm³ § 164, 82; Wiedemann Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften (1965) S. 381 f.

²³⁰ RG HRR 1929 Nr. 1924; so auch Bydliński JBl 1983, 637.

²³¹ Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO.

²³² Lüdtke/Handjery DB 1972, 565, 569; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 56.

²³³ Vgl. auch Lutter/Hommelhoff 28; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 49; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 54.

²³⁴ RGZ 118, 168, 170.

²³⁵ Scholz/Schneider 56.

²³⁶ Baumbach/Hueck/Zöllner 68; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 54; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 60.

²³⁷ Mertens aaO sowie Scholz/Schneider 56; Baumbach/Hueck/Zöllner 68; Lutter/Hommelhoff 31; Rowedder/Koppensteiner 38; aA Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO.

können. Eine im Rahmen gemeinschaftlicher Vertretung erteilte Ermächtigung kann auch durch Geschäftsführer widerrufen werden, die daran nicht mitgewirkt haben²³⁸; doch müssen diese ihrerseits in vertretungsberechtigter Zahl handeln²³⁹. Ermächtigung und Widerruf stehen im Belieben eines gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführers. Eine Nachprüfung der sachlichen Rechtfertigung des Widerrufs findet nicht statt²⁴⁰. Auf den Widerruf finden die §§ 170, 171 BGB entsprechende Anwendung²⁴¹.

- 102** f) **Abgrenzungsfragen.** Für die im Schrifttum zum Teil vorgenommene Unterscheidung zwischen Einwilligung als vorheriger Zustimmung und Ermächtigung ist keine sachliche Notwendigkeit gegeben²⁴². Zwar besteht ein Unterschied zwischen Ermächtigung und Einwilligung insofern, als auch die nicht an der Ermächtigung beteiligten Vorstandsmitglieder die Ermächtigung in vertretungsberechtigter Zahl widerrufen können. Diese Regelung gilt gemäß ihrem Schutzzweck jedoch auch für die Einwilligung²⁴³.

11. Gewillkürte Vertretung

- 103** Von der organschaftlichen Vertretung ist die rechtsgeschäftliche Vertretung der Gesellschaft kraft Bevollmächtigung, insbesondere kraft Prokura (§§ 48 ff HGB) oder Handlungsvollmacht (§ 54 HGB) zu unterscheiden. Eine organverdrängende Generalvollmacht mit dem Inhalt, daß ein Nichtgeschäftsführer die Gesellschaft statt des Geschäftsführers und wie ein solcher vertreten soll, ist auch bei Zustimmung aller Gesellschafter unzulässig; denn die organschaftliche Vertretung der GmbH durch die Geschäftsführer ist zwingendes Element der GmbH-Verfassung²⁴⁴. Dagegen ist eine Generalvollmacht, die die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer unberührt läßt, als zulässig anzusehen, vorausgesetzt sie ist jederzeit widerruflich²⁴⁵. Eine solche Generalvollmacht bedarf in Anwendung von § 46 Nr. 7 im Innenverhältnis eines Gesellschafterbeschlusses²⁴⁶.
- 104** Die Erteilung einer Prokura ist auch dann möglich, wenn die GmbH kein Handelsgewerbe iS der §§ 1 ff HGB betreibt. Der Prokurist ist in diesem Fall zur Vornahme solcher Geschäfte und Rechtshandlungen befugt, die der Betrieb des Unternehmens mit sich bringt und die zum Unternehmensgegenstand gehören²⁴⁷. Die gegenteilige Auffassung von *Brodmann*²⁴⁸, die auf den Wortlaut des § 49 Abs. 1 HGB abstellt, geht daran vorbei, daß die GmbH nach § 6 Abs. 1 HGB stets Vollkaufmann ist. Als solcher ist der Prokurist nicht zur Vornahme derjenigen Handlungen befugt, die kraft Gesetzes oder der Satzung den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft obliegen. So dürfen Prokuristen in Ermangelung einer gegenteiligen Sat-

²³⁸ Scholz/Schneider 56; Baumbach/Hueck/Zöllner 68.

²³⁹ Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 55.

²⁴⁰ Fischer-GroßkommHGB § 125, 22; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 78, 53; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 61.

²⁴¹ Baumbach/Hueck/Zöllner 68, 66; Lutter/Hommelhoff 31.

²⁴² Rowedder/Koppensteiner 33; Mertens-KölnKommAktG² § 78, 62.

²⁴³ Mertens aaO.

²⁴⁴ Allg.M.; vgl. BGH WM 1976, 1246; KG

GmbHRdsch 1991, 579; Baumbach/Hueck/Zöllner 36a; Rowedder/Koppensteiner 9; Scholz/Schneider 17.

²⁴⁵ Baumbach/Hueck/Zöllner 36a; Scholz/Schneider 18 ff.; Geck DStR 1988, 90, 96; Hübner ZHR 143 (1979) 1 ff.; im Ergebnis auch KG GmbHRdsch 1991, 579; gegen die Zulässigkeit einer solchen Generalvollmacht BGH WM 1976, 1246; Rowedder/Koppensteiner 9.

²⁴⁶ Baumbach/Hueck/Zöllner 36a.

²⁴⁷ Vgl. auch Mertens-KölnKommAktG § 78, 76 m.w.Nachw.

²⁴⁸ Brodmann § 46, 8.

zungsbestimmung keine Gesellschafterversammlung einberufen²⁴⁹. Sie sind nicht berechtigt, Änderungen in der Person oder der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer anzuzeigen. Die Mitwirkung des Prokuristen bei der unechten Gesamtvertretung (dazu im einzelnen Rdn 84 ff) ist, ohne daß der Prokurist dadurch zum gesetzlichen Vertreter würde, an diese Beschränkungen nicht gebunden.

V. Die Geschäftsführer als Geschäftsführungsorgan

Schrifttum

Hammacher Aus der Praxis eines Arbeitsdirektors, RdA 1993, 163; *Hanau* Zur Zuständigkeit des Arbeitsdirektors (§ 33 MitbestG) für leitende Angestellte und Unternehmenssparten, ZGR 1983, 346; *Höhn* Die Geschäftsleitung der GmbH² (1995); *Hoffmann* Zum Rechtsbegriff Arbeitsdirektor gemäß § 33 MitbestG, BB 1976, 1233; *ders.* Der Kernbereich des Arbeitsdirektors und andere praktische Fragen bei der Anwendung von § 33 MitbestG, BB 1977, 17; *Hoffmann-Becking* Arbeitsdirektor der Konzernobergesellschaft oder Konzernarbeitsdirektor, in: Festschr. Werner (1984) S. 301; *Leicht* Der Arbeitsdirektor des Mitbestimmungsgesetzes (1976); *Martens* Der Arbeitsdirektor nach dem Mitbestimmungsgesetz (1980); *ders.* Der Grundsatz gemeinsamer Vorstandsverantwortung, in: Festschr. Fleck (1988) S. 191; *Mertens* Zulässigkeit der Bestellung eines Arbeitsdirektors nach § 85 AktG trotz vorhandenem Personalvorstand? AG 1979, 334; *Meyer-Landrut* Der Arbeitsdirektor im Rahmen der paritätischen Mitbestimmung, DB 1976, 387; *Priester* Stichentscheid beim zweiköpfigen Vorstand, AG 1984, 253; *Przybylski* Die mitbestimmungsrechtliche Bedeutung des Arbeitsdirektors nach dem MitbestG 1976 (1983); *Ruberg* Vorstandsmitglied für Personales und Soziales oder Arbeitsdirektor, AuR 1979, 129; *Säcker* Die Geschäftsordnung für das zur gesetzlichen Vertretung eines mitbestimmten Unternehmens befugte Organ, DB 1977, 1993; *ders.* Der Zuständigkeitsbereich des Arbeitsdirektors und Werkpersonalleiters gemäß § 33 MitbestG, DB 1979, 1925; *U. H. Schneider* Die Geschäftsordnung der GmbH-Geschäftsführer, in: Festschr. Mühl (1981) S. 633; *Spie* Der Personalmanager im Vorstand (1985); *Thüsing* Arbeitsdirektor neuer Art, Der Arbeitgeber 1976, 598, 650, 687; *v. Werder* Organisation der Unternehmensleitung und Haftung des Top-Managements, DB 1987, 2265; *Wlotzke* Der Arbeitsdirektor nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976, Jahrbuch des Arbeitsrechts 14 (1977) 17. S. auch die Angaben vor Rdn 1.

1. Die Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsführer

Die Geschäftsführer sind – wie das Gesetz nicht eigens hervorhebt, aber in § 35 Abs. 1 und § 37 voraussetzt – das für die Führung der Geschäfte normalerweise zuständige Organ. Die Geschäftsführungskompetenz kann allerdings weitgehend durch Satzung oder Gesellschafterbeschlüsse auch anderen Organen übertragen oder an die Mitwirkung anderer Organe gebunden werden (vgl. dazu § 37, 14 ff). Eine eigenverantwortliche Leitungsmacht kraft zwingenden Rechts – wie nach § 76 Abs. 1 AktG dem Vorstand der Aktiengesellschaft – steht den Geschäftsführern nicht zu, auch nicht in der paritätisch mitbestimmten GmbH (vgl. § 37, 21). Ihre Stellung kann allerdings vorstandsähnlich ausgestaltet werden, sei es durch eine § 76 Abs. 1 AktG entsprechende Regelung in der Satzung oder durch die Statuierung eines Sonderrechts auf Geschäftsführung zugunsten eines Gesellschafters, das ihm eine weisungs- und zustimmungsfreie Geschäftsführung gewährleistet. Schließlich kann einem Geschäftsführer auch im Anstellungsvertrag Weisungsfreiheit zugesichert werden oder die Gesellschafter können sie ihm durch Beschluß gewähren (vgl. dazu auch Rdn 167).

²⁴⁹ KG OLGRspr. 24, 158.

2. Geschäftsführung durch mehrere Geschäftsführer

- 106** a) **Gesamtgeschäftsführungsbefugnis als gesetzlicher Regelfall.** Sehen Satzung, Gesellschafterbeschlüsse, Geschäftsordnung oder Anstellungsverträge nichts anderes vor, so haben mehrere Geschäftsführer Gesamtgeschäftsführungsbefugnis. Das bedeutet: Das Geschäftsführergremium kann nur handeln, wenn alle Geschäftsführer einer Maßnahme zugestimmt haben. Konkludentes Einverständnis kann nach Lage der Dinge genügen. Vorherige pauschale Zustimmung eines Geschäftsführers zu noch nicht konkret absehbaren künftigen Handlungen eines anderen reicht nicht aus. Jedoch sind die Regeln über die Ermächtigung eines Gesamtvertreters zur Einzelvertretung durch den oder die anderen Gesamtvertreter (vgl. Rdn 96 ff) sinngemäß auch auf die Geschäftsführung anwendbar. Die Zustimmung ist empfangsbedürftige Willenserklärung; sie kann bis zur Vornahme der Geschäftsführungsmaßnahme widerrufen werden (vgl. auch Rdn 101). §§ 115 Abs. 2 HGB und 744 Abs. 2 BGB sind entsprechend anwendbar. Bei Gefahr im Verzuge kann also auf die Zustimmung eines nicht mehr rechtzeitig erreichbaren Geschäftsführers verzichtet werden, und jeder Geschäftsführer kann solche Maßnahmen treffen, die zur Erhaltung eines Gegenstandes des Gesellschaftsvermögens notwendig sind. Übergangene Geschäftsführer sind bei nächster Gelegenheit zu unterrichten und haben vor Ausführung der Geschäftsführungsmaßnahme ein Widerspruchsrecht. Geschäftsführer, die sich im Urlaub befinden oder einvernehmlich vom Dienst befreit sind, erklären durchweg ihre Zustimmung zu den Beschlüssen der anderen, soweit diese nicht außergewöhnliche Angelegenheiten und Größenordnungen betreffen.
- 107** b) **Abweichungen vom Prinzip der Gesamtgeschäftsführung.** Der Satzung und in ihrem Rahmen den Gesellschaftern steht es frei, Abweichungen vom Prinzip der Gesamtgeschäftsführung zu statuieren. Ob Bestimmungen über die Ausübung der Vertretungsmacht zugleich auch als Anordnungen über die Geschäftsführungsbefugnis verstanden werden können, ist Auslegungsfrage, im Zweifel jedoch bei solchen Geschäftsführungshandlungen anzunehmen, die sich zugleich auch als Vertretungsakte darstellen oder die der Umsetzung durch Vertretungsakte bedürfen und nicht der Beschlußfassung durch das Gesamtgremium vorbehalten sind. Abweichend vom Prinzip der Gesamtgeschäftsführung kann einerseits eine Geschäftsverteilung vorgesehen werden; andererseits kann die Willensbildung des Geschäftsführergremiums vom Prinzip der Einstimmigkeit abweichenden Regeln unterstellt werden.
- 108** aa) **Geschäftsverteilung.** Einzelnen Geschäftsführern kann im Wege der Geschäftsverteilung ein fachlicher oder örtlicher Bereich (Zweigniederlassung oder eine Unternehmenssparte) zugewiesen werden, für den sie allein oder zusammen mit einzelnen anderen Geschäftsführern oder leitenden Angestellten geschäftsführungsbefugt sind. Derartige Regelungen sind in der Praxis vielfach üblich²⁵⁰. Zur Bedeutung der Ressortverteilung für die Haftung von Geschäftsführern vgl. § 43, 31.
- 109** Den Ressortleitern obliegt vorbehaltlich einer besonderen Regelung die Pflicht, alle Angelegenheiten, die **grundsätzliche Fragen** der Unternehmenspolitik berühren oder eine mehrere Ressorts **übergreifende Bedeutung** haben und nicht zwischen diesen selbst geklärt werden können, vor das Geschäftsführergremium zu bringen und ihre Geschäftsführung nach dessen Beschluß einzurichten. Einem Geschäftsführer, aber auch einem Ausschuß von Geschäftsführern kann die Koordinierung der Arbeiten verschiedener Ressorts oder die Überwachung der Durchführung der vom Ge-

²⁵⁰ BeckGmbH-Handb.-Axhausen § 5, 54.

schaftsführergremium beschlossenen Maßnahmen in den einzelnen Ressorts als besondere Geschäftsführungsaufgabe zugewiesen werden.

Die Geschäftsverteilung kann nicht erstreckt werden auf Aufgaben, die das Gesetz zwingend allen Geschäftsführern – sei es einzeln, sei es in ihrer Gesamtheit – zuweist. Zwar ist es auch im Bereich dieser Angelegenheiten nicht ausgeschlossen, einen Geschäftsführer mit vorbereitenden Arbeiten oder mit der Durchführung der Entscheidungen des Geschäftsführergremiums zu betrauen. Doch ist das Geschäftsführergremium im Bereich der ihm zwingend auferlegten Aufgaben kraft zwingenden Rechts ein **Kollegialorgan**, für dessen Funktionieren alle Geschäftsführer Verantwortung tragen und in dessen Rahmen jeder einzelne Geschäftsführer eine intensive Überwachungsverantwortung in bezug auf das Handeln der anderen hat (§ 43, 32)²⁵¹. Außerhalb dieses Bereichs ist es nicht ausgeschlossen, einzelne Geschäftsführer von bestimmten Entscheidungen auszuschließen oder an Weisungen anderer Geschäftsführer zu binden oder auch einigen Geschäftsführern ein Ressort zuzuteilen, anderen nicht. Eine Ausnahme gilt für den Arbeitsdirektor (vgl. Rdn 114). Jedoch haben alle Geschäftsführer die unabdingbare Pflicht, sich für das organisatorische Funktionieren dieses Gremiums insgesamt einzusetzen, den Geschäftsbetrieb im ganzen zu beobachten und Mißstände auch in anderen Ressorts zur Kenntnis des Geschäftsführergremiums zu bringen (vgl. auch § 37, 15). Diese allgemeine Überwachungspflicht²⁵² erlaubt einem Geschäftsführer aber nicht, sich ohne besonderen Anlaß störend in den Bereich eines anderen Ressorts einzumischen. Ist die Geschäftsverteilung dem Geschäftsführergremium selbst überlassen, so ist jeder Geschäftsführer für eine möglichst **sachgerechte Ressortaufteilung** mitverantwortlich. In einem als Kollegialorgan verfaßten Geschäftsführergremium besteht auch eine Verantwortung aller Geschäftsführer dafür, daß die Berichterstattung unter ihnen sachgerecht organisiert ist und funktioniert. Es muß gewährleistet sein, daß jeder Geschäftsführer von bedeutsamen Angelegenheiten in einem anderen Ressortbereich unterrichtet wird. Der Verantwortung jedes Geschäftsführers für die sachgerechte Organisation und das Funktionieren der Zusammenarbeit im Geschäftsführergremium als Kollegialorgan entspricht ein Recht jedes Geschäftsführers, Angelegenheiten, die ein anderes Ressort betreffen, vor das Geschäftsführergremium zu bringen und damit einer Kollegialentscheidung zu unterwerfen (vgl. auch Rdn 109). Ist die Geschäftsführung stärker hierarchisch organisiert, so muß doch immerhin auch ein untergeordneter Geschäftsführer die Informationsmöglichkeiten haben, die unverzichtbar sind, damit er seiner unabdingbaren Verantwortung für ein rechtmäßiges und im Rahmen der Ausgestaltung durch Satzung und Gesellschafterbeschlüsse sachangemessenes Funktionieren des Gesamtorgans genügen kann.

bb) Willensbildung. Vom Prinzip der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis kann auch bei der Willensbildung abgewichen werden. Dies ist normalerweise insofern der Fall, als für die Beschlußfassung der Geschäftsführer in den Satzungen durchweg das Mehrheits- und nicht das Einstimmigkeitsprinzip vorgesehen wird. Ist für Beschlüsse des Geschäftsführergremiums die Geltung des Einstimmigkeitsprinzips oder die Erforderlichkeit einer qualifizierten Mehrheit nicht ausdrücklich angeordnet, so liegt sogar die Annahme einer konkludent angeordneten Geltung des Mehrheitsprinzips nahe. Da die Geschäftsführer außerhalb der ihnen zwingend zur Entscheidung als Gesamtheit überwiesenen Aufgaben kein Kollegialorgan zu bilden brauchen, ist

²⁵¹ Vgl. BGH NJW 1994, 2149 m. Anm. Rohde JuS 1995, 965. ²⁵² Dazu für den Vorstand einer Aktiengesellschaft *Martens Festschr. Fleck* (1988) S. 191, 195 ff.

bei allen Entscheidungen, die nicht in diesen Bereich fallen, eine gemeinsame Willensbildung verzichtbar; das gilt auch für ressortübergreifende und grundsätzliche Fragen. Es können auch Stichentscheidungsrechte, Vetorechte eines Geschäftsführers, Alleinentscheidungsrechte bestimmter Geschäftsführer oder unterschiedliche Stimmgewichtungen eingeführt werden. In Gesellschaften mit paritätisch zusammengesetztem Aufsichtsrat ist jedoch das Prinzip der Gleichberechtigung des Arbeitsdirektors und die Gewährleistung der ihm vom Gesetz zugewiesenen Kernbereichszuständigkeit zu beachten (vgl. die folgenden Rdn).

c) Die Stellung des Arbeitsdirektors

112 aa) Ressortzuweisung durch Bestellung. Der Arbeitsdirektor, der in Gesellschaften mit paritätisch zusammengesetztem Aufsichtsrat als gleichberechtigter Geschäftsführer zu bestellen ist (vgl. Rdn 29 ff), erhält mit der Bestellung zugleich einen bestimmten Kompetenzbereich zugewiesen, was nicht heißt, daß er innerhalb dieses Kompetenzbereichs Einzelgeschäftsführungsbefugnis haben müßte. Einen Anspruch darauf kann er nur unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung mit anderen Geschäftsführern haben (vgl. Rdn 114, 116).

113 bb) Aufgabenbereich. Nach einer von Rechtsprechung und Literatur aufgegriffenen Formel des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung muß dem Arbeitsdirektor ein „Kernbereich von Zuständigkeiten in Personal- und Sozialfragen“ zustehen²⁵³. Zur inhaltlichen Konkretisierung dieses sog. Kernbereichs wird zum Teil auf die §§ 80, 87, 88, 90–105, 111 BetrVG verwiesen²⁵⁴, zum Teil haben Rechtsprechung und Literatur umfangreiche Kataloge von Personal- und Sozialangelegenheiten entwickelt. Danach zählen zum Kernbereich die Bereiche Personalplanung und -entwicklung, Personalverwaltung, Bildungswesen, Lohn- und Gehaltsfindung, Lohn- und Gehaltsabrechnung, Arbeitswirtschaft, Ergonomie, Arbeitsschutz, Gesundheitsvorsorge, Unfallverhütung, Altersvorsorge, Pensionswesen und Betriebsverfassungs- und Tarifrecht²⁵⁵. Nicht zu diesem Kernbereich gehören die Personal- und Sozialangelegenheiten der leitenden und außertariflichen Angestellten²⁵⁶; ebenso wenig die Arbeitnehmer ausländischer Betriebe deutscher Unternehmen, auf die das MitbestG nicht anwendbar ist²⁵⁷. Auch die Repräsentation des Unternehmens in Arbeitgeberverbänden ist nicht dem Kernbereich zuzurechnen²⁵⁸. Soweit Personal- und Sozialangelegenheiten auch die Geschäftsbereiche der anderen Geschäftsführer berühren, insbesondere die Kostenstruktur- und Finanzplanung des Unternehmens, ist die Ressortzuständigkeit des Arbeitsdirektors keine ausschließliche, sondern im Benehmen mit den betreffenden Geschäftsführern wahrzunehmen²⁵⁹. Dem entspricht die Formulierung des § 33 Abs. 2 MitbestG, wonach der Arbeitsdirektor seine Aufgaben im engsten Einvernehmen mit dem Gesamtorgan auszuüben hat. § 33 MitbestG besagt nicht, daß der Arbeitsdirektor ausschließlich

²⁵³ BT-Drucks. 7/4845 S. 9; BVerfGE 50, 290, 378 = NJW 1979, 699, 711; BGHZ 89, 48, 59 = AG 1984, 48, 51; OLG Frankfurt AG 1985, 220, 221; Hanau/Ulmer § 33, 39; Raiser MitbestG² § 33, 15.

²⁵⁴ Hanau/Ulmer § 33, 44 ff.

²⁵⁵ LG Frankfurt AG 1984, 276, 277; vgl. auch Hoffmann BB 1977, 17, 18 f.; Hammacher RdA 1993, 164 f. sowie die Kataloge bei Spiel/Piesker S. 76 ff.; Spieker BB 1968, 1089, 1090.

²⁵⁶ Martens S. 69; Hanau/Ulmer § 33, 42; Raiser aaO § 33, 17.

²⁵⁷ Hanau/Ulmer § 33, 42.

²⁵⁸ Spiel/Piesker S. 70 ff.; Hoffmann/Lehmann/Weinmann § 33, 16; Raiser aaO § 33, 18.

²⁵⁹ Spiel/Piesker S. 155; Hammacher RdA 1993, 163, 167; Fitting/Wlotzke/Wißmann² § 33, 30; GemKMitbestG-Rumpff § 33, 76.

mit Personal- und Sozialangelegenheiten zu befassen ist. Dem Arbeitsdirektor können daher zusätzliche Aufgaben aus anderen Geschäftsbereichen übertragen werden, soweit er dadurch nicht gehindert wird, seine Aufgaben im Personal- und Sozialbereich vollständig und effektiv wahrzunehmen²⁶⁰.

cc) Rechtsstellung innerhalb des Vertretungsorgans. Der Arbeitsdirektor ist nach Abs. 1 S. 1 gleichberechtigtes Organmitglied (vgl. auch Rdn 29). Eine sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlung des Arbeitsdirektors im Verhältnis zu den übrigen Geschäftsführern ist somit verboten²⁶¹. Sachlich gerechtfertigte Differenzierungen sind dagegen zulässig. So stellt die Ernennung eines Geschäftsführers zum Vorsitzenden des Geschäftsführergremiums ebensowenig eine Diskriminierung dar²⁶² wie die Einräumung eines Stichentscheides zu dessen Gunsten im Fall der Stimmgleichheit. Unzulässig ist ein Stichentscheid dagegen bei zwei Geschäftsführern. Ebenso unzulässig ist ein allgemeines Vetorecht des Vorsitzenden der Geschäftsführung²⁶³. Die Grenze zwischen sachlich gerechtfertigten und willkürlichen Differenzierungen muß im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung der Organisation der jeweiligen Geschäftsführung gezogen werden. Dabei ist stets dem Ziel des Gesetzes Rechnung zu tragen, den Arbeitsdirektor voll in die Geschäftsführung zu integrieren²⁶⁴. Wird innerhalb der Geschäftsführung ein Gremium mit besonderen Koordinations- und Entscheidungsbefugnissen gebildet, so muß der Arbeitsdirektor diesem angehören.

Gemäß § 33 Abs. 2 S. 2 MitbestG bestimmt das Nähere die **Geschäftsordnung** für das Vertretungsorgan. Die Geschäftsordnung kann also neben Regelungen über die Zusammenarbeit im Vertretungsorgan auch die Zuständigkeit des Arbeitsdirektors konkretisieren und gegenüber anderen Ressorts abgrenzen. Alle Regelungen der Geschäftsordnung müssen dem Prinzip der Gleichberechtigung des Arbeitsdirektors als Mitglied der Geschäftsführung gerecht werden. Da § 33 Abs. 2 S. 2 MitbestG Einzelheiten der Abgrenzung des Zuständigkeitsbereichs der Geschäftsordnung vorbehält, können sie nicht durch die Bestellung oder den Anstellungsvertrag geregelt werden²⁶⁵. Aus § 33 Abs. 2 S. 2 MitbestG ergibt sich nicht zwingend das Gebot, eine Geschäftsordnung zu erlassen oder den Geschäftsbereich des Arbeitsdirektors und seine Befugnisse in der Geschäftsordnung festzulegen²⁶⁶. Die Zuständigkeit des Arbeitsdirektors ist – wie BVerfGE 50, 290, 378 = NJW 1979, 699, 711 anerkennt – hinreichend bestimmt (vgl. Rdn 29). Das Gesetz kennt keine Pflicht zur Statuierung einer Geschäftsordnung für das gesetzliche Vertretungsorgan, geschweige denn eine Pflicht zur Regelung bestimmter Fragen in einer solchen.

dd) Umfang der Vertretungsbefugnis. Die Regelung der Vertretungsbefugnis richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 78 ff. AktG). Der Arbeitsdirektor darf prinzipiell keine schwächere Vertretungsbefugnis haben als die anderen Geschäftsführer²⁶⁷. Es ist aber zulässig, dem Vorsitzenden des Geschäftsführergremi-

²⁶⁰ LG Frankfurt AG 1984, 276, 277; OLG Frankfurt AG 1985, 220, 221; Geitner AG 1976, 213; Hoffmann/Neumann GmbHRSch 1976, 183, 186; Thüsing Arbeitgeber 1976, 600; Wlotzke/Wißmann DB 1976, 967; Fitting/Wlotzke/Wißmann² § 33, 35; Hanau/Ulmer § 33, 40; Raiser aaO § 33, 19; GemKMitbestG-Rumpff § 33, 21.

²⁶¹ Hoffmann/Lehmann/Weinmann § 33, 23; Raiser aaO § 33, 21.

²⁶² Fitting/Wlotzke/Wißmann² § 33, 42; Raiser aaO § 33, 26.

²⁶³ BGHZ 89, 48, 59 = AG 1984, 84.

²⁶⁴ Raiser aaO § 33, 21.

²⁶⁵ Hanau/Ulmer § 33, 38; Hoffmann/Lehmann/Weinmann § 31, 44; Raiser aaO § 33, 20.

²⁶⁶ Fitting/Wlotzke/Wißmann² § 33, 31; Hoffmann/Lehmann/Weinmann § 33, 37, 49; GemKMitbestG-Rumpff § 33, 51; Schneider Festschr. Mühl (1981) S. 633, 639 f.; aA Hanau/Ulmer § 33, 38.

²⁶⁷ Hanau/Ulmer § 33, 55; Raiser aaO § 33, 28; Meyer-Landrut DB 1976, 387, 388.

ums Einzel-, den übrigen Mitgliedern nur Gesamtvertretungsbefugnis einzuräumen²⁶⁸. Erhält dagegen die Mehrheit der anderen Geschäftsführer Einzelvertretungsbefugnis, so muß sie auch dem Arbeitsdirektor gewährt werden. Bei einem zweigliedrigen Vertretungsorgan ist eine Regelung unzulässig, nach der dem anderen Mitglied Einzel-, dem Arbeitsdirektor aber nur Gesamtvertretungsbefugnis gewährt wird²⁶⁹. Doch ist eine vorübergehende Ausnahme akzeptabel, wenn in einer Gesellschaft ein Geschäftsführer längere Zeit tätig gewesen ist und nun ein Arbeitsdirektor bestellt wird²⁷⁰.

117 **ee) Pflichten des Arbeitsdirektors.** Den Arbeitsdirektor treffen alle Pflichten eines Geschäftsführers. Innerhalb einer kollegial organisierten Geschäftsführung unterliegt er der allgemeinen Überwachungspflicht, die alle Geschäftsführer gegenüber ihren Kollegen haben, und ist auch seinerseits verpflichtet, den Geschäftsbetrieb im ganzen zu beobachten und Mißstände in anderen Ressorts zur Kenntnis des Geschäftsführergremiums zu bringen²⁷¹. Die Bindung der Geschäftsführer an Weisungen der Gesellschafter oder eines anderen Gesellschaftsorgans gilt auch für den Arbeitsdirektor (vgl. dazu § 37, 21). Nur darf er durch die Ausgestaltung und Handhabung des Weisungsrechts nicht stärker gebunden werden als seine Kollegen.

118 Daß bestimmte Entscheidungen, die zum Ressort des Arbeitsdirektors gehören, einer Gesamtzuständigkeit der Geschäftsführung unterliegen – wie beispielsweise der Abschluß von Betriebsvereinbarungen oder die Besetzung von Einigungs- und Schlichtungsstellen –, kann auch in einem divisional geführten Unternehmen nicht ohne weiteres als unzulässiger Eingriff in dessen gesetzlich gewährleistete Zuständigkeit angesehen werden²⁷². In divisionalisierten Unternehmen darf die Spartenbildung die dem Arbeitsdirektor kraft Gesetzes zukommende Kompetenz nicht verkürzen²⁷³, nicht etwa darf ein Arbeitsdirektor pro Sparte bestellt werden²⁷⁴. Der Arbeitsdirektor der Konzernobergesellschaft ist nicht ohne weiteres auch für Personal- und Sozialangelegenheiten in Untergesellschaften zuständig, sondern nur insoweit, als die Obergesellschaft darauf einzuwirken beansprucht²⁷⁵.

119 **d) Beschlußverfahren.** Das Gesetz schreibt für Beschlüsse der Geschäftsführer keine Form vor. Der Beschluß kommt mit Abgabe der letzten Stimme zustande. Eine explizite Feststellung oder besondere Verkündung des Beschlußergebnisses ist nicht erforderlich; vielmehr können auch konkludente Beschlüsse gefaßt werden²⁷⁶. Bei Beschlußfassung in Abwesenheit eines Mitglieds ist zu unterscheiden, ob der Beschluß ohne dessen Stimme ergehen oder erst mit dessen nachträglicher Stimmabgabe wirksam werden soll. Gilt für Beschlüsse das Einstimmigkeitsprinzip, so sind alle Mitglieder an der Beschlußfassung zu beteiligen, soweit nicht der Rechtsgedanke der §§ 115 Abs. 2 HGB, 744 Abs. 2 BGB eingreift oder für die Beschlußfähigkeit eine Regelung getroffen ist, nach der für diese nicht die Beteiligung aller Mitglieder an der Beschlußfassung gefordert wird. Auch wenn das Mehrheitsprinzip gilt, sind, soweit möglich, alle zur Teilnahme an der Beschlußfassung berechtigten

²⁶⁸ *Fitting/Wlotzke/Wißmann*² § 33, 44; *Meyer-Landrut* DB 1976, 387, 388; *Hoffmann* BB 1977, 17, 21.

²⁶⁹ *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* § 33, 25; *Raiser aaO* § 33, 28; *Mertens-KölnKommAktG*² § 77, 48.

²⁷⁰ *Hoffmann/Lehmann/Weinmann aaO*; *Meilicke/Meilicke*² § 33, 6.

²⁷¹ *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* § 33, 24.

²⁷² OLG Frankfurt AG 1986, 262, 264 entgegen LG

Frankfurt AG 1984, 276, 278; vgl. dazu *Theisen* AG 1987, 137, 147.

²⁷³ Dazu *Wendeling-Schröder* S. 46 ff sowie *Mertens aaO* 27.

²⁷⁴ *Wendeling-Schröder* S. 51 gegen *Hoffmann/Lehmann/Weinmann* § 33, 18.

²⁷⁵ *Hoffmann-Becking* Festschr. Werner (1984) S. 301 ff; vgl. zum Arbeitsdirektor im Konzern auch *Mertens aaO* 28 ff.

²⁷⁶ OLG Frankfurt ZIP 1986, 1244, 1245.

Geschäftsführer zu beteiligen. In diesem Fall sind jedoch die anwesenden Geschäftsführer als beschlußfähig anzusehen, wenn über die Beschlußfähigkeit nichts anderes bestimmt ist. Die allgemeinen Vorschriften über die Einladung eines Beschlußgremiums gelten grundsätzlich auch für die Geschäftsführung, jedoch nur mit der Maßgabe, daß im Normalfall der kontinuierlichen Zusammenarbeit der Geschäftsführer eine förmliche Einladung mit Bekanntgabe des Gegenstandes der Tagesordnung keine Voraussetzung der Beschlußfassung zu sein braucht. Im Rahmen der Beschlußfassung muß jedem Geschäftsführer Gelegenheit zur Begründung seines Abstimmungsverhaltens gegeben werden. Die Stimmabgabe ist nach allgemeinen Regeln anfechtbar und bis zur Vornahme der Geschäftsführungsmaßnahme aus wichtigem Grund widerruflich. Mängel der Stimmabgabe wirken sich auf das Ergebnis eines Beschlusses der Geschäftsführung nur dann aus, wenn es dazu nicht auch ohne die fehlerhafte Stimmabgabe gekommen wäre. Die Stimme muß persönlich abgegeben werden. Stimmabgabe durch Boten bzw. Erklärungsvertreter ist bei Einverständnis der anderen Geschäftsführer zulässig; nicht dagegen Stellvertretung bei der Beschlußfassung. Müssen die Geschäftsführer nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsbeschlüssen aufgrund eines Beschlusses handeln, so fehlt es an ihrer Geschäftsführungsbefugnis, wenn der Beschluß nichtig ist²⁷⁷. In keinem Fall berührt die Nichtigkeit eines Beschlusses oder ein Beschlußmangel die Vertretungsbefugnis.

Ein Geschäftsführer ist in entsprechender Anwendung von §§ 28, 34 BGB vom Stimmrecht im Geschäftsführergremium ausgeschlossen, wenn über ein Rechtsgeschäft der Gesellschaft mit ihm abgestimmt wird²⁷⁸. Ein allgemeines Stimmverbot für Geschäftsführer im Falle einer Interessen- oder Pflichtenkollision gibt es bei Beschlüssen der Geschäftsführung aber nicht²⁷⁹. 120

e) **Durchführung der Beschlüsse durch überstimmte Geschäftsführer.** Auch die überstimmten Geschäftsführer müssen an der Ausführung eines Beschlusses der Geschäftsführung loyal mitwirken, es sei denn, er ist rechtswidrig. Letzterenfalls haben sie entsprechende Gegendarstellungen gegenüber ihren Kollegen zu erheben, notfalls an die Gesellschafter oder das maßgebliche Aufsichtsorgan zu appellieren und dürfen sich selbst dann nicht an der Beschlußfassung beteiligen, wenn diese von einem Einschreiten absehen. Außerhalb evidenter krimineller Fälle oder einer ihnen persönlich obliegenden Verantwortung für eigenes rechtmäßiges Verhalten sind sie aber weder gehalten, Dritte, Behörden oder die Öffentlichkeit zu informieren noch sonstige außerordentliche Mittel zur Verhinderung der Beschlußausführung zu ergreifen. Auch eine Amtsniederlegung ist ihnen im allgemeinen nicht zuzumuten, zumal wenn dadurch die Beschlußausführung nicht verhindert werden kann. In Fällen von erheblicher Tragweite muß es ihnen aber gestattet sein, zur Vermeidung eines persönlichen Haftungsrisikos ihr Amt niederzulegen (vgl. auch § 43, 23, 31). 121

f) **Erlaß einer Geschäftsordnung.** Soweit die Satzung oder die Gesellschafter nichts Gegenteiliges bestimmt haben, können sich die Geschäftsführer selbst eine Geschäftsordnung geben²⁸⁰. § 77 Abs. 2 S. 3 AktG, wonach Beschlüsse des Vorstands über die Geschäftsordnung einstimmig gefaßt werden müssen, ist auf das 122

²⁷⁷ Hinsichtlich der Nichtigkeit und Vernichtbarkeit von Beschlüssen der Geschäftsführung sind die für den Vorstand einer Aktiengesellschaft geltenden Regeln sinngemäß anwendbar; vgl. zu diesen Mertens aaO 27.

²⁷⁸ Vgl. Hoffmann-Becking ZHR 150 (1986) 570, 580; Mertens-KölnKommAktG² § 77, 29.

²⁷⁹ Giesen Organhandeln und Interessenkonflikt (1984) S. 110 ff. Zu Stimmverboten im Konzern gilt für Geschäftsführer Entsprechendes wie für Vorstandsmitglieder; vgl. dazu Mertens aaO 30 ff.

²⁸⁰ Baumbach/Hueck/Zöllner § 37, 16; aA Meyer-Landrut/Miller/Niehus § 37, 80.

Geschäftsführergremium nicht anwendbar. Nichtig ist eine Geschäftsordnung, soweit sie in die Kernbereichszuständigkeit des Arbeitsdirektors eingreift (vgl. dazu Rdn 113).

VI. Wissens- und Irrtumszurechnung, Willensmängel

Schrifttum

Flume Die juristische Person, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 2. Teil (1983); *Grunewald* Wissenszurechnung bei juristischen Personen, in: Festschr. Beusch (1993) S. 301; *Richardi* Die Wissensvertretung, AcP 169 (1969) 385; *Schilken* Wissenszurechnung im Zivilrecht (1983); *Waltermann* Zur Wissenszurechnung – am Beispiel der juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts, AcP 192 (1992) 181; *Wiesner* Zum Beginn der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB bei Kenntniserlangung durch Organmitglieder, BB 1981, 1533.

1. Wissenszurechnung

123

Wissen oder fahrlässige Unkenntnis eines Geschäftsführers sind nach h.L. der Gesellschaft im Hinblick auf dessen Organisation als ihr Wissen oder Wissenmüssen zuzurechnen, ohne daß es auf die Vertretungsverhältnisse ankommt²⁸¹. Demgegenüber wird insbesondere unter Hinweis auf § 166 BGB von einer Reihe von Autoren die Relevanz der Kenntnis oder fahrlässigen Unkenntnis eines nicht konkret an der Vertretung der Gesellschaft beteiligten Organmitglieds im Hinblick auf die Frage der rechtlichen Folgen einer Willenserklärung für die Gesellschaft verneint²⁸². Wenngleich § 166 BGB für Organe der juristischen Person nicht einschlägig ist²⁸³, so ist doch die Zurechnung des Wissens eines geschäftsfernen Organmitglieds nur insoweit angebracht, als davon unter der Voraussetzung ordnungsgemäßer Organisation der Geschäftsführung der Gesellschaft auch das handelnde Organmitglied hätte Kenntnis haben müssen. Somit ist die Zurechnung von Wissen oder Wissenmüssen eines Geschäftsführers auf die Gesellschaft in Bezug auf die Rechtsfolgen einer Willenserklärung dann nicht gerechtfertigt, wenn der Geschäftsführer weder als Vertreter auftritt noch diesen Weisungen erteilt, vom Inhalt der Erklärung keine Kenntnis hatte und auch unter der Voraussetzung ordnungsgemäßer Organisation der Geschäftsführung der Gesellschaft nicht hätte haben müssen²⁸⁴. Für die Umstände, unter denen die Zurechnung des Wissens eines geschäftsfernen Organmitglieds zu verneinen ist, wird der juristischen Person die Darlegungs- und Beweislast aufzuerlegen sein, da es sich um Fragen ihrer internen Organisation handelt. Kennen oder Kennenmüssen eines nicht allein vertretungsberechtigten Geschäftsführers reicht für die Begründung einer Duldungsvollmacht mit Wirkung gegen die Gesell-

²⁸¹ BGHZ 20, 149, 153 = NJW 1956, 869; 41, 282, 287 = NJW 1964, 1367; 109, 327, 330 f = NJW 1990, 975; BGH WM 1959, 81 = ZGenW 9 (1959) 320 m. Anm. *Paulick*; RG JW 1935, 2044; OLG Köln OLGZ 1977, 343, 345 f; *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* AktG § 78, 69; *Soergel-Leptien*¹² § 166, 4 f; *Meyer-Landrut* AktG § 78, 15, 21; *Meyer-Landrut/Miller/Niehus* 49; *MünchKommBGB-Schramm*³ § 166, 19; *Rowedder/Koppensteiner* 50 f; *Richardi* AcP 169 (1969) 385, 388; *Wiesner* BB 1981, 1533, 1535; *Schilken* S. 127 ff m. umfassenden Nachw.

²⁸² *Lutter/Hommelhoff* § 36, 5; *Scholz/Schneider*

82; *MünchHdbGesR III-Marsch-Barner/Dickmann* § 44, 39; *Staudinger/Dilcher* § 166, 23; *Baumbach/Hueck/Zöllner* 85; *Baumann* ZGR 1973, 284 ff; *Tinteln* JZ 1987, 795, 799 f; differenzierend *Grunewald* Festschr. Beusch (1993) S. 301, 304 ff; *Bohrer* DNotZ 1991, 124, 129 f; krit. zum derzeitigen Rechtszustand *Waltermann* AcP 192 (1992) 181, 216 ff.

²⁸³ Vgl. *Schilken* S. 127 ff; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht² (1991) § 10 V 2, S. 246 ff.

²⁸⁴ Ähnlich im Ergebnis *Grunewald* Festschr. Beusch (1993) S. 302; vgl. auch *Mertens-Köln-KommAktG*² § 76, 63 f.

schaft nicht aus, weil die hierzu erforderliche Duldung eines bestimmten Verhaltens die Willensentschließung durch eine vertretungsberechtigte Anzahl von Geschäftsführern voraussetzt²⁸⁵.

Außerhalb der Beurteilung der rechtlichen Folgen einer Willenserklärung begründet – vorbehaltlich eines spezifischen Zwecks der jeweils in Betracht kommenden Zurechnungsnorm – das Wissen oder Wissenmüssen eines beliebigen Geschäftsführers die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Gesellschaft, ohne daß es im einzelnen auf die sachliche Zuständigkeit dieses Geschäftsführers ankommt²⁸⁶. Demgegenüber will Baumbach/Hueck/Zöllner 88 die Frage der Wissenszurechnung jenseits der Zurechnung von Willenserklärungen von vornherein differenzierend nach den jeweils für die konkrete Rechtsfrage maßgebenden Grundsätzen entscheiden und insbesondere für den Beginn der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB allein auf die Kenntnis eines sachlich zuständigen Geschäftsführungsmitglieds abstellen. Dem ist nicht zu folgen; denn jeder Geschäftsführer muß die Relevanz ihm bekannter Tatsachen einschätzen können und seine Kollegen davon gegebenenfalls schnellstens in Kenntnis setzen. Auch wenn mehrere Geschäftsführer zur Vertretung der Gesellschaft zusammenwirken müssen, ist demnach eine von der Kenntnis der Gesellschaft abhängige Erklärungsfrist von dem Zeitpunkt ab zu rechnen, zu dem nur ein Geschäftsführer Kenntnis erhalten hat²⁸⁷.

Das Wissen eines Geschäftsführers ist der Gesellschaft auch dann zuzurechnen, wenn er dieses nicht kraft seiner Stellung erlangt hat, vorausgesetzt – diese Einschränkung ist im Hinblick auf die bei der Wissenszurechnung ähnlich wie bei § 31 BGB zu ziehende Trennungslinie zwischen privater und amtlicher Sphäre eines Geschäftsführers hinzuzufügen – er hätte seine Kenntnis kraft seines Amtes für die Gesellschaft nutzbar machen müssen²⁸⁸.

Liegen die Voraussetzungen vor, unter denen die Kenntnis oder das Kennenmüssen eines Geschäftsführers der Gesellschaft zuzurechnen ist, so ändert sich daran – bei einem typischerweise aktenmäßig festgehaltenen Wissen – durch ein Ausscheiden des betreffenden Geschäftsführers nichts²⁸⁹.

2. Willensmängel

Zur Anfechtung berechtigt die Gesellschaft nur der Willensmangel eines am Rechtsgeschäft beteiligten Geschäftsführers²⁹⁰. Dessen Irrtum ist auch dann erheblich, wenn andere Geschäftsführer den wahren Sachverhalt kannten²⁹¹, es sei denn, der Umstand, daß diese den handelnden Geschäftsführer nicht aufgeklärt haben, ist

²⁸⁵ BGH AG 1988, 167 = DB 1988, 386 m. insoweit abl. Anm. *Reinicke/Tiedtke* DB 1988, 1203; vgl. auch *MünchKommBGB-Reuter*³ § 28, 5 f.

²⁸⁶ Vgl. BGHZ 20, 149, 152 f. = NJW 1956, 869 – Bestätigungsschreiben; 41, 282, 287 = NJW 1964, 1367 – Kenntnis der ein fehlerhaftes Anstellungsverhältnis begründenden Umstände; 109, 327, 330 ff. = NJW 1990, 975 – Kenntnis der Fehlerhaftigkeit einer Kaufsache; BGH WM 1955, 830, 832 – Kenntnis von der Sittenwidrigkeit einer Abtretung; WM 1959, 81, 84 – Kenntnis von der Einbeziehung einer Forderung in ein Kontokorrentverhältnis; vgl. auch BGH BB 1995, 1975; Scholz/Schneider 86 f.; Wiesner

BB 1981, 1533, 1535; weitere Beispiele aus der älteren Rspr. in Vorauf. Rdn 276.

²⁸⁷ Vgl. auch *Mertens-KölnKommAktG*² § 76, 65.

²⁸⁸ Vgl. auch *MünchKommBGB-Reuter*³ § 28, 5 f.; im Ergebnis nicht anders *Grunewald aaO* S. 306 f.

²⁸⁹ BGHZ 109, 327, 331 = NJW 1990, 975; BGH WM 1959, 81, 84 = ZGenW 9 (1959) 320 m. Anm. *Paulick*; aA *Flume* Juristische Person (1983) S. 401 ff.; *Schilken* S., 138 f.; *Grunewald aaO* S. 307; *MünchKommBGB-Reuter*³ § 28, 5 f. Anders entscheidet der BGH bei der GmbH & Co.; vgl. BGH BB 1995, 1975 f.

²⁹⁰ Vgl. *Schilken* S. 139 ff.

²⁹¹ RGZ 78, 347, 353 f.

als pflichtwidriges Verhalten der Gesellschaft gegenüber dem Anfechtungsgegner anzusehen. Eine arglistige Täuschung seitens der Gesellschaft ist auch dann anzunehmen, wenn nicht der handelnde, sondern ein anderer Geschäftsführer den wahren Sachverhalt kannte und konkret mit der Möglichkeit einer Täuschung des Vertragspartners rechnen mußte²⁹². Schließt ein gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer ein Rechtsgeschäft aufgrund der Ermächtigung durch einen weiteren Geschäftsführer allein für die Gesellschaft ab (dazu Rdn 96 ff), so berechtigt ein Willensmangel des ermächtigenden Geschäftsführers die Gesellschaft nicht zur Anfechtung des Rechtsgeschäfts. Ist die Ermächtigung selbst durch den Willensmangel beeinflusst, so kann die Gesellschaft diese anfechten; damit entfällt die Vertretungsmacht des handelnden Geschäftsführers; möglicherweise haftet dieser dann nach § 179 BGB. Grenzen der Anfechtung der Ermächtigung können sich unter Rechtsscheingehichtspunkten in entsprechender Anwendung der §§ 171, 173 BGB ergeben²⁹³.

VII. Haftung der Gesellschaft für ihre Geschäftsführer

Schrifttum

Altmeppen Haftung der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft für Verletzung von Verkehrssicherungspflichten, ZIP 1995, 881; *v. Bar* Zur Struktur der Deliktshaftung von juristischen Personen, ihren Organen und ihren Verrichtungsgehilfen, in: Festschr. Kitagawa (1992) S. 79; *Brügge* Organisationshaftung, AcP 191 (1991) 33; *Bühler* Zur (Rechtsschein-)Haftung einer GmbH, GmbHRdsch 1991, 356; *Flume* Die juristische Person, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 2. Teil (1983); *Habetha* Deliktsrechtliche Geschäftsführerhaftung und gesellschaftsfinanzierte Haftpflichtversicherung, DZWIR 1995, 272; *Möhring* Haftung der juristischen Person für Handlungen ihrer Organe, GmbHRdsch 1959, 132; *Ulmer* Zur Haftung der abordnenden Körperschaft nach § 31 BGB für Sorgfaltsverstöße des von ihr benannten Aufsichtsratsmitglieds, in: Festschr. Stimpel (1985) S. 705.

1. Haftung nach § 31 BGB und Organisationshaftung der Gesellschaft

128

Die Gesellschaft hat für das Handeln der Geschäftsführer als ihr Handlungsorgan einzustehen. Sie haftet für jeden privatrechtlichen Haftungstatbestand, den die Geschäftsführer in Ausübung ihrer Funktion erfüllen, nach § 31 BGB²⁹⁴. Dies gilt nicht nur für unerlaubte Handlungen und Vertragsverletzungen, sondern auch für die Tatbestände der Gefährdungshaftung und die Fälle der §§ 228 S. 2, 231, 904 BGB. Die Haftung nach § 31 BGB knüpft nicht an die Vertretungsmacht, sondern an die Fähigkeit des Organs an, für die juristische Person zu handeln²⁹⁵. Für die Haftung des Organs kommt es daher nicht darauf an, ob sein Handeln von der Vertretungsmacht gedeckt war; allein maßgeblich ist vielmehr, ob das Handeln des Organs in den ihm zugewiesenen Wirkungskreis fiel²⁹⁶. Die Haftung nach § 31 BGB rechnet die Pflichtverletzung des Organwalters dem Organisationsträger als eigenes Delikt nach dem Prinzip „respondeat superior“ zu²⁹⁷. Ebenso erzeugen auch § 278 BGB und § 831 BGB eine Haftung der juristischen Person für das Handeln oder Unterlassen natürlicher Personen, die in ihrem Dienst stehen. Doch läßt sich die

²⁹² RGZ 81, 433, 436; *Reinking/Kippels* ZIP 1988, 892, 895 m.w.Nachw.; vgl. auch BGH BB 1995, 1975.

²⁹³ RGZ 159, 363, 368 f.; RG HRR 1937, 548; dazu im einzelnen MünchKommBGB-Schramm³ § 167, 79 ff.

²⁹⁴ Baumbach/Hueck/Zöllner 89; *Lutter/Hommelhoff* § 36, 10.

²⁹⁵ BGHZ 98, 148, 151 = NJW 1986, 2941; BGH NJW 1987, 1193; krit. *v. Bar* Festschr. Kitagawa (1992) S. 279, 285 im Anschluß an *Flume* Die juristische Person (1983) S. 383 f.

²⁹⁶ BGH aaO.

²⁹⁷ *Brügge* AcP 191 (1991) 33, 65.

Rechtsprechung im Rahmen des deliktischen Verkehrspflichtkonzepts, das heute das Recht der unerlaubten Handlungen beherrscht²⁹⁸, von der Auffassung leiten, daß die juristische Person selbst Adressat von Verkehrspflichten ist und für deren Verletzungen einzustehen hat. Für die Verletzung dieser Pflicht trifft die juristische Person eine – weder von § 831 BGB noch von § 31 BGB abhängige – Eigenhaftung, die jedenfalls dann eingreift, wenn derjenige Organwalter oder Verrichtungsgehilfe, der für die Erfüllung der Verkehrspflicht oder die Organisation der Pflichterfüllung zuständig ist, seine unternehmensinterne Verantwortlichkeit fahrlässig verletzt hat. Eine Pflichtverletzung des Organwalters oder des Gehilfen gegenüber dem geschädigten Dritten ist dagegen keine Haftungsvoraussetzung²⁹⁹. Das (organisationsinterne) Verschulden des für die Pflichterfüllung zuständigen Organwalters wird dabei von der Rechtsprechung im Produkthaftungsrecht durchweg aufgrund eines objektiven Organisationsdefizits oder aufgrund von Umständen, die für ein solches Defizit sprechen, vermutet, ohne daß es der Identifizierung des persönlich Verantwortlichen noch bedürfte. Diese Vorgehensweise braucht aber durchaus nicht auf die Produkthaftung beschränkt zu bleiben. Letztlich erzeugt der Umstand, daß die Schädigung eines Dritten bei Einhaltung des gebotenen Organisations- und Verkehrssicherungsstandards hätte vermieden werden können, eine tatsächliche Vermutung dafür, daß diese Standards aufgrund eines subjektiv vorwerfbaren Organisationsverschuldens eines zuständigen Organs oder Verrichtungsgehilfen nicht eingehalten worden sind. Nur wenn sich das Unternehmen von dieser Verantwortlichkeit entlasten will, kommt es dazu, daß die Einzelheiten der internen Verantwortlichkeitsregelung im Prozeß thematisiert werden und die Frage gestellt wird, ob den Verantwortlichen ein Verschulden trifft. Es fragt sich allerdings, ob es für die Feststellung der Fahrlässigkeit der juristischen Person im Falle der Verletzung einer ihr selbst obliegenden Verkehrspflicht überhaupt noch einer Anknüpfung an das Verschulden einer konkret lokalisierbaren natürlichen Person in Gestalt eines Organmitglieds oder einer natürlichen Person bedarf³⁰⁰. Konsequenter – und infolge der für Verkehrspflichtverletzungen geltenden Normativierung des Fahrlässigkeitsbegriffs auch durchaus begründet – erscheint es, der juristischen Person selbst die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorzuwerfen, wenn sie Adressat der verletzten Verkehrspflicht ist. Von diesem Vorwurf kann sie sich nur durch den Nachweis entlasten, daß die Verkehrspflichtverletzung auch bei sachgerechter Organisation und vollständiger Erfüllung aller Geschäftsherrnpflichten iSv. § 831 Abs. 1 S. 2 BGB im Rahmen des Zumutbaren nicht vermeidbar gewesen wäre.

2. Ausnahmen von der Haftung

Die Gesellschaft haftet nicht für Pflichtverstöße der Geschäftsführer, die sich gegen die Gesellschaft selbst richten und einen Anspruch der Gesellschaft auf Schadensersatz begründen. Dies gilt auch dann, wenn diese Pflichten zugleich im Interesse Dritter bestehen und diesen gegenüber eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in

²⁹⁸ Vgl. dazu MünchKomm-Mertens³ (1997) § 823, 11, 49, 206.

²⁹⁹ Vgl. dazu auch v. Bar aaO S. 288 f. Wer eine solche Eigenhaftung verneint, wie etwa *Brügge-meier* AcP 191 (1991) 33, 64 ff und *Altmeppen* ZIP 1995, 881, 888, kann den Gedanken, daß Organisationspflichten des Geschäftsführers innerhalb der GmbH keineswegs notwendig Ver-

kehrspflichten gegenüber Dritten darstellen müssen (vgl. dazu § 43, 110, 115), nicht teilen und wird tendenziell zur Ausweitung der Eigenhaftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten neigen, weil er nur so die Haftung der GmbH selbst begründen kann (vgl. dazu § 43, 115).

³⁰⁰ Vgl. v. Bar aaO.

Betracht kommt³⁰¹. Eine Haftung aus § 31 BGB entfällt ferner, wenn dadurch der Schutz der Gesellschaft beeinträchtigt wird, der sich aus den Regeln über die Gesamtvertretung ergibt³⁰². Tritt ein Geschäftsführer als falsus procurator auf, so tritt die Haftung nach § 31 BGB hinter derjenigen aus §§ 177 ff BGB zurück³⁰³. Der Vorrang der §§ 177 ff BGB schließt die Haftung nach § 31 BGB allerdings nur insoweit aus, als lediglich die Schadensersatzpflicht des falsus procurator nach § 179 BGB oder aufgrund einer ihm oder der Gesellschaft zuzurechnenden culpa in contrahendo in Frage steht. Liegt in dem Auftreten als falsus procurator zugleich ein deliktisches Verhalten des Geschäftsführers, so haftet die Gesellschaft nach § 31 BGB³⁰⁴. Das gilt auch für ein deliktisches Verhalten des Organs in Form der Unterschriftsfälschung oder eines Betruges, mit dem der Anschein seiner Vertretungsmacht hergestellt wird³⁰⁵.

3. Haftung im Gründungsstadium

- 130** Im Gründungsstadium trifft bereits die Vorgesellschaft eine Haftung für den Geschäftsführer nach § 31 BGB, die nach BGHZ 80, 129 = NJW 1981, 1373 auf die Gesellschaft übergeht.

4. Sachzusammenhang mit dem Aufgabenbereich des Geschäftsführers

- 131** Die Einstandspflicht der Gesellschaft nach § 31 BGB setzt voraus, daß der Geschäftsführer in Ausübung seiner Verrichtungen gehandelt hat. Dieser Sachzusammenhang mit dem Aufgabenbereich des Geschäftsführers fehlt bei Handlungen, die mit dem Wirkungskreis des Geschäftsführers nichts zu tun haben und so, wie sie sich nach außen darstellen, auch nicht den Anschein eines Sachzusammenhanges erwecken können³⁰⁶. Selbst ein vorsätzliches Überschreiten der Geschäftsführungsbefugnisse kann noch in Ausführung der Verrichtungen erfolgen, solange sich das Verhalten aus der Sicht eines Außenstehenden nicht so weit von dem Aufgabenkreis des Handelnden entfernt, daß der generelle Rahmen der dem Organ übertragenen Obliegenheiten überschritten ist³⁰⁷. Entgegen BGHZ 99, 298, 301³⁰⁸ haftet die Gesellschaft auch für eine unerlaubte Handlung, die ihr Organwahrer erst nach seinem Ausscheiden begeht, für die er aber vorher Vorbereitungshandlungen getroffen hat. Das Zivilrecht trennt nicht zwischen Vorbereitungshandlung und Ausführung der Tat, so daß für die deliktische Haftung auch eine sog. Vorbereitungshandlung ausreicht, soweit sie für den deliktischen Erfolg adäquat kausal ist³⁰⁹.
- 132** Delegiert eine GmbH kraft eines Entsendungsrechts oder kraft ihres faktischen Einflusses einen Geschäftsführer in das Organ einer anderen Gesellschaft und be-
geht dieser in seiner Stellung als Organperson der aufnehmenden Gesellschaft eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung, so haftet die abordnende Gesellschaft Dritten gegenüber nicht nach § 31 BGB. Verantwortlich ist allein die aufnehmende

³⁰¹ Vgl. *Mertens-KölnKommAktG*² § 76, 74.

³⁰² Vgl. BGH DB 1967, 1629; RGZ 134, 375; Baumbach/Hueck/Zöllner 65.

³⁰³ Vgl. *Mertens aaO* 79 f m.w.Nachw.

³⁰⁴ BGHZ 98, 148, 155 f = NJW 1986, 2941; *Mertens aaO* 80.

³⁰⁵ BGHZ 98, 148, 153 entgegen RGZ 134, 375, 377 und BGH WM 1967, 714, 715; ebenso *Soergel/Hadding* § 31, 25 und *Flume Juristische Person* S. 389 ff.

³⁰⁶ Vgl. *Mertens-KölnKommAktG*² § 76, 77 m.Nachw.

³⁰⁷ Vgl. BGHZ 98, 148, 152 = NJW 1986, 2941 m.w.Nachw.; *Mertens aaO*.

³⁰⁸ = JR 1987, 367 f m. abl. Anm. *Reuter*.

³⁰⁹ Vgl. *Mertens-KölnKommAktG*² § 76, 77; ebenso Baumbach/Hueck/Zöllner 91.

Gesellschaft. Eine gesamtschuldnerische Haftung beider Gesellschaften ist zu bejahen, wenn die haftungsbegründende Handlung konkret im Zusammenhang mit beiden Aufgabenbereichen des Geschäftsführers steht: z. B. Verursachung eines Unfalls bei einer Dienstreise, die im Interesse beider Gesellschaften unternommen wird. Das gleiche gilt, wenn ein Organmitglied der Obergesellschaft als Mitglied der Verwaltung einer Untergesellschaft einen Dritten in Ausübung unternehmerischer Konzernleitung für die Obergesellschaft schädigt³¹⁰. Schädigt der von der einen in eine andere Gesellschaft delegierte Geschäftsführer die aufnehmende Gesellschaft selbst, so ist eine Haftung der delegierenden Gesellschaft dann anzunehmen, wenn ihr Geschäftsführer als Organmitglied der aufnehmenden Gesellschaft seine Pflichten dieser gegenüber im Interesse der delegierenden Gesellschaft verletzt und dabei die Schädigung der aufnehmenden Gesellschaft – zumindest bedingt vorsätzlich – in Kauf nimmt³¹¹. Eine generelle Haftung der delegierenden Gesellschaft kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil der Gesetzgeber eine Haftung des Entsenders im Rahmen von § 101 Abs. 2 AktG nicht statuiert hat³¹². Andererseits kann aber auch der Rechtsprechung des BGH³¹³ nicht gefolgt werden, die sich darauf beruft, daß eine Organperson stets ausschließlich die Interessen der Gesellschaft wahrnehmen müsse, für die sie in ihrer jeweiligen Rolle handele. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob sie dieser Anforderung tatsächlich genügt hat, und ihre Haftung zu bejahen, wenn dies nicht der Fall war³¹⁴.

Eine Vermutung, daß der Geschäftsführer einen Haftungstatbestand im Rahmen seines dienstlichen Tätigkeitsbereichs erfüllt, besteht nicht; sie ergibt sich insbesondere auch nicht aus § 344 Abs. 1 HGB³¹⁵. 133

5. Entstehenmüssen der Gesellschaft für Geschäftsführer außerhalb des § 31 BGB

Auch außerhalb des § 31 BGB kann die Gesellschaft für Geschäftsführer einzustehen haben. Die Gesellschaft kann z. B. einen Anspruch auf Zahlung einer Versicherungssumme verlieren, wenn ein Geschäftsführer den Obliegenheiten aus dem Versicherungsvertrag nicht nachkommt³¹⁶. Die Befangenheit auch nur eines Geschäftsführers macht unabhängig von seiner Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis und von seiner tatsächlichen Mitwirkung an einem Geschäft die Gesellschaft befangen³¹⁷. Das Ordnungswidrigkeitengesetz enthält in §§ 29f gegen die Gesellschaft gerichtete Sanktionen für Ordnungswidrigkeiten eines Geschäftsführers³¹⁸. 134

Ausnahmsweise kann der Gesellschaft auch das **private Verhalten** eines Geschäftsführers zuzurechnen sein, wenn es Auswirkungen im Bereich der Geschäftsführung hat: So ist es beispielsweise für die Frage, ob ein Verhalten der Gesellschaft einem Handelsvertreter Anlaß zu einer Kündigung nach § 89b Abs. 3 S. 1 HGB gegeben hat, relevant, wenn ein Geschäftsführer mit der Frau des Handelsvertreter ein Verhältnis hat und es dadurch zu Spannungen im Rahmen des Anstellungsverhältnisses kommt³¹⁹. 135

³¹⁰ Vgl. dazu Mertens aaO 82.

³¹¹ AA BGHZ 90, 381, 397 f = NJW 1984, 1893; dagegen tritt Ulmer Festschr. Stimpel (1985) S. 705, 715 ff m.w.Nachw. grundsätzlich für eine Haftung der abordnenden Körperschaft nach § 31 BGB für Sorgfaltsverstöße des von ihr entsandten oder benannten Aufsichtsratsmitglieds gegenüber der aufnehmenden Gesellschaft ein.

³¹² Vgl. dazu Mertens aaO 84.

³¹³ BGHZ aaO.

³¹⁴ Vgl. dazu im einzelnen Mertens aaO 83 ff.

³¹⁵ RG LZ 1931 Sp. 324.

³¹⁶ RGZ 66, 181, 185.

³¹⁷ BayObLG DB 1987, 2400, 2401.

³¹⁸ Literaturnachw. bei Göhler Ordnungswidrigkeitengesetz¹¹ (1995) vor § 29a.

³¹⁹ OLG Düsseldorf NJW 1964, 1963.

C. Das Anstellungsverhältnis der Geschäftsführer

Schrifttum

Bauer/Diller Karenzentschädigung und bedingte Wettbewerbsverbote bei Organmitgliedern, BB 1995, 1134; *Baums* Der Geschäftsleitungsvertrag (1987); *ders.* Zuständigkeit für Abschluß, Änderung und Aufhebung von Anstellungsverträgen, ZGR 1993, 141; *Brandes* Die Rechtsprechung des BGH zur GmbH, WM 1995, 641; *ders.* Die Auswirkung der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften auf die Anstellungsverhältnisse der Geschäftsleiter, ZHR 156 (1992) 248; *Brandmüller* Der GmbH-Geschäftsführer im Gesellschafts-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht, 5. Aufl. (1993); *Diller* Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer (1994); *Eckardt* Der Geschäftsführer der GmbH – ein Arbeitnehmer? ZfA 1987, 467; *Figge* Die Sozialversicherung der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, GmbHRdsch 1986, 185; *ders.* Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von GmbH-Minderheitsgesellschaft-Geschäftsführern, GmbHRdsch 1987, 338; *ders.* Sozialversicherungspflicht der GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer in der Renten- und Arbeitslosenversicherung, GmbHRdsch 1995, 111; *Fleck* Das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer in der Rechtsprechung des BGH, WM 1994, 1957; *ders.* Das Organmitglied – Unternehmer oder Arbeitnehmer, Festschrift Hilger/Stumpf (1983) 197; *ders.* Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers, ZHR 149 (1984) 387; *ders.* Schuldrechtliche Verpflichtungen einer GmbH im Entscheidungsbereich der Gesellschafter, ZGR 1988, 105; *Gaul* Der leitende Angestellte in Doppelfunktion als Organmitglied, GmbHRdsch 1989, 357; *ders.* Die Abgrenzung nachvertraglicher Geheimhaltungsverpflichtungen gegenüber vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen, ZIP 1988, 689; *ders.* Die Behandlung von schutzwürdigen Erfindungen durch GmbH-Geschäftsführer, GmbHRdsch 1982, 101; *ders.* Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHRdsch 1988, 172; *ders.* Die Wettbewerbsbeschränkung des Geschäftsführers innerhalb und im Anschluß an den stillschweigend verlängerten Vertrag, GmbHRdsch 1991, 144; *ders.* Erfindervergütung an geschäftsführende Gesellschafter, DB 1990, 671; *Gissel* Arbeitnehmerschutz für den GmbH-Geschäftsführer (1987); *Groß* Das Phantom des Arbeitnehmer-Geschäftsführers im Konkursausfallgeldgesetz und in der Konkursordnung, DB 1984, 1447; *ders.* Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im Zivil-, Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht (1987); *Grunsky* Rechtswegzuständigkeit bei Kündigung des Anstellungsvertrages eines GmbH-Geschäftsführers, ZIP 1988, 76; *Henssler* Das Anstellungsverhältnis der Organmitglieder, RdA 1992, 289; *Heyll* Die Anwendung von Arbeitsrecht auf Organmitglieder (1994); *Hockemeier* Die Auswirkung der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften auf die Anstellungsverhältnisse der Geschäftsleiter (1990); *Hoffmann-Becking* Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer, Festschrift Quack (1991) 273; *Hohlfeld* Der GmbH-Geschäftsführer im Spannungsverhältnis zwischen Arbeitgeberfunktion und Arbeitnehmereigenschaft, GmbHRdsch 1987, 255; *Hueck* Bemerkungen zum Anstellungsverhältnis von Organmitgliedern juristischer Personen, Festschrift Hilger/Stumpf (1983) 365; *ders.* Zur arbeitsrechtlichen Stellung des GmbH-Geschäftsführers, ZfA 1985, 25; *Jäger* Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot und die Karenzentschädigung für Organmitglieder juristischer Personen, DStR 1995, 724; *Jaeger* Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, 3. Aufl. (1994); *Jestaedt* Die Vergütung des Geschäftsführers für unternehmensbezogene Erfindungen, Festschrift Nirk (1992) 493; *Knott/Schröter* Der Aufstieg des leitenden Angestellten zum Geschäftsführer der ausgegliederten Konzerngesellschaft – ein arbeitsrechtliches Problem, GmbHRdsch 1996, 238; *Konzen* Die Anstellungskompetenz des GmbH-Aufsichtsrats nach dem Mitbestimmungsgesetz, GmbHRdsch 1983, 92; *Lange* Das Nachzahlungsverbot, GmbHRdsch 1991, 427; *Lieb/Eckhardt* Der GmbH-Geschäftsführer in der Grauzone zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht (1987); *Lunk* Erstattungspflicht des Arbeitgebers aus § 128 AFG beim Ausscheiden eines GmbH-Geschäftsführers, DB 1994, 934; *Martens* Vertretungsorgan und Arbeitnehmerstatus in konzernabhängigen Gesellschaften, Festschrift Hilger/Stumpf (1983) 437; *Nordhues* Arbeitsrechtliche Einordnung von Organmitgliedern (1992); *Onusseit* Nachträgliche Feststellung der Sozialversicherungsfreiheit des Gesellschafter-Geschäftsführers und ihre Bedeutung im Konkurs der Gesellschaft, KTS 1992, 1; *Plagemann* Anrechnung von Arbeitslosengeld auf die Karenzentschädigung des GmbH-Geschäftsführers? ZIP 1991, 1121; *Posdziech* Der Geschäftsführer der GmbH, 2. Aufl. (1994); *Rehbinder* Recht-

liche Schranken der Erstattung von Bußgeldern an Organmitglieder und Angestellte, ZHR 148 (1984) 554; *Reinfeld* Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeits- und Wirtschaftsrecht (1993); *Reiserer/Schulte* Der GmbH-Geschäftsführer im Sozialversicherungsrecht, BB 1995, 2162; *Röder/Lingemann* Schicksal von Vorstand und Geschäftsführer bei Unternehmensumwandlungen und Unternehmensveräußerungen, DB 1993, 1341; *Schneider* Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH im Konzern, GmbHRdsch 1993, 10; *Schoor* Der Anstellungsvertrag des GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers, DStZ 1990, 355; *Schuhmann* Zur Arbeitnehmereigenschaft eines GmbH-Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers, GmbHRdsch 1991, 375; *Sina* Zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot für Vorstandsmitglieder und GmbH-Geschäftsführer, DB 1985, 902; *Spörlein/Tausend* Handbuch für den Geschäftsführer der GmbH, 15. Aufl. (1992); *Straub* Die Sozialversicherung des GmbH-Geschäftsführers, DB 1992, 1087; *Sudhoff* Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH und einer GmbH & Co., 14. Aufl. (1994); *Tausend* Der Vertrag des Geschäftsführers und der leitenden Angestellten einer GmbH und einer GmbH & Co., 4. Aufl. (1991); *Tillmann* Der GmbH-Geschäftsführervertrag, 6. Aufl. (1995); *ders.* Die Rechtsposition des GmbH-Geschäftsführers, StbKRep 1991, 65; *ders.* Die steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung des GmbH-Geschäftsführers, StbKRep 1987, 89; *Timm* Der Gesellschafter-Geschäftsführer im Pfändungs- und Insolvenzrecht, ZIP 1981, 10; *Weber* Vertragsgestaltung: Anstellungsvertrag mit einem Geschäftsführer einer GmbH, JuS 1987, 559; *Wernicke* Die Rückführung überlanger Wettbewerbsverbote in der BGH-Rechtsprechung, BB 1990, 2209. S. auch die Schrifttumsnachw. vor Rdn 191 und 261. Zu älterem Schrifttum s. Voraufgabe.

I. Rechtliche Qualifikation der Geschäftsführerstellung

1. Rechtsgrundlagen der Geschäftsführerstellung

Die Rechtsstellung des Geschäftsführers beruht auf dem Gesetz, auf der Satzung, auf dem Bestellungsverhältnis und auf dem Anstellungsverhältnis. Neben das korporationsrechtliche Organverhältnis tritt die individuelle Rechtsbeziehung der Gesellschaft zur Person des Geschäftsführers. Während das Bestellungsverhältnis als Grundlage der Organstellung für die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers in seiner Eigenschaft als Gesellschaftsorgan maßgeblich ist, richtet sich die persönliche Rechtsstellung des Geschäftsführers nach dem Anstellungsverhältnis. Die individuellen Rechte und Pflichten des Geschäftsführers aus dem Anstellungsverhältnis sind weder gesetzlich normiert, noch ohne weiteres aus dem Bestellungsverhältnis ableitbar. Ihre Begründung bedarf daher regelmäßig gesonderter gesellschaftsvertraglicher oder schuldrechtlicher Vereinbarung. Die konkrete Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses wiederum entscheidet wesentlich über die Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher, sozialversicherungsrechtlicher und steuerrechtlicher Vorschriften auf den Geschäftsführer. Diese und die an die Organstellung des Geschäftsführers anknüpfenden gesetzlichen Vorschriften ergänzen die schuld- und satzungsrechtlichen Vorgaben des Bestellungsverhältnisses und des Anstellungsverhältnisses zu jenem komplexen Regelungsgefüge, das die Rechtsstellung des Geschäftsführers insgesamt kennzeichnet. 136

2. Typendifferenzierung zwischen Geschäftsführern

a) **Gesellschafter-Geschäftsführer und Fremdgeschäftsführer.** Das GmbH-Recht unterscheidet in § 6 Abs. 3 S. 1 den Gesellschafter-Geschäftsführer und den Fremdgeschäftsführer, knüpft aber an diese Differenzierung grundsätzlich keine unterschiedlichen Rechtsfolgen. Ob das Geschäftsführeramt von einem Gesellschafter oder von einem an der Gesellschaft nicht beteiligten Dritten ausgeübt wird, hat deshalb keinen Einfluß auf seine Rechtsstellung als Gesellschaftsorgan. Auch außer- 137

halb des gesellschaftlichen Organisationsrechts erlangt die gesetzliche Typendifferenzierung keine unmittelbare Bedeutung. Soweit andere Rechtsgebiete wie das Arbeitsrecht, das Sozialversicherungsrecht oder das Steuerrecht die persönlichen Rechtsbeziehungen des Geschäftsführers zur Gesellschaft regeln, bestimmen sie den Geltungsbereich ihrer Vorschriften anhand eigenständiger Geschäftsführer-Typologien, die nicht den GmbH-rechtlichen Begriffen folgen, sondern im wesentlichen auf den Gegensatz zwischen dem Unternehmer-Geschäftsführer und dem abhängigen Geschäftsführer abstellen (dazu die folgenden Rdn). Für diese Abgrenzung kann die gesetzliche Unterscheidung zwischen dem Gesellschafter-Geschäftsführer und dem Fremdgeschäftsführer lediglich insofern einen gewissen Anhaltspunkt bieten, als dem abhängigen Geschäftsführer jedenfalls als Regeltypus der Fremdgeschäftsführer entspricht.

- 138** **b) Abhängige Geschäftsführer und Unternehmer-Geschäftsführer.** Im Sozialversicherungsrecht und im Recht der betrieblichen Altersversorgung hat sich weitgehend die Unterscheidung zwischen dem von den Gesellschaftern oder jedenfalls von einem Mehrheitsgesellschafter abhängigen Geschäftsführer und demjenigen Geschäftsführer durchgesetzt, der maßgeblichen unternehmerischen Anteil an der Gesellschaft nehmen kann. In beiden Rechtsgebieten beruht diese Differenzierung im Prinzip darauf, daß eine Person, deren Berufsbild eher dem des selbständigen Unternehmers als dem des abhängigen Arbeitnehmers entspricht, nicht in gleichem Ausmaß wie der letztere für sozial schutzbedürftig gehalten wird (vgl. dazu im einzelnen Rdn 140 ff, 147 ff). Der für den **Unternehmer-Geschäftsführer** kennzeichnende maßgebliche unternehmerische Einfluß kann auf seinem Kapitalanteil oder seinem Stimmrecht beruhen, seine Stellung kann aber auch ohne Mehrheitsbeteiligung so ausgestaltet sein, daß er die Geschäftsführung weitgehend in eigener Leitungsverantwortung wahrnehmen kann; entscheidend für seine Qualifikation als Unternehmer-Geschäftsführer ist, daß er die rechtlich oder immerhin faktisch eindeutig abgesicherte Möglichkeit hat, die Unternehmenspolitik kraft seines Einflusses auf die Gesellschaft zu bestimmen oder wenigstens mitzubestimmen. Fehlt es daran, ist der Geschäftsführer im Sozialversicherungsrecht und im Recht der Altersversorgung als **abhängig** zu betrachten. Fremdgeschäftsführer sind, falls ihre Position nicht atypisch ausgestaltet ist, regelmäßig als abhängige Geschäftsführer anzusehen. Nicht möglich ist dagegen umgekehrt der Schluß von der Stellung als Gesellschafter-Geschäftsführer auf seine Eigenschaft als Unternehmer-Geschäftsführer, da Kapitalbeteiligung oder Stimmrecht als solche keine hinreichende Grundlage für seine Zuordnung zu dem einen oder anderen Typus bietet. Diese muß vielmehr anhand der vorstehend aufgeführten Merkmale unternehmerischen Einflusses in jedem Einzelfall gesondert vorgenommen werden. Abhängiger Geschäftsführer ist somit neben dem Fremdgeschäftsführer auch derjenige Gesellschafter-Geschäftsführer, der auf die Willensbildung der Gesellschaft keinen maßgeblichen Einfluß nehmen kann.

- 139** In ähnlicher Weise unterscheidet auch das **Steuerrecht** jedenfalls der Sache, wenn auch nicht der Terminologie nach, zwischen dem Unternehmergeschäftsführer und dem abhängigen Geschäftsführer, nimmt diese Abgrenzung aber entsprechend ihrem Zweck, durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßten Zuwendungen an Geschäftsführer die Abzugsfähigkeit als Betriebsausgaben zu versagen, nach eigenständigen Kriterien vor. Entscheidendes Differenzierungsmerkmal ist das steuerliche Mißbrauchspotential, das der Stellung des Geschäftsführers zur Gesellschaft in seiner konkreten Ausgestaltung innewohnt. Dieses schätzt das Steuerrecht beim Gesellschafter-Geschäftsführer grundsätzlich höher ein als beim Fremdgeschäftsführer, beim beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer wiederum höher als bei einem

Gesellschafter-Geschäftsführer ohne maßgeblichen unternehmerischen Einfluß. Es stellt deshalb entsprechend abgestufte Anforderungen an die steuerliche Anerkennung anstellungsvertraglicher Vereinbarungen mit Gesellschafter-Geschäftsführern, während es Zuwendungen an den Fremdgeschäftsführer grundsätzlich als unbedenklich betrachtet, sofern es ihn nicht ausnahmsweise, weil er einem Gesellschafter nahesteht und deshalb auch bei ihm die Möglichkeit steuerlichen Mißbrauchs besteht, gleichfalls den für Gesellschafter-Geschäftsführer geltenden Regeln unterwirft (s. dazu im einzelnen Rdn 154 ff).

c) Die Typendifferenzierung in den einzelnen Rechtsgebieten. aa) Sozialversicherungsrecht. Das Sozialversicherungsrecht stellt maßgeblich darauf ab, ob eine gegen Entgelt beschäftigte Person in einem **abhängigen Beschäftigungsverhältnis** steht¹. Kennzeichen für eine solche persönliche Abhängigkeit des Geschäftsführers sind vor allem das Fehlen eines wesentlichen eigenen unternehmerischen Risikos, weitgehende Weisungsgebundenheit und die Dienstleistung gegen laufende Bezüge. Weder die Organstellung des Geschäftsführers noch die Ausübung der Arbeitgeberfunktion gegenüber den Angestellten der GmbH steht nach st.Rspr. der Annahme einer abhängigen Beschäftigung entgegen². 140

Auch wenn die persönliche Abhängigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne grundsätzlich in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen ist³, wird sie doch für **Fremdgeschäftsführer**, die im allgemeinen kein wesentliches Unternehmerrisiko tragen und in eine nicht von ihnen selbst vorgegebene Betriebsorganisation eingegliedert sind, regelmäßig zu bejahen sein⁴. Ausnahmsweise kann es jedoch auch beim Fremdgeschäftsführer an den Voraussetzungen einer abhängigen Beschäftigung und damit an der Versicherungspflicht fehlen. Das ist namentlich dann der Fall, wenn die Satzung oder der Anstellungsvertrag dem Fremdgeschäftsführer eine dem Vorstand der Aktiengesellschaft vergleichbare eigenverantwortliche Leitungsmacht einräumt und ein wesentlicher Teil seiner Vergütung erfolgsbezogen ist⁵. Vollständige Weisungsfreiheit ist dafür nicht erforderlich. So steht etwa die Bindung des Geschäftsführers an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung bei bestimmten wichtigen Geschäften der Annahme einer selbstbestimmten Tätigkeit nicht entgegen, sofern nur die Geschäftsführung im übrigen keinerlei Weisungen von Seiten der Gesellschafter unterliegt⁶. Die neuere Rspr. setzt dabei nicht einmal notwendig eine vertragliche Begründung eigenverantwortlicher Leitungsmacht voraus, sondern stellt, sofern die tatsächlichen Verhältnisse von der Rechtslage abweichen, mit Recht auf erstere ab⁷. Nicht persönlich abhängig ist danach auch derjenige Fremdgeschäftsführer, der die Geschäfte praktisch wie ein Alleininhaber nach eigenem Gutdünken führen kann, weil die Gesellschafter aufgrund der faktischen Gegebenheiten daran gehindert sind, ihr Direktionsrecht auszuüben⁸. Richtigerweise muß es für 141

¹ St.Rspr. des BSG, z. B. BSGE 70, 81, 82 f.; 49, 22, 25; BSG BB 1992, 2437, jeweils m.w. Nachw.; zu den allgemeinen Grundsätzen für die Sozialversicherungspflicht *Straub* DB 1992, 1087.

² Z. B. BSGE 67, 183, 185 = NJW 1991, 862; BSGE 70, 81, 82; BSG BB 1992, 2437, 2438.

³ BAG GmbHRdsch 1987, 265, 266; BSG BB 1989, 72 f.; LSG Niedersachsen GmbHRdsch 1987, 355, 356.

⁴ BSG NJW 1974, 207; *Reiserer/Schulte* BB 1995, 2162, 2163; *Tillmann* Rdn 569; *Posdziech* Rdn 26.

⁵ Vgl. auch LSG Hessen NJW-RR 1994, 613.

⁶ BSG BB 1989, 72, 73.

⁷ BSG NJW 1994, 2974, 2975; GmbHRdsch 1992, 810, 812; GmbHRdsch 1991, 461, 462; BB 1989, 72, 73; GmbHRdsch 1987, 351, 352; LSG Niedersachsen GmbHRdsch 1987, 355, 356, jeweils m.w.Nachw.

⁸ BSG BB 1989, 72, 73: im konkreten Fall aufgrund enger familiärer Bindungen; vgl. auch BSGE 67, 183, 185 = NJW 1991, 862.

die Selbständigkeit des Fremdgeschäftsführers dann auch genügen, daß die Gesellschafter von ihrem Weisungsrecht tatsächlich keinen Gebrauch machen.

- 142** Bei einem **Gesellschafter-Geschäftsführer** wird ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis dann angenommen, wenn er gegen eine laufende Vergütung funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozeß des Betriebes teilnimmt und keinen maßgeblichen Einfluß auf die Geschicke der GmbH – sei es kraft seines Anteils am Stammkapital oder seines Stimmrechts⁹, sei es aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse – geltend machen kann¹⁰. Dies gilt auch für die GmbH im Gründungsstadium¹¹. Ein maßgeblicher, persönliche Abhängigkeit ausschließender Einfluß des Gesellschafter-Geschäftsführers ist dagegen dann zu bejahen, wenn der Geschäftsführer kraft seines Kapitalanteils oder jedenfalls mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann¹². Wann die Tätigkeit eines Gesellschafter-Geschäftsführers in diesem Sinne als selbständig zu qualifizieren ist, läßt sich nicht generell, sondern nur in jedem Einzelfall anhand der Gesellschaftsstruktur und der Beteiligungsverhältnisse, der Ausgestaltung seiner Gesellschafter- und Geschäftsführerrechte sowie unter Berücksichtigung seiner außerrechtlichen Einflußmöglichkeiten entscheiden. Maßgeblicher Gesichtspunkt ist dabei der Grad der Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, der sich nicht nur nach seiner rechtlichen Weisungsunterworfenheit, sondern vor allem nach den tatsächlichen Verhältnissen bemißt (vgl. dazu schon Rdn 141).
- 143** Keine Abhängigkeit liegt danach regelmäßig bei einem **Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer** vor, der eine Beteiligung von 50% oder mehr innehat¹³. Dies gilt auch dann, wenn zwei Geschäftsführer mit jeweils 50% beteiligt sind, so daß keiner gegen den Willen des anderen wesentliche Beschlüsse durchsetzen¹⁴ oder ihm nicht genehme Entscheidungen aufheben kann¹⁵. Ausnahmsweise kann jedoch auch ein Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehen, wenn er tatsächlich keinen über die Rechte eines Minderheitsgesellschafters hinausgehenden Einfluß besitzt, etwa weil die GmbH mehrere Gesellschafter hat und das Stimmrecht nach Köpfen verteilt ist¹⁶ oder die Ausübung des Stimmrechts aus dem vom Geschäftsführer nur treuhänderisch gehaltenen Anteil beim Treugeber verbleibt¹⁷. Dagegen läßt die Existenz eines Beirats, der seine Entscheidungen auch gegen den Willen des Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführers durchsetzen kann, einen die Selbständigkeit begründenden maßgeblichen Einfluß noch nicht entfallen¹⁸.
- 144** Maßgeblicher Einfluß auf die Willensbildung der Gesellschaft und Beteiligung am Unternehmensrisiko schließen auch beim **Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer** die Sozialversicherungspflicht aus. An der für eine abhängige Beschäftigung

⁹ Vgl. BSG GmbHRdsch 1992, 810, 811.

¹⁰ BSGE 16, 289, 294; BSG GmbHRdsch 1972, 104; GmbHRdsch 1989, 32, 33; LSG Niedersachsen GmbHRdsch 1987, 355, 356; FG Köln EFG 1990, 94, 95; vgl. auch OFD Köln VfG. v. 17.8.1994 – S 2333–47 – St 15 A, abgedr. in GmbHRdsch 1994, 902; Figge GmbHRdsch 1986, 185, 187; Tillmann StbKRep 1991, 65, 69.

¹¹ BSGE 17, 15 = NJW 1962, 1539 für den Fall der gesetzlichen Unfallversicherung; verallgemeinernd der Hinweis in DB 1994, 1473.

¹² BSGE 70, 81, 83; BSG BB 1984, 1049; GmbH-

Rdsch 1991, 17, 18; BB 1992, 2437, 2438; GmbHRdsch 1993, 355, 356.

¹³ BSGE 23, 83, 84; 70, 81, 83; BSG GmbHRdsch 1989, 32, 33; GmbHRdsch 1989, 34; GmbHRdsch 1991, 17; FG Rheinland-Pfalz GmbHRdsch 1988, 42; s. im einzelnen Reiserer/Schulte BB 1995, 2162, 2163.

¹⁴ BSGE 42, 1, 2 ff.

¹⁵ BSG BB 1984, 1049, 1050.

¹⁶ Straub DB 1992, 1087, 1089.

¹⁷ BSG GmbHRdsch 1995, 584 f.

¹⁸ BSG BB 1984, 1049.

charakteristischen Weisungsgebundenheit fehlt es in aller Regel, wenn der Geschäftsführer über eine **Sperrminorität** verfügt, mit der er Beschlüsse blockieren und damit Weisungen der Gesellschafter und insbesondere seine eigene Abberufung verhindern kann¹⁹. Ob der Geschäftsführer von dieser Einflußmöglichkeit tatsächlich Gebrauch macht, ist unerheblich²⁰. Eine Sperrminorität begründet aber als solche noch keine Selbständigkeit, wenn der Geschäftsführer an ihrer Ausübung gehindert ist oder ein anderer Gesellschafter das wirtschaftliche Übergewicht besitzt und einsetzt²¹. Vermittelt der Kapitalanteil dem Geschäftsführer keinen maßgeblichen Einfluß, hängt seine Unternehmereigenschaft von der Ausgestaltung seiner Gesellschafterrechte und den tatsächlichen Verhältnissen ab; entscheidendes Kriterium ist auch hier das Maß seiner Weisungsgebundenheit²². Unterliegt der Geschäftsführer, von einzelnen wichtigen Geschäften abgesehen, im übrigen faktisch keinem Direktionsrecht der Mitgesellschafter und Mitgeschäftsführer, kann er insbesondere gegen seinen Willen nicht abberufen werden, so ist er als Unternehmer-Geschäftsführer anzusehen²³. Daß er ein erhebliches eigenes unternehmerisches Risiko trägt, kann dafür zusätzliches Indiz sein²⁴.

Bei **Familiengesellschaften** nimmt der Geschäftsführer auf die Willensbildung der GmbH häufig stärkeren Einfluß, als es seinem Kapitalanteil entspricht, sei es, weil ihm die Familienangehörigen die wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen überlassen, sei es, weil er zusammen mit den Anteilen anderer Familiengesellschafter die Kapital- oder Stimmenmehrheit besitzt. Für die Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers sind hier allein die tatsächlichen Einflußverhältnisse maßgebend²⁵. Nicht abhängig beschäftigt ist danach, wer als Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer oder sogar als Fremdgeschäftsführer in der Lage ist, die Gesellschaft faktisch wie ein Alleininhaber zu führen²⁶ oder wem der Anteil eines Familienangehörigen zusammen mit seiner eigenen Beteiligung beherrschenden Einfluß sichert²⁷. Dafür genügt es, wenn das die Kapitalmehrheit vermittelnde Familienmitglied in die Geschäftsführung nicht eingreift²⁸ oder mit dem Geschäftsführer partnerschaftlich zusammenarbeitet²⁹.

Hält der Geschäftsführer einen Anteil von 50% oder mehr an der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG, die auf die KG beherrschenden Einfluß besitzt,

¹⁹ BSGE 70, 81, 83; BSG GmbHRdsch 1993, 355 f; BB 1992, 2437, 2438; GmbHRdsch 1992, 172, 173; GmbHRdsch 1989, 32, 33 und 34; LSG Nordrhein-Westfalen GmbHRdsch 1992, 174, 175; vgl. auch BSG GmbHRdsch 1987, 351, 352.

²⁰ BSGE 66, 69, 71; BSG GmbHRdsch 1992, 172, 173; GmbHRdsch 1991, 461, 462.

²¹ BSGE 70, 81, 83; BSG GmbHRdsch 1992, 172, 173; GmbHRdsch 1991, 461, 462; LSG Nordrhein-Westfalen GmbHRdsch 1992, 174, 175.

²² S. im einzelnen *Reiserer/Schulte* BB 1995, 2162, 2164 m.w.Nachw.

²³ BSG BB 1992, 2437, 2438; BSGE 13, 196, 199 ff = NJW 1961, 1134; BSGE 38, 53, 57 ff; BSG GmbHRdsch 1987, 351, 352; GmbHRdsch 1991, 461, 462; GmbHRdsch 1993, 355, 356; LSG Schleswig-Holstein GmbHRdsch 1993, 739, 740 f; LSG Hessen NJW-RR 1994, 613. Zur Sozialversicherungspflicht eines faktischen Gesellschafter-Geschäftsführers BSG NJW 1994,

2974 f; zu Indizien gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis *Posdziech* Rdn 38; zur Frage der Indizwirkung der Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot und der Übernahme von Kreditverpflichtungen *Plagemann* WiB 1994, 223, 225.

²⁴ BSG BStSozArbR 1983, 43, 44; *Figge* GmbHRdsch 1982, 277.

²⁵ BSG ZIP 1983, 103, 104; GmbHRdsch 1987, 351, 352; *Reiserer/Schulte* BB 1995, 2162, 2164 f.

²⁶ BSG GmbHRdsch 1987, 351, 352; BB 1989, 72 f; LSG Hessen NJW-RR 1994, 613.

²⁷ BSG GmbHRdsch 1989, 34; LSG Schleswig-Holstein GmbHRdsch 1993, 739, 740 f; vgl. auch BSG GmbHRdsch 1992, 810, 812.

²⁸ BSG GmbHRdsch 1989, 34; LSG Schleswig-Holstein GmbHRdsch 1993, 739, 741 f.

²⁹ LSG Nordrhein-Westfalen GmbHRdsch 1992, 176 ff; LSG Hessen NJW-RR 1994, 613 f.

so scheidet ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur KG aus³⁰. Ein solches kommt dagegen in Betracht, wenn der Geschäftsführer weder rechtlich noch tatsächlich imstande ist, auf die Geschicke der KG einzuwirken³¹, oder nach Lage der Dinge keinen beherrschenden Einfluß in der KG ausübt³².

147 **bb) Betriebliche Altersversorgung.** Im Rahmen der Altersversorgung stellt sich das Problem einer Differenzierung zwischen arbeitnehmerähnlichen und Unternehmer-Geschäftsführern vor allem im Rahmen des § 17 BetrAVG. Nach § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG sind Personen, die nicht Arbeitnehmer sind, in den Geltungsbereich der §§ 1 bis 16 BetrAVG einbezogen, wenn ihnen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlaß ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind.

148 Gemeint sind hier aber **nur arbeitnehmerähnliche Personen**³³. Aus der Begründung zu § 7 Abs. 1 S. 2 RegE – des späteren § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG – geht hervor, daß das BetrAVG nur Anwendung finden soll auf Vereinbarungen, auf deren inhaltliche Ausgestaltung der Begünstigte keinen maßgeblichen Einfluß nehmen konnte³⁴. Denn § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG stellt nach Entstehungsgeschichte und Zweck des Gesetzes wesentlich auf das Leitbild eines wirtschaftlich abhängigen und deshalb besonders schutzbedürftigen Arbeitnehmers ab³⁵. Die Vorschrift gilt daher nicht für Personen, die sowohl vermögens- wie einflußmäßig mit dem Unternehmen, für das sie arbeiten, so stark verbunden sind, daß sie es wirtschaftlich als ihr eigenes betrachten können, und zwar gleichgültig, wie ihr Dienstverhältnis steuer- oder sozialversicherungsrechtlich zu beurteilen sein mag³⁶.

149 Die **Abgrenzung** zwischen dem arbeitnehmerähnlichen Geschäftsführer und dem Unternehmer-Geschäftsführer ist nicht nach individuellen Maßstäben, sondern anhand gruppenspezifischer Merkmale vorzunehmen, da das BetrAVG aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit eine typisierende Regelung bezweckt; auf den Grad der Schutzbedürftigkeit des Begünstigten im Einzelfall kommt es daher für die Geltung des Gesetzes nicht an³⁷.

150 Ausgeschlossen aus dem Geltungsbereich des BetrAVG sind jedenfalls Gesellschafter-Geschäftsführer, die aufgrund ihres Kapitalanteils oder ihrer Stimmrechte als **Allein- oder Mehrheitsgesellschafter** maßgeblichen Einfluß auf die GmbH ausüben können³⁸. Anteile von Ehegatten und Verwandten können dem Geschäftsfüh-

³⁰ BSG DB 1985, 1456.

³¹ LSG Nordrhein-Westfalen GmbHRdsch 1992, 174, 175.

³² BSG DB Beil. 8/1982, 3 f; vgl. ferner *Figge* GmbHRdsch 1986, 185, 187 f; offen gelassen von BSG ZIP 1983, 103 für die Frage des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses bei einem Geschäftsführer, der nach Firmenumwandlung die frühere Einzelfirma zunächst als KG, dann als GmbH & Co. KG aufgrund seiner Branchenkenntnisse weiterführt.

³³ Vgl. dazu die Kommentierungen zu § 17 BetrAVG, insb. *Höfer/Reiners/Wüst* BetrAVG, Bd. 1⁴ (1994), § 17, 3707 ff, 3722 ff; *Heubeck/Höhnel/Paulsdorff/Rau/Weinert* Kommentar zum Betriebsrentengesetz, Bd. 1² (1982), § 17, 48 ff, 64 ff, 81, 85 ff; *Rowedder/Koppensteiner* 79; vgl. ferner BGHZ 77, 94, 98 = NJW 1980, 2254; OLG Köln DB 1978, 1550 m.w.Nachw.

³⁴ BT-Drucks. 7/1281, 30; vgl. auch Merkblatt des PSVaG 300/M 1/2.92 Ziff. 1.2., abgedr. in

Handbuch der betrieblichen Altersversorgung (H-BetrAV) Bd. 1⁷ (1988), Teil II, D. II.3.

³⁵ BGHZ 108, 330, 333 = NJW 1990, 49.

³⁶ St.Rspr., z. B. BGHZ 77, 94, 101 = NJW 1980, 2254; 77, 233, 237 = NJW 1980, 2257; 108, 330, 333 = NJW 1990, 49; BGH WM 1980, 822; NJW 1981, 2059; GmbHRdsch 1981, 239, 240; vgl. auch *Pesch* ZIP 1982, 135, 136.

³⁷ BGHZ 77, 94, 98 = NJW 1980, 2254; vgl. auch BGHZ 77, 233, 242 = NJW 1980, 2257.

³⁸ BGHZ 77, 94, 101 f = NJW 1980, 2254; 77, 233, 239 ff = NJW 1980, 2257; BGH GmbHRdsch 1981, 239 f; WM 1981, 762; BAGE 66, 1, 5 = NJW 1991, 1197; *Hanau/Kemper* ZGR 1982, 123, 132 ff; *Blomeyer/Otto* BetrAVG (1984), § 17, 96, 109 ff; *Höfer/Reiners/Wüst* BetrAVG, Bd. 1⁴ (1994), § 17, 3742 ff; *Heubeck/Höhnel/Paulsdorff/Rau/Weinert* Kommentar zum Betriebsrentengesetz, Bd. 1² (1982), § 17, 85 ff.

rer dabei nicht ohne weiteres zugerechnet werden, weil es keinen Erfahrungssatz gibt, daß Familienangehörige stets gleichgerichtete Interessen verfolgen³⁹. Anders nur, wenn sich eindeutige Anhaltspunkte für einen auf die gemeinsamen Anteile gestützten unternehmerischen Einfluß des Geschäftsführers feststellen lassen. Daran fehlt es, wenn der Geschäftsführer seinen Kapitalanteil nur als Treuhänder seines Ehegatten hält⁴⁰. Ebenfalls unter den Schutz des BetrAVG fällt der mit genau 50% beteiligte Alleingeschäftsführer, da sein Anteil nicht ausreicht, um die Willensbildung der Gesellschaft zu seinen Gunsten entscheidend zu beeinflussen⁴¹.

Maßgeblichen unternehmerischen Einfluß besitzt auch der geschäftsführende **Minderheitsgesellschafter**, der zusammen mit einem oder mehreren anderen Geschäftsführern über die Mehrheit der Anteile oder Stimmen verfügt⁴², sofern seine Beteiligung nicht ganz unbedeutend ist⁴³ und von den anderen keiner allein eine Mehrheitsbeteiligung hält⁴⁴. Andernfalls gilt für ihn das BetrAVG. 151

Fehlt es an einer mehrheitssichernden Kapitalbeteiligung, kann sich der maßgebliche Einfluß des Geschäftsführers in besonders gelagerten Einzelfällen auch aus einer ihm eingeräumten **eigenverantwortlichen Leitungsmacht** ergeben⁴⁵. Insoweit muß im Zweifel für die Anwendbarkeit des BetrAVG entscheidend sein, ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer im Einzelfall tatsächlich auf die Ausgestaltung der Ruhegehaltszusage eingewirkt hat⁴⁶. Dafür kann insbesondere die fehlende Betriebsüblichkeit einer solchen Regelung sprechen. Insofern können Geschäftsführer, die in der Amtsführung so unabhängig sind, daß sie im Sinne des Sozialversicherungsrechts bereits als selbständig gelten, aufgrund ihrer Einbeziehung in die übliche betriebliche Altersversorgung dennoch unter § 17 BetrAVG fallen⁴⁷. 152

In einer typischen **GmbH & Co. KG**, bei der die GmbH nur die Geschäfte der KG führt, ohne selbst in nennenswertem Umfang gewerblich tätig zu sein, sind für die Frage, ob der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH als Unternehmer im Sinne des BetrAVG zu behandeln ist, beide Gesellschaften als wirtschaftliche Einheit zu betrachten⁴⁸. Daraus folgt zum einen, daß die Stellung des Begünstigten in der KG auch für die Beurteilung seiner Unternehmereigenschaft in der GmbH maßgebend ist⁴⁹. Zum anderen sind der unmittelbare Anteil des GmbH-Geschäftsführers an der KG und die durch seine Gesellschafterstellung in der Komplementär-GmbH 153

³⁹ BGHZ 77, 94, 105 f = NJW 1980, 2254; BGH NJW-RR 1991, 746, 747; GmbHRdsch 1982, 207, 208; vgl. hierzu auch BVerfGE 69, 188, 206 = NJW 1985, 2939.

⁴⁰ BGH NJW-RR 1991, 746, 747.

⁴¹ Str. Die Rspr. des BGH ist insoweit nicht eindeutig, vgl. BGHZ 77, 233, 241 f = NJW 1980, 2257, und wird unterschiedlich interpretiert; wie hier *Schmidt/Diemitz* DB 1985, 1573, 1574; ebenso im Grundsatz *Höfer/Reiners/Wüst* BetrAVG, Bd. 1⁴ (1994), § 17, 3745 und *Höfer/Abt* DB 1985, 2185; diff. *Pesch* ZIP 1982, 135, 138, der auf die Durchsetzbarkeit von Entscheidungen abstellen will; aA *Everhardt* BB 1981, 681, 684.

⁴² BGHZ 108, 330, 333 = NJW 1990, 49; 77, 233, 239 ff = NJW 1980, 2257; BGH WM 1980, 822; OLG Köln GmbHRdsch 1989, 81, 82; *Blomeyer/Otto* BetrAVG (1984), § 17, 116 ff; *Lutter/Hommelhoff* Anh § 6, 37; *Hommelhoff/Timm* KTS 1981, 289, 303 ff.

⁴³ BGHZ 108, 330, 333 = NJW 1990, 49; 77, 233, 241 = NJW 1980, 2257; vgl. auch BGH ZIP 1980, 778, 779.

⁴⁴ BGHZ 108, 330, 333 = NJW 1990, 49; noch offengelassen von BGH GmbHRdsch 1981, 239, 240.

⁴⁵ OLG Köln GmbHRdsch 1989, 81, 82 f; Merkblatt des PSVaG 300/M 1/2.92 Ziff. 2.2.2. abgedr. in Handbuch der betrieblichen Altersversorgung (H-BetrAV) Bd. 1⁷ (1988), Teil II, D. II.3.; *Wiedemann/Moll* RdA 1977, 13, 21.

⁴⁶ AA OLG Köln GmbHRdsch 1989, 81, 83; *Rowedder/Koppensteiner* 79, die bereits die Möglichkeit der Einflußnahme für ausreichend halten.

⁴⁷ Vgl. dazu auch grundsätzlich BGHZ 77, 94, 102 = NJW 1980, 2254; 108, 330, 333 = NJW 1990, 49.

⁴⁸ BGHZ 77, 94, 105 = NJW 1980, 2254; 77, 233, 240 = NJW 1980, 2257.

⁴⁹ Vgl. BGH WM 1980, 822, 823.

vermittelte Beteiligung an der KG zusammenzurechnen, um den Grad seines effektiven unternehmerischen Einflusses in der KG zu bestimmen⁵⁰. Sichern die eigenen kumulierten Beteiligungen dem GmbH-Geschäftsführer in der KG noch keinen beherrschenden Einfluß, ist er gleichwohl als Unternehmer zu betrachten, wenn er gemeinsam mit den kumulierten Beteiligungen eines oder mehrerer Mitgeschäftsführer über die Mehrheit in der KG verfügt⁵¹.

- 154** cc) **Steuerrecht.** Im Steuerrecht dient die Typendifferenzierung bei Geschäftsführern als Grundlage für die Abgrenzung des regulären, dem Geschäftsführer allein aus betrieblichen Gründen gezahlten Arbeitslohns, der als Betriebsausgabe steuerlich abzugsfähig ist, von solchen Zuwendungen an Geschäftsführer, die mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis gewährt werden und deshalb **verdeckte Gewinnausschüttungen** darstellen, denen die steuerliche Anerkennung als Betriebsausgaben versagt wird. Die Rspr. des BFH sieht dabei die Gefahr einer steuerlich mißbräuchlichen Ausgestaltung der Geschäftsführervergütung nicht erst bei Gesellschafter-Geschäftsführern als naheliegend an, die beherrschenden Einfluß in der Gesellschaft ausüben, sondern in realistischer Einschätzung der Verhältnisse grundsätzlich bei allen Geschäftsführern, deren **Interessenverknüpfung mit der Gesellschaft** Zweifel an der ausschließlich betrieblichen Veranlassung der Vergütung zu begründen geeignet ist. Zu diesem Personenkreis zählt das Steuerrecht den Gesellschafter-Geschäftsführer schlechthin, ferner den Fremdgeschäftsführer, der einem Gesellschafter nahesteht. Vergütungsvereinbarungen mit diesem Geschäftsführertypus werden ertragsteuerlich nur dann anerkannt, wenn sie bestimmten, je nach Einflußgrad des Begünstigten abgestuften, von der Rspr. des BFH insgesamt aber kontinuierlich verschärften Anforderungen genügen (dazu im einzelnen Rdn 231 ff).

- 155** Grundsätzlich nicht zu diesem Personenkreis gehört der **Fremdgeschäftsführer**, der im steuerrechtlichen Sinne Arbeitnehmer der Gesellschaft ist und dessen Gehalt ohne weiteres zu den Betriebsausgaben zu rechnen ist. Eine Ausnahme gilt jedoch für Vergütungsvereinbarungen mit solchen Fremdgeschäftsführern, die als **Gesellschaftern nahestehende Personen**⁵² zu qualifizieren sind, also insbesondere für nahe Angehörige und Ehegatten⁵³. Leistungen an diesem Personenkreis zugehörige Geschäftsführer behandelt der BFH in st.Rspr. steuerlich wie Zuwendungen an den Gesellschafter selbst⁵⁴. Sie unterliegen damit denselben Anforderungen wie Vergütungsvereinbarungen mit demjenigen Gesellschafter, dem sie nahestehen⁵⁵; die Unterscheidung zwischen dem beherrschenden und dem nicht beherrschenden Gesellschafter kommt somit auch hier zum Tragen.

- 156** Die ertragsteuerliche Anerkennung von Zuwendungen an Geschäftsführer knüpft das Steuerrecht schon bei **Gesellschafter-Geschäftsführern** generell an strengere Voraussetzungen als bei Fremdgeschäftsführern; Bezüge und Versorgungszusagen müssen insbesondere einer Angemessenheitsprüfung auf der Basis eines Fremdvergleichs standhalten (s. im einzelnen Rdn 234 ff). Verschärften Anforderungen unterliegen Vergütungs- und Versorgungsvereinbarungen mit **beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern**, um steuerliche Manipulationsmöglichkeiten, die wegen

⁵⁰ BGHZ 77, 94, 104 ff = NJW 1980, 2254; 77, 233, 239 ff = NJW 1980, 2257.

⁵¹ OLG Köln GmbHRdsch 1988, 64, 65.

⁵² Zur Eingrenzung dieses Personenkreises s. BFHE 149, 33, 36; 153, 313, 316 f; 156, 428, 431; BFH BFH/NV 1989, 131, 132.

⁵³ BFHE 150, 412, 417; 153, 313, 316; 154, 316,

320; BFH BFH/NV 1989, 131, 132; GmbH-Rdsch 1993, 302, 303.

⁵⁴ BFHE 170, 175, 176 f m.w.Nachw. zur BFH-Rspr.

⁵⁵ Vgl. etwa BFHE 149, 33; 153, 313, 316; 154, 316, 320; 156, 428, 431; BGH BB 1993, 1930, 1931.

des fehlenden Interessengegensatzes zwischen Gesellschaft und beherrschendem Gesellschafter hier besonders naheliegen, im Interesse einer gleichmäßigen Besteuerung der GmbH zu beschneiden⁵⁶. Ihre betriebliche Veranlassung wird von der Rspr. nur anerkannt, wenn sie auf einer zivilrechtlich wirksamen, im voraus abgeschlossenen, klaren und tatsächlich durchgeführten Vereinbarung beruhen (dazu im einzelnen Rdn 243 ff), Ruhegehaltszusagen müssen insbesondere den Anforderungen der Ernstlichkeit und Erdienbarkeit genügen (dazu im einzelnen Rdn 299 f).

Als **beherrschend** ist ein Gesellschafter anzusehen, wenn er maßgeblichen Einfluß auf die Willensbildung der Gesellschaft nehmen kann und damit ihn begünstigende Gesellschafterbeschlüsse durchzusetzen in der Lage ist⁵⁷. Das ist stets dann der Fall, wenn der Gesellschafter über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt⁵⁸. Institutionelle Begrenzungen der Mehrheitsmacht können die Gleichsetzung der letzteren mit der Beherrschung allerdings aufheben. So verbietet sich jedenfalls in der GmbH mit einem paritätisch besetzten Aufsichtsrat die Annahme, daß der Mehrheitsgesellschafter beherrschenden Einfluß im Sinne des Steuerrechts ausüben kann, und zwar auch dann, wenn man unter Gesichtspunkten des Gläubiger- und Minderheitenschutzes an der in § 17 Abs. 2 AktG ausgesprochenen Vermutung der Abhängigkeit des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens festhält⁵⁹. Entscheidend ist, daß der Mehrheitsgesellschafter eine solche Gesellschaft kaum mehr steuerlich im Dienste persönlicher Zwecke instrumentalisieren kann. Sieht die Satzung für die Beschlußfassung ein höheres Quorum vor, so muß der Gesellschafter-Geschäftsführer diesen Stimmanteil erreichen, damit er als beherrschend angesehen werden kann.

Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer, die allein nicht über eine Stimmenmehrheit verfügen, können nur dann als beherrschend qualifiziert werden, wenn ihre Beteiligung nicht ganz unbedeutend ist und besondere Umstände hinzutreten, die ihnen maßgeblichen Einfluß auf die Beschlußfassung sichern⁶⁰. Das können gesellschaftsvertragliche Sonderrechte sein, aber auch sonstige rechtliche oder tatsächliche Gegebenheiten, die es dem Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer ermöglichen, die Willensbildung der Gesellschaft zu bestimmen⁶¹.

Einen beherrschungsbegründenden Umstand sieht die Rspr. vor allem in der Interessenübereinstimmung zwischen mehreren Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführern oder zwischen dem Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer und seinen ebenfalls an der Gesellschaft beteiligten nahen Angehörigen. Beherrschend ist danach die Stellung eines Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers immer dann, wenn er zusammen mit einem oder mehreren Geschäftsführern oder nahen Angehörigen über die Stimmenmehrheit in der Gesellschaft verfügt und zusammen mit diesen in der zu entscheidenden Frage **gleichgerichtete Interessen** verfolgt⁶². Dafür spricht jedoch entgegen der früheren Rspr.⁶³ auch bei Ehegatten und nahen Ange-

⁵⁶ Vgl. BFHE 143, 263, 265; 150, 524, 527 f; 157, 138, 140; 167, 42, 44; 168, 151, 154; 170, 119, 123.

⁵⁷ Vgl. BFHE 156, 155, 157; 171, 58, 60; BFH GmbHRdsch 1990, 411 m.w.Nachw.

⁵⁸ St.Rspr. des BFH, vgl. nur BFHE 159, 228, 232; 159, 338, 340; BFH BFH/NV 1989, 195, 196.

⁵⁹ Mertens Vorauf. 80.

⁶⁰ BFHE 145, 165, 169 f; 159, 228, 232; BFH BStBl. II 1966, 73; BStBl. II 1969, 347; BFH/NV 1989, 195, 196.

⁶¹ BFHE 145, 165, 169 f; BFH GmbHRdsch 1990, 411, 412.

⁶² BFHE 146, 126, 128; 150, 412, 416; 163, 207, 208; 168, 151, 153; 170, 119, 122; 171, 58, 60; BFH GmbHRdsch 1990, 411; FG Niedersachsen GmbHRdsch 1991, 595, 596 f; hierzu ausführlich Lange GmbHRdsch 1991, 427, 428 f m. Rspr.-Übersicht.

⁶³ BFHE 85, 313, 315; 94, 26, 28.

hören keine Vermutung⁶⁴; die Annahme gleichgerichteter Interessen bedarf vielmehr besonderer Begründung⁶⁵. Daran läßt es freilich die Rspr. selbst häufig fehlen, so daß das Merkmal der gleichgerichteten Interessen klar faßbarer Konturen entbehrt und deshalb zur Begründung beherrschenden Einflusses nur mit größter Zurückhaltung herangezogen werden sollte⁶⁶. So bejaht der BFH Interessenidentität regelmäßig schon dann, wenn die Beteiligten aus der betreffenden Vereinbarung den Verhältnissen ihrer Gesellschaftsanteile entsprechenden Nutzen ziehen⁶⁷; doch soll gleiche Interessenausrichtung auch bei Zuwendungen in unterschiedlicher Höhe an gleichmäßig beteiligte Gesellschafter vorliegen können⁶⁸. Gegen die Annahme gleichgerichteter Interessen kann aber unter im einzelnen unklaren Voraussetzungen der Umstand sprechen, daß unterschiedlich beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer Zuwendungen in gleicher Höhe erhalten⁶⁹.

3. Schuldrechtliche Einordnung des Anstellungsverhältnisses

- 160** Die Pflicht zur Geschäftsführung kann bei Gesellschafter-Geschäftsführern auf der Satzung beruhen, sonst kann sie aus **Dienstvertrag** oder **Auftrag** folgen. Wird der Geschäftsführer gegen Entgelt tätig, so ist sein Anstellungsvertrag als Dienstvertrag zu qualifizieren, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§§ 611 ff, 675 BGB)⁷⁰; bei Unentgeltlichkeit ist von einem Auftragsverhältnis (§§ 662 ff BGB) auszugehen; doch ist zumindest bei Fremdgeschäftsführern und geringfügig beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführern die Entgeltlichkeit nach § 612 BGB zu vermuten (zu Einzelheiten s. Rdn 191, 196). Der Anstellungsvertrag ist **kein Arbeitsvertrag** (zum arbeitsrechtlichen Status des Geschäftsführers s. Rdn 170). Auch bei mitgliederschaflichem Recht oder statutarisch begründeter Pflicht zur Geschäftsführung wird normalerweise ein schuldrechtlicher Ausführungsvertrag, sei es als Dienstvertrag, sei es als Auftrag, vorliegen (vgl. § 3, 76). Auch im letzteren Fall erscheint es sachgerecht, statt § 671 Abs. 1 BGB die §§ 712, 626 Abs. 2 BGB anzuwenden. Zur Kündigung des Anstellungsvertrages s. die Erläuterungen zu § 38.

4. Anstellungsvertrag und Organisationsrecht der Gesellschaft

- 161** a) Festlegung von Geschäftsführungsbefugnissen im Anstellungsvertrag nach dem Normalstatut der GmbH. Im Rahmen des durch Gesetz und Satzung abgesteckten Gestaltungsspielraums können die Gesellschafter im Anstellungsvertrag Einzelheiten der Geschäftsführung regeln. Sie können die Geschäftsführungsbefugnis Beschränkungen unterwerfen oder dem Geschäftsführer das Recht auf eine bestimmte

⁶⁴ BFHE 144, 409 im Anschluß an BVerfGE 69, 188, 205 ff = NJW 1985, 2939; BFHE 146, 126, 130; BFH GmbHRdsch 1990, 411 f; FG Saarland GmbHRdsch 1995, 463.

⁶⁵ BFHE 144, 409, 412; BFH GmbHRdsch 1990, 411 f; FG Saarland GmbHRdsch 1995, 463; ebenso Abschnitt 31 Abs. 6 KStR 1990; vgl. hierzu auch BVerfGE 69, 188, 208 f = NJW 1985, 2939.

⁶⁶ Krit. auch *Tillmann* Rdn 225.

⁶⁷ Vgl. z. B. BFHE 168, 151, 153; 170, 119, 122 ff; FG Niedersachsen GmbHRdsch 1991, 595, 596 f; FG Saarland GmbHRdsch 1995, 463, 464.

⁶⁸ BFH BFH/NV 1989, 195, 196; ebenso für Ehe-

gatten mit gleichen Anteilen, die Geschäftsführer und Prokurist der Gesellschaft waren, BFHE 171, 58, 60.

⁶⁹ BFHE 125, 557, 559 f; *Schulze zur Wiesche* GmbHRdsch 1993, 403; *Tillmann* Rdn 225; vgl. aber auch BFHE 146, 126, 129, wo der BFH bei ähnlichem Sachverhalt, allerdings im Falle einer Gewinnthesaurierung, mangels Schmälerung des ausgeschütteten Gewinnanteils gleichgerichtete Interessen der Beteiligten bejaht.

⁷⁰ BGH WM 1963, 161; NJW-RR 1988, 420; BAGE 49, 81, 89; 55, 137, 144; BAG GmbHRdsch 1993, 35, 36; *Baumbach/Hueck/Zöllner* 97.

Geschäftsführungsbefugnis einräumen⁷¹. Dies kann auch in der Form geschehen, daß Satzungsbestimmungen oder Gesellschafterbeschlüsse über die Geschäftsführungsbefugnis zum Inhalt des Anstellungsvertrages gemacht werden. Auch können die Gesellschafter dem Geschäftsführer unter Einschränkung oder Ausschluß ihres Weisungsrechts einen weisungsfreien Geschäftsführungsbereich übertragen. Das Weisungsrecht der Gesellschafter ist kein unabdingbarer Bestandteil ihrer Geschäftsführungshoheit im Sinne eines ungeschriebenen Grundsatzes der gesetzlichen Organisationsverfassung der GmbH, über den sie zugunsten Dritter nur mit satzungsändernder Mehrheit verfügen könnten⁷². Ein mit einfacher Mehrheit beschlossener Verzicht auf die Ausübung des Weisungsrechts kann deshalb Gegenstand einer wirksamen schuldrechtlichen Vereinbarung mit dem Geschäftsführer sein⁷³. Organisationsrechtliche Wirkungen erzeugt der anstellungsvertragliche Verzicht auf die Erteilung von Weisungen jedoch nur soweit, wie die Möglichkeit korporativer Selbstbindung der Gesellschafter hinsichtlich des Weisungsrechts reicht, die jederzeit durch gegenteiligen Mehrheitsbeschluß aufgehoben werden kann⁷⁴. Zur Auswirkung nachträglicher Änderungen des Organisationsrecht s. Rdn 167 f.

Die Reichweite anstellungsvertraglicher Zusagen über die Geschäftsführungsbefugnis muß im Einzelfall durch Auslegung unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung ermittelt werden. Wird der Geschäftsführer als alleiniger Vertreter der GmbH angestellt, so folgt daraus z. B. nicht, daß die Gesellschafter ihn nicht zur Bestellung von Prokuristen oder Handlungsgehilfen anweisen dürften. Daraus, daß er zu jeder Handlung auch ohne Befragen der Gesellschafter befugt ist, ist nicht zu entnehmen, daß diese nicht in einzelnen besonderen Fällen ein Verbot aussprechen oder bestimmte Maßnahmen von ihrer Zustimmung abhängig machen können⁷⁵. Das gilt auch dann, wenn dem Geschäftsführer ein bestimmter Geschäftsführungsbereich in alleiniger Verantwortung zugewiesen ist. Vollständige Weisungsfreiheit ist damit regelmäßig nicht verbunden; doch dürfen die Gesellschafter mit organisationsrechtlichen Maßnahmen in diesen Bereich nicht in solchem Umfang hineinregieren, daß die Zusage der Unabhängigkeit insgesamt aufgehoben oder ausgehöhlt wird⁷⁶. Sind dem Geschäftsführer im Anstellungsvertrag Beschränkungen in bestimmtem Umfang auferlegt, so wird ihm dadurch nicht das Recht eingeräumt, weitergehenden Bindungen nicht unterworfen zu werden⁷⁷. Daß die Gesellschaft dem Geschäftsführer verspricht, sie werde ihre Satzung im Hinblick auf die darin vorgesehenen Befugnisse des Geschäftsführers nicht ändern, ist im Zweifel schon deshalb nicht anzunehmen, weil eine derartige Selbstbindung der Gesellschaft organisationsrechtlich wirkungslos bliebe (s. dazu Rdn 164, 166). Es ist nicht erforderlich, im Anstellungsvertrag hervorzuheben, daß der Geschäftsführer den Weisungen der Gesellschafter oder eines an ihre Stelle tretenden Organs zu folgen habe. Dies ergibt sich aus dem Gesetz. Die Ausnahme bedürfte der Regelung.

162

⁷¹ Vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 1259, 1260; Fleck ZGR 1988, 104, 137 f.

⁷² Mertens § 37, 25; Flume I/2 § 10 I S. 350; aA Fleck ZGR 1988, 104, 135 f., der materielle Satzungsänderung annimmt und Dreiviertelmehrheit und notarielle Beurkundung fordert.

⁷³ AA Fleck ZGR 1988, 104, 136; Scholz/Schneider § 37, 56.

⁷⁴ Vgl. § 37, 25; ebenso der Sache nach OLG Düsseldorf ZIP 1984, 1476, 1478; Lutter/Hommelhoff Anh. § 6, 11, allerdings in Widerspruch zu

Rdn 14; Rowedder/Koppensteiner 68; aA Flume I/2 § 10 I S. 350; van Venrooy GmbHRRdsch 1982, 175, 178; Fleck ZGR 1988, 104, 137, freilich unter der Annahme schuldrechtlicher Verbindlichkeit des Weisungsrechtsverzichts nur kraft Satzungsänderung.

⁷⁵ OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 1259, 1260; Rowedder/Koppensteiner 69.

⁷⁶ OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 1259, 1260.

⁷⁷ RG Holdheim 11, 119.

163 b) **Anstellungsvertragliche Regelung von Geschäftsführungsbefugnissen durch den Aufsichtsrat.** Auch in der mitbestimmten GmbH verbleibt den Gesellschaftern die Zuständigkeit für die Ausgestaltung der korporationsrechtlichen Stellung des Geschäftsführungsorgans. Im Rahmen des auch durch die zwingende Mindestzuständigkeit des Arbeitsdirektors beschnittenen gesetzlichen Regelungsspielraums muß deshalb die Festlegung der Geschäftsführungsbefugnis im einzelnen, insbesondere der Erlass einer Geschäftsordnung, die Ressortverteilung, die Bestimmung einer internen Hierarchie unter Geschäftsführern sowie die Festlegung des Umfangs ihrer Weisungsabhängigkeit, der freien Entscheidung der Gesellschafter vorbehalten bleiben⁷⁸. Da anstellungsvertraglichen Bindungen der Gesellschaft entgegenstehende organisationsrechtliche Maßnahmen, von Satzungsänderungen abgesehen, korporationsrechtlich wirkungslos bleiben (vgl. Rdn 166), griffe die anstellungsvertragliche Regelung von Geschäftsführungsbefugnissen durch den Aufsichtsrat in unzulässiger Weise in die Organkompetenzen der Gesellschafterversammlung ein. Daher ist anzunehmen, daß der Aufsichtsrat die Geschäftsführungsbefugnis des von ihm zu stellenden und anzustellenden Geschäftsführers kraft seiner Anstellungskompetenz auch schuldrechtlich nicht verbindlich mit diesem vereinbaren kann⁷⁹. Die Zuständigkeit für die anstellungsvertragliche Vereinbarung von Geschäftsführungsbefugnissen kann dem Aufsichtsrat jedoch durch die Satzung oder die Gesellschafter selbst, gegebenenfalls auch im Wege nachträglicher Genehmigung, übertragen werden.

164 c) **Verhältnis von Satzung und Anstellungsvertrag. aa) Grundsätzliches.** Die korporationsrechtliche Bindung des Geschäftsführungsorgans an die Satzung und seine Pflicht zur Einhaltung ihrer Bestimmungen stehen als solche nicht zur Disposition einer – einfachen – Gesellschaftermehrheit. Anstellungsvertragliche Regelungen, die der Satzung zuwiderlaufen, können den Geschäftsführer von seiner Organpflicht zur Wahrung der Satzung nicht entbinden, sie sind organisationsrechtlich wirkungslos⁸⁰. Sie können aber auch **keine schuldrechtliche Wirksamkeit** erlangen⁸¹, da die Gesellschafterversammlung keine gesetzlich unbeschränkte Vertretungsmacht besitzt, sondern bei ihrer Beschlußfassung selbst den Bindungen der Satzung unterliegt. Die Gesellschafter können daher aufgrund einfachen Mehrheitsbeschlusses mit Wirkung für die Gesellschaft keine Verpflichtung eingehen, die unter Verletzung der Satzung Erfüllungs-, zumindest aber Schadensersatzansprüche des Geschäftsführers begründen würde. Räumt die Satzung daher dem Geschäftsführer bestimmte Befugnisse ein oder erlegt sie ihm bestimmte Pflichten auf, überschreiten die Gesellschafter mit anstellungsvertraglichen Vereinbarungen, die diese aufheben oder einschränken, ihre Kompetenzen als Anstellungsorgan, die den Abschluß satzungswidriger Anstellungsverträge nicht umfaßt. Derartige Satzungsverstöße führen zur Unwirksamkeit der entsprechenden Bestimmungen des Anstellungsvertrages, sofern der zugrundeliegende Beschluß nicht mit satzungsändernder Mehrheit zustandekommt. Nur in letzterem Fall liegt in der schuldrechtlichen Verpflichtung der Gesellschaft durch die Gesellschafter keine Überschreitung ihrer Vertretungsmacht, da sie ihre eigene Bindung an die Satzung mit der erforderlichen Mehrheit aufheben. Korpora-

⁷⁸ Vgl. BGHZ 89, 48, 57 = NJW 1984, 733; *Raiser MitbestG*² (1984), § 30, 12 ff; Baumbach/Hueck/Zöllner § 37, 10.

⁷⁹ AA Rowedder/Koppensteiner 71: schuldrechtlich wirksam, organisationsrechtlich folgenlos.

⁸⁰ Sudhoff 36; Tillmann Rdn 76; Lutter/Hommelhoff Anh. § 6, 13; Rowedder/Koppensteiner 70;

aA van Venrooy GmbH Rdsch 1982, 175, 178; Meyer-Landrut/Miller/Niehus 79, 81, 84.

⁸¹ So mit Recht Mertens Vorauff. 85; insoweit übereinstimmend Fleck ZGR 1988, 104, 135 f; aA Lutter/Hommelhoff Anh. § 6, 13, 15; Rowedder/Koppensteiner 70; Scholz/Schneider § 37, 56.

tionsrechtlich handelt es sich bei dem Gesellschafterbeschluß über die satzungswidrige Einräumung von Befugnissen oder Freistellung von Pflichten im Anstellungsvertrag um eine zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung ad personam, deren Wirksamkeit die Einhaltung der Formvorschriften für Satzungsänderungen einschließlich der Eintragung im Handelsregister voraussetzt⁸². Die schuldrechtliche Verbindlichkeit anstellungsvertraglicher Satzungsabweichungen von der organisationsrechtlichen Wirksamkeit des zugrundeliegenden Beschlusses als abhängig zu betrachten, erscheint auch in der Sache geboten. Dafür sprechen nicht nur die berechtigten Belange des Geschäftsführers, dessen Vertrauen auf die Verbindlichkeit anstellungsvertraglicher Zusagen und ihrer Maßgeblichkeit gegenüber anderslautenden Satzungsbestimmungen über organschaftliche Befugnisse und Bindungen schon deshalb schutzwürdig erscheint, weil der Anstellungsvertrag in diesem Falle nichts anderes als deren Abbedingung bezwecken kann⁸³. Auch auf Seiten der Gesellschaft ist kein aner kennenswertes Interesse an der schuldrechtlichen Verbindlichkeit anstellungsvertraglicher Regelungen ersichtlich, die wegen des Satzungsverstoßes gegenstandslos sind, weil sie dem Geschäftsführer Rechte einräumen oder ihn von Pflichten freistellen, die er in seiner Eigenschaft als Gesellschaftsorgan doch nicht ausüben dürfte oder doch erfüllen müßte.

Dispositiv schon für die einfache Mehrheit ist dagegen das **Weisungsrecht** der Gesellschafter auch insoweit, wie es in der Satzung – deklaratorisch – festgeschrieben ist. Die Aufnahme gesetzlich ohnehin bestehender Gesellschafterbefugnisse in die Satzung verstärkt ihre Bindungswirkung nicht, da sie dem Geschäftsführer keine eigenen organisationsrechtlichen Befugnisse einräumt. Ob Satzungsbestimmungen im Einzelfall nur die Gesetzeslage wiedergeben oder einen darüber hinausgehenden Regelungsgehalt aufweisen, ist Auslegungsfrage. Die vorstehenden Grundsätze gelten insbesondere auch dann, wenn der Anstellungsvertrag vom **Aufsichtsrat** abgeschlossen wird. Dessen Vertretungsmacht gegenüber Geschäftsführern besteht ebenfalls nur im Rahmen seiner statutarisch abgesteckten Kompetenzen, die freilich ihrerseits durch die Satzung insoweit nicht beschnitten werden dürfen, wie sie gesetzlich zwingend sind (s. dazu Rdn 183). Bei **Drittanstellung** des Geschäftsführers (dazu grundsätzlich Rdn 174 f) bleiben satzungswidrige Regelungen des Anstellungsvertrages ebenfalls organisationsrechtlich wie schuldrechtlich wirkungslos, da die Gesellschafter dem Dritten keine weiterreichende Dispositionsbefugnis über die Satzung einräumen können, als sie ihnen selbst zusteht. **165**

bb) Einzelheiten. Satzungswidrige Bestimmungen des Anstellungsvertrages bleiben grundsätzlich unwirksam, seine Gültigkeit im übrigen richtet sich nach § 139 BGB. Auf einem nach den vorstehenden Grundsätzen ausnahmsweise wirksamen satzungsdurchbrechenden Gesellschafterbeschluß beruhende anstellungsvertragliche Regelungen der Geschäftsführungsbefugnis suspendieren die organschaftliche Bindung des Geschäftsführers an entgegenstehende Satzungspflichten und schränken statutarische Geschäftsführungsbefugnisse wirksam ein. Dagegen tritt bei anstellungsvertraglichen Erweiterungen oder Verschärfungen satzungsmäßiger Organpflichten ein Konflikt mit der Satzung im allgemeinen nicht auf, da solche Satzungsbestimmungen schon im Hinblick auf die Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer nach § 37 Abs. 1 grundsätzlich nicht als abschließend angesehen werden können. **166**

⁸² BGHZ 123, 15, 19 f = NJW 1993, 2246; OLG Hamm NJW-RR 1993, 867; Habersack ZGR 1994, 354, 361; vgl. auch § 53, 36.

⁸³ Vgl. van Venrooy GmbH Rdsch 1982, 175; Fleck ZGR 1988, 104, 135.

nen. Sollte die betreffende Satzungsregelung ausnahmsweise doch einmal in diesem Sinne zu verstehen sein, so wird dem Geschäftsführer damit der Sache nach das Recht eingeräumt, von weiteren Pflichtenbindungen frei zu bleiben. Auf Einschränkungen dieses Rechts finden dann wiederum die für anstellungsvertragliche Beschränkungen von Geschäftsführungsbefugnissen geltenden Grundsätze Anwendung. Entsprechendes gilt auch für anstellungsvertragliche Erweiterungen statutarischer Kompetenzzuweisungen, die im Normalfall nicht als abschließend verstanden werden können, so daß es sich insoweit lediglich um eine zulässige Konkretisierung der Satzungsvorgaben durch den Anstellungsvertrag handelt. Andernfalls bedarf es für ihre wirksame schuldrechtliche Vereinbarung wiederum eines organisationsrechtlich bindenden satzungsdurchbrechenden Gesellschafterbeschlusses.

167 cc) **Verhältnis korporationsrechtlicher Änderungen zu anstellungsvertraglichen Vereinbarungen.** Anstellungsvertragliche Verpflichtungen der Gesellschaft können durch nachträgliche Änderungen des Organisationsrechts nicht aufgehoben werden. Ihre schuldrechtliche Wirksamkeit wird weder durch abweichende Gesellschafterbeschlüsse, noch durch Satzungsänderung beseitigt⁸⁴. Die korporationsrechtliche Unabhängigkeit der Gesellschaft von schuldvertraglichen Bindungen gebietet es nicht, die Verbindlichkeit anstellungsvertraglicher Vereinbarungen generell unter den Vorbehalt anderslautenden Organisationsrechts zu stellen. Soweit sich die Gesellschaft im Anstellungsvertrag auf wirksamer organisationsrechtlicher Grundlage selbst gebunden hat, kann sie diese Bindung deshalb nicht durch einen gegenteiligen Beschluß mit einfacher Mehrheit wieder aufheben. Ein solcher Beschluß bleibt nicht nur schuldrechtlich, sondern auch organisationsrechtlich wirkungslos⁸⁵. Maßgeblich für die Befugnisse und Pflichten des Geschäftsführers bleibt demnach auch gegenüber abweichenden Weisungen oder Geschäftsordnungsregelungen der Inhalt des Anstellungsvertrages⁸⁶. Aus ihrer Nichtbeachtung durch den Geschäftsführer kann die Gesellschaft daher keine Rechte herleiten.

168 Dagegen kann es der Gesellschaft durch schuldvertragliche Bindungen nicht überhaupt verwehrt werden, korporationsrechtliche Änderungen wirksam durchzuführen. Dieses Kernbereichs ihrer organisationsrechtlichen Unabhängigkeit kann sie sich auch durch korporationsrechtliche Selbstbindung nicht begeben. Der Gesellschaft muß deshalb die Möglichkeit bleiben, diese Bindung durch **Satzungsänderung** aufzuheben, auch wenn sie dadurch ihrer schuldrechtlichen Verpflichtung aus dem Anstellungsvertrag die organisationsrechtliche Grundlage entzieht⁸⁷. Der Geschäftsführer hat sich an die geänderte Satzung zu halten, obwohl die Gesellschaft mit der organisationsrechtlichen Maßnahme seine Rechte aus dem Anstellungsvertrag verletzt. Der Geschäftsführer kann allerdings die Konsequenzen aus dieser Vertragsverletzung ziehen: Er kann sein Amt niederlegen, den Anstellungsvertrag aus wichtigem Grund kündigen⁸⁸ und gegebenenfalls Schadensersatz verlangen (vgl. § 38,

⁸⁴ Allg.M., z. B. OLG Frankfurt GmbHRdsch 1993, 288, 289; Scholz/Schneider § 37, 56; Lutter/Hommelhoff Anh. § 6, 15; Rowedder/Koppensteiner 68.

⁸⁵ So mit Recht Lutter/Hommelhoff Anh. § 6, 14, allerdings im Widerspruch zu Rdn 11; wohl auch Sudhoff 37; aA Fleck ZGR 1988, 104, 138. Zur abweichenden Rechtslage bei Verzicht der Gesellschafter auf ihr Weisungsrecht vgl. Rdn 161, 165.

⁸⁶ AA OLG Düsseldorf ZIP 1984, 1476, 1478; Rowedder/Koppensteiner 68; Lutter/Hommelhoff Anh. § 6, 11 in Widerspruch zu Rdn 14.

⁸⁷ OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 1259, 1260; Fleck ZGR 1988, 104, 137 f.; Lutter/Hommelhoff Anh. § 6, 14; Sudhoff 36; Rowedder/Koppensteiner 68; aA Flume 1/2 § 10 I S. 350; Meyer-Landrut/Miller/Niehus 84; van Venrooy GmbHRdsch 1982, 175, 178.

⁸⁸ OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 1259, 1260.

143, 146, 148). Dagegen ist es der Gesellschaft nach § 242 BGB verwehrt, aus satzungsgetreuem Verhalten des Geschäftsführers, mit dem er seine anstellungsvertraglichen Pflichten verletzt, irgendwelche Rechte herzuleiten⁸⁹.

5. Treu- und Fürsorgepflicht der Gesellschaft

Im Hinblick darauf, daß der Geschäftsführer für einen längeren Zeitraum seine Arbeitskraft in den Dienst der Gesellschaft stellt und ihr gegenüber eine weitreichende Verantwortung übernimmt, besteht ihm gegenüber eine Treu- und Fürsorgepflicht der Gesellschaft⁹⁰. Die Konkretisierung dieser Pflicht hängt wesentlich davon ab, in welchem Maße der Geschäftsführer von der Gesellschaft abhängig ist und wieweit er seinerseits als Gesellschafter maßgeblichen Einfluß auf die Führung der Gesellschaft hat. Insofern können sich auf die inhaltliche Bestimmung der dienstvertraglichen Treu- und Fürsorgepflicht der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer die Kriterien auswirken, die in einer Reihe von Rechtsgebieten, insbesondere im Recht der Sozialversicherung, der Altersversorgung und im Steuerrecht zu rechtlichen Differenzierungen in der Behandlung von Geschäftsführern geführt haben (vgl. Rdn 140 ff). So kann beispielsweise bei abhängigen Geschäftsführern mit arbeitnehmerähnlichem Status anders als bei Unternehmer-Geschäftsführern der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zur Konkretisierung der Gesellschaftspflichten herangezogen werden⁹¹ (zu einzelnen Anwendungsbereichen des Grundsatzes vgl. Rdn 170, 196, 201, 204, 225, 262, 292).

6. Die Stellung des Geschäftsführers im Arbeitsrecht

Der entgeltliche Anstellungsvertrag des Geschäftsführers ist Dienstvertrag, nicht Arbeitsvertrag. Der Geschäftsführer übt als Vertretungsorgan der Gesellschaft deren Arbeitgeberfunktion aus („konkreter Prinzipal“); die mit der Stellung als gesellschaftliches Leitungsorgan verbundene unternehmerische Freiheit und zwingende gesetzliche Verantwortlichkeit schließen es aus, den Geschäftsführer rechtlich als Arbeitnehmer zu qualifizieren⁹². Arbeitsrechtliche Vorschriften finden deshalb auf den Geschäftsführer im allgemeinen keine Anwendung. Das ordnen einige Gesetze ausdrücklich an, etwa § 18 Abs 1 Nr. 1 ArbZG⁹³; § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG; § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG⁹⁴; § 14 Abs. 1 Nr. 1, § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG⁹⁵; § 1 Abs. 3

⁸⁹ Rowedder/Koppensteiner 70; Lutter/Hommelhoff Anh. § 6, 17.

⁹⁰ Baumbach/Hueck/Zöllner 25, 98; Lutter/Hommelhoff Anh. § 6, 28; Hueck ZfA 1985, 25, 34; Fleck Festschrift Hilger/Stumpf (1983), 197, 207.

⁹¹ Vgl. BGH NJW-RR 1990, 1313 f; Henssler RdA 1992, 289, 299 f m.Nachw. zum Meinungsstand.

⁹² St.Rspr. und h.M., z. B. BGHZ 91, 217, 219 f = NJW 1984, 2528; 79, 291, 292 = NJW 1981, 1270; 78, 82, 85 = NJW 1980, 2415; 49, 30, 31 = NJW 1968, 391; BAG NZA 1986, 68; DB 1991, 2595; Baumbach/Hueck/Zöllner 97; Lutter/Hommelhoff Anh. § 6, 3; Rowedder/Koppensteiner 64; Eckardt ZfA 1987, 467; Fleck Festschrift Hilger/Stumpf (1983), 197, 208; Gaul GmbHRdsch 1988, 172, 173; Dissel 9 ff; Heyll 74; Hueck Festschrift Hilger/Stumpf (1983), 365, 379; ders. ZfA 1985, 25, 31 f; aA

das BAG, vgl. BAGE 39, 16, 27 = NJW 1983, 2405; BAG GmbHRdsch 1993, 35, 36; Groß 162; Miller ZIP 1981, 578 ff; Scholz/Schneider 159 ff; Henssler RdA 1992, 289 ff; Martens Festschrift Hilger/Stumpf (1983), 437 ff; Übersicht zum aktuellen Meinungsstand bei Diller 43 ff; zur Doppelfunktion des leitenden Angestellten als Organmitglied Gaul GmbHRdsch 1989, 357 ff.

⁹³ Die Vorschrift verweist auf § 5 Abs. 3 BetrVG, der leitende Angestellte von seinem Anwendungsbereich ausschließt.

⁹⁴ Zur gerichtlichen Zuständigkeit bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft vgl. Rdn 323 ff.

⁹⁵ Zur begrenzten Anwendbarkeit des KSchG auf Organmitglieder juristischer Personen nach der Rspr. des BAG s. BAG GmbHRdsch 1987, 265 f sowie im einzelnen § 38, 13.

Nr. 1 des 5. VermBG; bei anderen folgt es aus dem Gesetzeszweck und ihrer spezifischen Schutzrichtung. So ist weder das Betriebsverfassungs- noch das Tarifvertragsrecht auf den Geschäftsführer anwendbar⁹⁶. Keine Anwendung finden § 613 a BGB⁹⁷, das MuSchG und das BErzGG⁹⁸, ebenso wenig das SchwbG⁹⁹. Auch das Arbeitnehmererfindungsgesetz ist wegen seines auf Sozialschutz gerichteten Zwecks auf Geschäftsführer weder direkt noch entsprechend anwendbar¹⁰⁰. Für Erfindungen von Organmitgliedern gilt jedoch die Verordnung über die steuerliche Behandlung der Vergütungen für Arbeitnehmererfindungen vom 6.6.1951 (BGBl. I 388)¹⁰¹. Zur Anwendbarkeit des § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG vgl. Rdn 264. Trotz grundsätzlicher Nichtgeltung arbeitsrechtlicher Bestimmungen kann eine Arbeitnehmern vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit des Geschäftsführers es in Einzelfällen rechtfertigen, arbeitsrechtliche Vorschriften entsprechend anzuwenden¹⁰². Ihre Geltung kann auch aus dem Anstellungsvertrag selbst folgen, wenn dies ausdrücklich vereinbart wurde¹⁰³ oder einer Auslegung der dienstvertraglichen Bestimmungen zu entnehmen ist.

- 171** Betriebsverfassungsrechtlich ist der Geschäftsführer, der für die Gesellschaft die Arbeitgeberfunktion ausübt, der Arbeitgeberseite zuzurechnen. Er kann zum **Arbeitsrichter** aus dem Kreise der Arbeitgeber (§ 22 Abs. 2 Nr. 1, § 37 Abs. 2, § 43 Abs. 3 ArbGG) und zum **Sozialrichter** auf Arbeitgeberseite (§ 16 Abs. 4 Nr. 2, § 47 S. 2 SGG) bestellt werden. Kaufmannseigenschaft kommt dem Geschäftsführer als solchem nicht zu. Doch kann jeder Geschäftsführer – gleich ob Gesellschafter oder nicht und unabhängig vom Grad der Selbständigkeit seiner Position – nach § 109 GVG **Handelsrichter** sein.

7. Der Geschäftsführer in der Sozialversicherung

- 172** Alle im sozialversicherungsrechtlichen Sinne abhängig beschäftigten Geschäftsführer (dazu im einzelnen Rdn 140 ff) sind im Rahmen der Beitragsbemessungsgrenzen renten-, pflege-, kranken-, unfall- und arbeitslosenversicherungspflichtig. Sie ha-

⁹⁶ Baumbach/Hueck/Zöllner 99.

⁹⁷ OLG Hamm GmbHRdsch 1991, 466, 467; OLG Celle GmbHRdsch 1978, 208.

⁹⁸ Statt vieler Lutter/Hommelhoff Anh § 6, 47; Schaub Arbeitsrechtshandbuch⁷ (1992), § 14 II 2. c); Heilmann MuSchG² (1991), § 1, 37; aA Henssler RdA 1992, 289, 296; Miller ZIP 1981, 578, 582.

⁹⁹ BGH NJW 1978, 1435, 1437; OLG Hamm GmbHRdsch 1987, 307 f; Scholz/Schneider 230 m.w.Nachw.; Henssler RdA 1992, 289, 296; Schaub Arbeitsrechtshandbuch⁷ (1992), § 179 IV 2; aA Fleck Festschrift Hilger/Stumpf (1983), 197, 221; Miller ZIP 1981, 578, 582; der schwerbehinderte alleinige Gesellschafter-Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG, der gleichzeitig als Kommanditist mehrheitlich beteiligt ist, ist jedoch auch kein „Arbeitgeber“ iSd § 9 Abs. 3 SchwbG und daher nicht auf den Pflichten der Schwerbehinderten-Arbeitsplätze der KG anzurechnen, BSG GmbHRdsch 1993, 357; OVG Münster GmbHRdsch 1990, 302.

¹⁰⁰ BGH GRUR 1965, 302, 303; Henssler RdA

1992, 289, 296; Jestaedt Festschrift Nirk (1992), 493 ff; Sudhoff 12; aA Heyll 129 f, 260 ff, Miller ZIP 1981, 578, 582; Meyer-Landrut/Miller/Niehus 182; allg. zur rechtlichen Behandlung von Erfindungen des (Gesellschafter-)Geschäftsführers Gaul GmbHRdsch 1982, 101 ff; ders. DB 1990, 671; ferner zur Frage der Erfindervergütung für den von der KG angestellten Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG BGH NJW-RR 1990, 349 m.w.Nachw.

¹⁰¹ Reimer/Schade/Schippel ANErG⁶ (1993), § 1, 4; Sudhoff 12.

¹⁰² BGHZ 91, 1, 3 = NJW 1984, 2366; Fleck Festschrift Hilger/Stumpf (1983), 197, 208, 226; weitergehend Henssler RdA 1992, 289, 292, 294 ff; Hueck ZfA 1985, 25, 31 ff; ders. Festschrift Hilger/Stumpf (1983), 365, 379; Groß DB 1984, 1447; Lieb/Eckhardt 78 f; Tillmann StbKRep 1991, 65, 67; Scholz/Schneider 130 ff; zur Eingrenzung dieses Geschäftsführerkreises vgl. Eckardt ZfA 1987, 467; Reiserer DB 1994, 1822, 1823 m.w.Nachw.

¹⁰³ Fleck ZHR 149 (1985), 387, 401.

ben gegenüber der Gesellschaft Anspruch auf einen Zuschuß zur Krankenversicherung gemäß § 257 Abs. 1 SGB V. Der Zuschuß ist nach § 3 Nr. 62 S. 1 EStG steuerfrei. Wurden zu Unrecht Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung gezahlt, so ist für die Frage, ob dadurch trotz fehlender Beitragspflicht Versicherungsschutz begründet wurde, zu differenzieren: In der Rentenversicherung gelten irrtümlich gezahlte Beiträge als für die freiwillige Versicherung entrichtet (§ 202 SGB VI), können allerdings nach Maßgabe von § 26 SGB IV zurückgefordert werden¹⁰⁴. Der nicht versicherungspflichtige Geschäftsführer kann aber auf Antrag die Pflichtversicherungsmitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung erwerben, daneben besteht die Möglichkeit der freiwilligen Mitgliedschaft¹⁰⁵. Die fehlerhafte Entrichtung von Beiträgen zur Unfallversicherung läßt ein formalrechtliches Versicherungsverhältnis jedenfalls zugunsten des gutgläubigen Geschäftsführers entstehen¹⁰⁶. Zu beachten ist, daß gemäß § 545 Abs. 1 Nr. 2 RVO nunmehr der freiwillige Beitritt zur gesetzlichen Unfallversicherung auch dem Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer eröffnet ist¹⁰⁷. In der Arbeitslosenversicherung erwirbt der Geschäftsführer bei grundloser Beitragsleistung nach st.Rspr. des Bundessozialgerichts¹⁰⁸ selbst dann keinen Versicherungsschutz, wenn die Einzugsstelle durch Verwaltungsakt über die Beitragspflicht entschieden hat¹⁰⁹. Scheidet der Geschäftsführer nach Vollendung des 58. Lebensjahres aus der Gesellschaft aus und erhält Arbeitslosengeld, hat die GmbH der Bundesanstalt für Arbeit diese Leistungen nach Maßgabe von § 128 AFG zu erstatten¹¹⁰. Für die Rückerstattung von Beiträgen sind die §§ 26 SGB IV und 185 a AFG maßgeblich.

II. Abschluß und Änderung des Anstellungsvertrages

1. Vertragsparteien

a) **GmbH.** Vertragspartner des Anstellungsvertrages ist normalerweise die GmbH, zu deren Organ der Geschäftsführer bestellt ist. Auch die Vor-GmbH kann bereits den Anstellungsvertrag mit dem GmbH-Geschäftsführer abschließen (vgl. Rdn 176).

b) **Drittanstellung.** In der Praxis werden Anstellungsverträge mit GmbH-Geschäftsführern nicht selten von Dritten abgeschlossen, die als Dienstherr an die Stelle der GmbH treten, oder es werden Personen, die bereits in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis zu Dritten stehen, ohne Änderung ihres Vertrages zu Geschäftsführern bestellt. Den Geschäftsführer anstellende Dritte können sowohl Gesellschafter der GmbH sein, etwa der Mehrheits- oder Alleingesellschafter oder die Obergesellschaft einer konzernverbundenen GmbH¹¹¹, als auch Nichtgesellschafter, wie

¹⁰⁴ OLG Köln ZIP 1991, 603, 604 m.Anm. *Dalichau*; vgl. zum Erstattungsanspruch ferner *Tillmann* Rdn 583 ff.; *Brandmüller* 143 ff.; *Figge* GmbHRdsch 1987, 338, 341 f.; *Posdziech* Rdn 45 ff. Zur nachträglichen Feststellung der Sozialversicherungsfreiheit und ihrer Bedeutung im Konkurs der Gesellschaft *Onusseit* KTS 1992, 1.

¹⁰⁵ Dazu im einzelnen *Figge* GmbHRdsch 1995, 111, 112; *Tillmann* Rdn 583 f.

¹⁰⁶ BSGE 36, 71, 73; für ein „formales Versicherungsverhältnis“ aus dem Gesichtspunkt des „venire contra factum proprium“ LSG Niedersachsen GmbHRdsch 1987, 353, 354.

¹⁰⁷ *Reiserer/Schulte* BB 1995, 2162, 2166.

¹⁰⁸ BSGE 70, 81, 83 ff m.w.Nachw.; BSG DB 1985, 1456; GmbHRdsch 1987, 351, 352 f.; BB 1989, 72, 73; GmbHRdsch 1991, 461; LSG Hessen GmbHRdsch 1988, 63, 64.

¹⁰⁹ BSGE 70, 81, 85; vgl. dazu auch *Figge* GmbHRdsch 1995, 111, 112.

¹¹⁰ Hierzu im einzelnen *Lunk* DB 1994, 934 ff.

¹¹¹ Vgl. z. B. BGH WM 1964, 1320, 1321; BAG NJW 1996, 1076; zu den Gestaltungsformen der Praxis vgl. *Fleck* ZHR 149 (1985), 387, 389 f.; *Baums* 61 ff, 89 ff.

die den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH im eigenen Namen anstellende GmbH & Co. KG¹¹². Die Drittanstellung des Geschäftsführers ist in der nichtmitbestimmten GmbH grundsätzlich zulässig¹¹³, da das GmbHG die Anstellungskompetenz nicht zwingend der Gesellschaft selbst vorbehält. Das folgt schon aus der rechtlichen Trennung von Bestellungen- und Anstellungsverhältnis. Die Organpflichten des Geschäftsführers gegenüber der GmbH beruhen ohnehin auf dem Bestellungsverhältnis und bleiben durch die Drittanstellung unberührt, da sie durch Vertrag mit Dritten grundsätzlich weder aufgehoben noch eingeschränkt werden können¹¹⁴. Deshalb muß der Anstellungsvertrag mit einem Dritten nicht notwendig Vertrag zugunsten der Gesellschaft iSv § 328 BGB sein¹¹⁵. Aus denselben Gründen stehen auch keine prinzipiellen Bedenken entgegen, einen Arbeitnehmer des Dritten zum Geschäftsführer zu bestellen¹¹⁶. Denn die gesellschaftsrechtlichen Organpflichten und die Beschränkungen konzernrechtlicher Leitungsmacht setzen dem arbeitsvertraglichen Direktionsrecht gesetzliche Grenzen, ohne daß der Arbeitsvertrag dies ausdrücklich regeln müßte¹¹⁷. Freilich wird man davon auszugehen haben, daß der Geschäftsführer durch diese Modifikation des Anstellungsverhältnisses seinen Arbeitnehmerstatus verliert¹¹⁸.

- 175** Ob die Drittanstellung einer Grundlage in der Satzung oder zumindest eines Beschlusses des zuständigen Geschäftsorgans bedarf, ist streitig¹¹⁹. Zur Vermeidung von Pflichtenkollisionen in der Person des Geschäftsführers infolge widersprüchlicher Vertragsregelungen¹²⁰ erscheint das Zustimmungserfordernis wenig geeignet, weil auch eine entsprechende Ermächtigung die Festlegung der Anstellungsbedingungen dem Dritten überlassen kann (vgl. Rdn 177). Auch dürfte bei den Konstellationen, die Drittanstellungen typischerweise zugrundeliegen, das Einverständnis der Gesellschaft mit dem Anstellungsvertrag neben der ohnehin erforderlichen Geschäftsführer-Bestellung durch das zuständige Organ kaum als zusätzliche Schranke wirken. Gleichwohl ist im Hinblick auf die gesetzliche Regelzuweisung der Anstellungskompetenz an die Gesellschafterversammlung an dem Erfordernis einer Satzungs- oder Beschlußgrundlage für die Drittanstellung jedenfalls deshalb festzuhalten, damit über Tatbestand und Umfang der Delegation von Organbefugnissen Klarheit besteht.

¹¹² So z. B. in den Entscheidungen BGHZ 75, 209 = NJW 1980, 595; 75, 321 = NJW 1980, 598; BGH NJW 1987, 2073, 2074; WM 1980, 1190; OLG Celle GmbHRdsch 1980, 32; OLG Hamm GmbHRdsch 1991, 466; BAGE 24, 383; 39, 16 = NJW 1983, 2405; BAG GmbHRdsch 1993, 35. Zur Kasuistik s. ferner Baums 59 f.

¹¹³ Ganz h.M., z. B. BGH WM 1964, 1320; OLG Celle GmbHRdsch 1980, 32, 33 f. m.w.Nachw.; Baums 89 ff; Fleck ZHR 149 (1985), 387, 388 f; Hueck ZfA 1985, 25, 36; Schneider GmbHRdsch 1993, 10, 13; Baumbach/Hueck/Zöllner 93.

¹¹⁴ OLG Celle GmbHRdsch 1980, 32, 34; Fleck ZHR 149 (1985), 387, 393 ff; Schneider GmbHRdsch 1993, 10, 15; vgl. auch Rdn 164.

¹¹⁵ Baums 91; Baumbach/Hueck/Zöllner 93.

¹¹⁶ St.Rspr. des BAG, z. B. BAGE 39, 16 = NJW 1983, 2405; BAG NJW 1996, 1076; ZIP 1980, 1014; GmbHRdsch 1993, 35, 36; ebenso Mar-

tens Festschrift Hilger/Stumpf (1983), 437, 446 ff; Hueck ZfA 1985, 25, 36; Gaul GmbHRdsch 1989, 357, 359; Henssler RdA 1992, 289, 301.

¹¹⁷ Vgl. Gaul GmbHRdsch 1989, 357, 360; Hueck ZfA 1985, 25, 36.

¹¹⁸ OLG Celle GmbHRdsch 1980, 32, 35; Baumbach/Hueck/Zöllner 93; aA die st.Rspr. des BAG, BAGE 39, 16, 28 = NJW 1983, 2405; BAG NJW 1996, 1076; ZIP 1980, 1014; GmbHRdsch 1993, 35, 36; NJW 1995, 3338 f. = WiB 1996, 26 m.Anm. Reiserer, wonach der Geschäftsführer je nach Anstellungsbedingungen auch Arbeitnehmer sein kann.

¹¹⁹ Bejahend Fleck ZHR 149 (1985), 387, 393; Lutter/Hommelhoff Anh. § 6, 9; Henssler RdA 1992, 289, 302; aA Scholz/Schneider 170.

¹²⁰ So Lutter/Hommelhoff Anh. § 6, 9 im Anschluß an Henssler, RdA 1992, 289, 302.

2. Abschluß- und Änderungskompetenz

a) In der nichtmitbestimmten GmbH. Die Bestellung der Geschäftsführer (vgl. 176 § 46, 39 ff) ist nach § 46 Nr. 5 Sache der Gesellschafter, soweit nicht die Satzung etwas anderes vorsieht (§ 45 Abs. 2) oder die Geschäftsführer unmittelbar beruft (§ 6 Abs. 3 S. 2). Die Bestellungskompetenz der Gesellschafter umfaßt vorbehaltlich abweichender Regelung in der Satzung auch den Abschluß des Anstellungsvertrages (Annexkompetenz)¹²¹. Insoweit gilt die gesetzliche Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer nicht, die GmbH wird vielmehr von den Gesellschaftern vertreten¹²². Auch für die Anstellung des erst später zu bestellenden Geschäftsführers ist die Gesellschafterversammlung zuständig, sofern ein hinreichend enger Zusammenhang mit der Organbestellung besteht¹²³. Der Beschluß über die Anstellung bedarf vorbehaltlich abweichender Satzungsbestimmung der einfachen Mehrheit (§ 47 Abs. 1); auch in der Vor-GmbH kann der Geschäftsführer bereits durch Mehrheitsbeschluß bestellt¹²⁴ und dementsprechend auch angestellt werden. Der Abschluß des Anstellungsvertrages durch ein unzuständiges Organ kann von der Gesellschafterversammlung nach § 177 BGB genehmigt werden. Steuerrechtlich wird die Rückwirkung aber beim beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer nicht anerkannt (vgl. Rdn 245).

Die Anstellungskompetenz der Gesellschafterversammlung ist nicht zwingend 177 und deshalb grundsätzlich auf jeder Stufe delegierbar. Kraft Satzung oder Gesellschafterbeschluß kann als Vertragspartner des Geschäftsführers ein Dritter an die Stelle der GmbH treten, dem grundsätzlich auch die Festlegung der Anstellungsbedingungen überlassen werden kann (zur Drittanstellung im einzelnen s. Rdn 174 f). Innerhalb der Gesellschaft kann die Anstellungskompetenz als solche einem anderen Organ, etwa dem fakultativen Aufsichtsrat oder einem Beirat, zugewiesen werden¹²⁵. Schließlich können die Gesellschafter die Vereinbarung der Anstellungsbedingungen und den Abschluß des Vertrages einem Vertreter übertragen¹²⁶. Den Gesellschaftern bleibt die Anstellungskompetenz jedoch stets insoweit vorbehalten, wie ihre Ausübung durch Dritte in ihre Zuständigkeit als Bestellungsorgan eingriffe¹²⁷.

Für die Änderung und Aufhebung des Anstellungsvertrages ist, sofern die Satzung nichts anderes bestimmt, dasjenige Organ zuständig, das auch die Anstellungskompetenz besitzt, in der Regel also die Gesellschafterversammlung, da zwischen Änderung oder Aufhebung des Anstellungsvertrages und Änderung oder Beendigung der Organstellung ein ähnlich enger Sachzusammenhang besteht wie zwischen Anstellung und Bestellung¹²⁸. 178

b) In der mitbestimmten GmbH. Bei Gesellschaften, die der Eindrittelmitbestimmung nach § 77 BetrVG 1952 unterliegen, gilt nichts Besonderes. Wegen des engen 179

¹²¹ BGHZ 89, 48, 54 = NJW 1984, 733; BGH NJW 1990, 387; OLG Hamm GmbHRdsch 1991, 466.

¹²² BGH WM 1968, 1328; NJW 1990, 387, 388.

¹²³ BGH NJW 1990, 387, 388.

¹²⁴ BGHZ 80, 212, 214 = NJW 1981, 2125.

¹²⁵ BGHZ 12, 337, 339 f = NJW 1954, 799 bezüglich der dem Aufsichtsrat übertragenen Abberufungs- und Kündigungszuständigkeit; Rowedder/Koppensteiner 15.

¹²⁶ BGH WM 1968, 570 und 1328; Scholz/Schneider 171. Zur Haftung des vertragsschließenden Gesellschafters als vollmachtloser Vertreter s. BGH NJW 1990, 387.

¹²⁷ Vgl. BGHZ 79, 38, 42 = NJW 1981, 757.

¹²⁸ BGH NJW 1991, 1680, 1681 wie bereits in BGHZ 89, 48, 54 f = NJW 1984, 733 angekündigt unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Rspr., z. B. BGHZ 79, 38, 42 = NJW 1981, 757; 91, 217, 218 = NJW 1984, 2528, die von einer Zuständigkeit der Mitgeschäftsführer ausging; ebenso BGH NJW 1995, 1750, 1751; DStR 1993, 1752; OLG Hamm GmbHRdsch 1991, 466; OLG Schleswig GmbHRdsch 1993, 156; zur vergleichbaren Rechtslage beim e.V. BGHZ 113, 237 ff = NJW 1991, 1727; s. dazu auch Baums ZGR 1993, 141.

Sachzusammenhang zwischen Bestellung und Anstellung bleibt es bei der Anstellungskompetenz der Gesellschafterversammlung als zuständigem Bestellungsorgan¹²⁹.

- 180** Im Geltungsbereich der **Montanmitbestimmungsgesetze** ist auch für die GmbH § 84 AktG maßgeblich (§ 12 MontanmitbestG, § 13 MontanmitbestErgG). Die Literatur zu den Montanmitbestimmungsgesetzen hat daraus mit Recht die Folgerung gezogen, daß dadurch § 46 Nr. 5 GmbHG außer Kraft gesetzt worden sei und der Aufsichtsrat die alleinige Zuständigkeit zum Abschluß des Anstellungsvertrages erhalten habe¹³⁰.
- 181** In einer dem **Mitbestimmungsgesetz 1976** unterfallenden GmbH gilt nach § 31 MitbestG für die Bestellung der Geschäftsführer § 84 AktG (vgl. Rdn 27). Aus dem Zweck der Vorschrift, aus der engen Beziehung zwischen Bestellung und Anstellung sowie aus der zwingenden Geltung des § 112 AktG für die Vertretung der nach diesem Gesetz mitbestimmten GmbH folgt, daß der **Aufsichtsrat** unter Verdrängung von § 46 Nr. 5 GmbHG für den Abschluß des Anstellungsvertrages **ausschließlich zuständig** ist¹³¹. Aus denselben Gründen fällt auch die nachträgliche Änderung von Anstellungsbedingungen in die zwingende Kompetenz des Aufsichtsrats¹³². Die Gegenmeinung, nach der die Anstellungskompetenz den Gesellschaftern verbleibt¹³³, übersieht, daß die GmbH-rechtliche Regelzuständigkeit der Gesellschafterversammlung auch nur Annexkompetenz ist, für die wegen der gesetzlichen Übertragung der Bestellungskompetenz auf den Aufsichtsrat nach § 31 MitbestG die Anknüpfungsbasis fehlt¹³⁴.
- 182** Der Aufsichtsrat selbst kann aber die Vereinbarung der Anstellungsbedingungen im gleichen Umfange delegieren wie bei der nichtmitbestimmten GmbH die Gesellschafterversammlung (vgl. Rdn 177). Insbesondere können Abschluß und Änderung des Anstellungsvertrages auch einem **Aufsichtsratsausschuß** übertragen werden¹³⁵; dieser Ausschuß darf jedoch nicht einer Entscheidung des Gesamtorgans vorgreifen¹³⁶. Insofern gilt nichts anderes als bei der Anstellung eines Vorstandsmitglieds der Aktiengesellschaft¹³⁷.
- 183** Von dieser mitbestimmungsrechtlichen Zuweisung der Personalkompetenz an den Aufsichtsrat kann die Satzung nicht abweichen, auch wenn das MitbestG die GmbH-rechtlichen Kompetenzen der Gesellschafter im übrigen nicht beschneidet. Die Satzung kann deshalb weder vorsehen, daß der Geschäftsführer statt von der GmbH von einem Dritten, etwa der Obergesellschaft¹³⁸, angestellt wird, noch darf sie die Wirksamkeit des Anstellungsvertrages an die Zustimmung der Gesellschafter-

¹²⁹ Scholz/Schneider 175.

¹³⁰ Overlack ZHR 141 (1977) 125, 133 m.w.Nachw.; Boldt § 12 Anm. 4 a, b, 5; Kötter § 12 Anm. 3 ff; Kittner/Fuchs/Zachert/Köstler Bd. 1, 108, 542.

¹³¹ BGHZ 89, 48, 51 ff = NJW 1984, 733; Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG² (1978), § 31, 35; Hanau/Ulmer MitbestG (1981), § 31, 39; Bardorf 94; Baums 117 ff; Konzen GmbHHRdsch 1983, 92 ff; Overlack ZHR 141 (1977) 125, 132 f; Sudhoff 8; Theisen DB 1982, 265, 266; Zöllner ZGR 1977, 319, 321 f; aA OLG Hamburg GmbHHRdsch 1983, 98, 99 ff; Scholz/Schneider 177; Rittner DB 1979, 973 ff; Werner Festschrift Fischer (1979), 821, 827, 834.

¹³² BGHZ 89, 48, 58 = NJW 1984, 733; Raiser MitbestG² (1984), § 31, 24.

¹³³ Scholz/Schneider 177; Rittner DB 1979, 973 ff; Werner Festschrift Fischer (1979), 821, 827, 834.

¹³⁴ So mit Recht Konzen GmbHHRdsch 1983, 92, 94, 96.

¹³⁵ Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG² (1978), § 31, 36; Raiser MitbestG² (1984) § 31, 26.

¹³⁶ BGHZ 79, 38, 43 = NJW 1981, 757; 83, 144, 150 = NJW 1982, 1528; 89, 48, 56 = NJW 1984, 733.

¹³⁷ Dazu Mertens-KölnKommAktG² § 84, 47.

¹³⁸ AA Scholz/Schneider 177.