

Trennung vom GmbH-Geschäftsführer nach einem Share Deal

Dr. Nina Freiburg & Marco Niehaus, LL.M. Eur., v. Boetticher Hasse Lohmann, München und Frankfurt*

1. Einleitung

► Berät man Mandanten bei dem Erwerb von Geschäftsanteilen an einer GmbH (sog. Share Deal), steht regelmäßig die Frage im Raum, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine Trennung vom Geschäftsführer der Gesellschaft möglich ist. Praktisch bedeutsam kann dies insbesondere dann sein, wenn von dem Geschäftsführer die notwendige Loyalität gegenüber dem Erwerber und deshalb auch gegenüber der Gesellschaft nicht zu erwarten ist.

Nicht selten gehen der Erwerber und die Gesellschaft davon aus, dass allein durch die „Abberufung“ des Geschäftsführers alle gebotenen tatsächlichen und rechtlichen Maßnahmen zur Beendigung sämtlicher Rechtsbeziehungen mit dem Geschäftsführer vorgenommen wurden. Diese Fehleinschätzung zieht mitunter erhebliche wirtschaftliche Folgen für die Gesellschaft und damit auch für den Erwerber nach sich, insbesondere dann, wenn der Geschäftsführer geltend macht, sein Anstellungsverhältnis mit der Gesellschaft sei mangels (wirksamer) Kündigung nicht beendet worden. Stellt sich heraus, dass das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers tatsächlich fortbesteht, kann sich die Gesellschaft Vergütungsansprüchen in erheblicher Höhe zugunsten des abberufenen und deshalb als Organ nicht mehr tätigen vormaligen Geschäftsführers ausgesetzt sehen.

Streitigkeiten mit dem Geschäftsführer können schnell dazu führen, dass der Erwerber den tatsächlichen Erfolg der Transaktion in Frage stellt. Die Verfasser wollen deshalb mit dem vorliegenden Beitrag die Voraussetzungen für Abberufung des Geschäftsführers und Kündigung des Anstellungsverhältnisses im Zusammenhang mit einem Share Deal beleuchten.

Organ- und Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers sind rechtlich getrennt. Beide Rechtsverhältnisse stehen selbstständig nebeneinander und können – müssen sogar – rechtlich unabhängig voneinander nach den jeweiligen dafür geltenden Vorschriften beendet werden.

2. Abberufung

2.1 Organisationsfreiheit

Der Widerruf der Geschäftsführerbestellung, also die Abberufung des Geschäftsführers, ist grundsätzlich jederzeit und ohne Angabe eines Grundes möglich, § 38 Abs. 1 GmbHG. Durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarung kann jedoch bestimmt werden, dass die Abberufung des Geschäftsführers nur dann zulässig ist, wenn diese durch wichtige Gründe – etwa eine grobe Pflichtverletzung oder die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung, vgl. § 38 Abs. 2 Satz 2 GmbHG – notwendig wird, § 38 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Außer in Fällen des § 38 Abs. 2 Satz 1 GmbHG kann die jederzeitige Abberufungsmöglichkeit durch ein dem Geschäftsführer eingeräumtes besonderes Recht zur Geschäftsführung¹ oder Treu und Glauben (§ 242 BGB)² ausnahmsweise eingeschränkt sein.

Bereits im Rahmen der Due Diligence, die regelmäßig vor Durchführung eines Share Deals erfolgt, ist auf etwaige Einschränkungen der freien Abberufbarkeit des Geschäftsführers zu achten. Stellt sich heraus, dass der Geschäftsführer nur unter bestimmten Voraussetzungen abberufen werden kann, ist der Mandant hierauf hinzuweisen. Es kann sich ggf. anbieten, schon im Vorfeld eine einvernehmliche Lösung mit dem Geschäftsführer für den Fall, dass der Share Deal erfolgreich zum Abschluss gebracht wird, zu suchen.

2.2 Zuständigkeit

Trifft der Gesellschaftsvertrag keine besondere Zuständigkeitsregelung, ist für die Abberufung des Geschäfts-

* Autorenkontakt: nfreiburg@boetticher.com, mniehaus@boetticher.com.

Dr. Nina Freiburg arbeitet als Rechtsanwältin im Bereich Gesellschaftsrecht und M&A bei v. Boetticher Hasse Lohmann – Partnerschaft von Rechtsanwälten, München. Marco Niehaus ist Rechtsreferendar und Mitarbeiter bei v. Boetticher Hasse Lohmann – Partnerschaft von Rechtsanwälten, Frankfurt.

1 Roth/Altmeppen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 38 Rn. 52; Baumbach/Hueck, GmbHG/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 38 Rn. 16; Stück, AuA 2006, 72.

2 Baumbach/Hueck, GmbHG/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 38 Rn. 17; Grunewald, Festschr. Zöllner, 1998, 177/178. Siehe auch LG München II, Urt. v. 15. Februar 2007, Az.: 4HK O 5948/06, unv.

führers einer GmbH – wie für dessen Bestellung – die Gesellschafterversammlung zuständig, § 46 Nr. 5 GmbHG. Nach § 47 Abs. 1 GmbHG ist ein Gesellschafterbeschluss erforderlich, der der Mehrheit der abgegebenen Stimmen bedarf, sofern der Gesellschaftsvertrag keine andere Mehrheit vorsieht.

Ein Fallstrick kann sich bei einem Share Deal aus dem Anzeigepflicht nach § 16 GmbHG³ ergeben: Beschließt der Erwerber, der sämtliche Geschäftsanteile an der Gesellschaft erworben hat, unmittelbar nach Beurkundung des Abtretungsvertrags die Abberufung des Geschäftsführers, ohne zuvor der Gesellschaft (vertreten durch den Geschäftsführer) den Gesellschafterwechsel angezeigt zu haben, hat der (vermeintliche) Abberufungsbeschluss keine Rechtswirkungen⁴. Veräußerer oder Erwerber⁵ müssen der Gesellschaft den Gesellschafterwechsel also vor dem Beschluss über die Abberufung durch den neuen Gesellschafter angezeigt haben. Um den Zugang einer solchen Anzeige ggf. nachweisen zu können, sollte die Gesellschaft den Empfang schriftlich bestätigen. Alternativ kann vorgesehen werden, dass der Veräußerer unmittelbar vor Beurkundung des Abtretungsvertrags die Abberufung beschließt.

2.3 Mitteilungspflichten

Dem Geschäftsführer ist seine Abberufung ohne Einhaltung einer bestimmten Form mitzuteilen. Um den Zugang der Abberufung bei dem Geschäftsführer ggf. nachweisen zu können, empfiehlt es sich, die Abberufung schriftlich mitzuteilen. Mitteilung der Abberufung des Geschäftsführers und Eintragung in das Handelsregister haben nur deklaratorischen Charakter.

3. Kündigung des Anstellungsverhältnisses

Nur eine wirksame Kündigung des Anstellungsverhältnisses, nicht schon der gesellschaftsrechtliche Akt der Abberufung, lässt den Vergütungsanspruch des Geschäftsführers entfallen⁶. In der Praxis wird es daher regelmäßig im Interesse der Gesellschaft und des Erwerbers liegen, dass mit Abberufung des Geschäftsführers als Organ der Gesellschaft gleichzeitig sein – in der Regel vorliegendes – Anstellungsverhältnis mit der Gesellschaft beendet wird. Die Abberufung beinhaltet allerdings nicht automatisch die Kündigung eines etwaigen Anstellungsverhältnisses⁷.

3.1 Außerordentliche Kündigung

(1) Wichtiger Grund

Das Anstellungsverhältnis kann außerordentlich, das heißt ohne Einhaltung einer Frist mit sofortiger Wirkung, nur gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vorliegt. Es müssen

Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Die gesetzliche Vorgabe kann konkretisiert werden, indem der Anstellungsvertrag einzelne Umstände aufführt, die einen wichtigen Grund begründen⁸. Fehlt es an einer vertraglichen Regelung, bleibt es bei der zuvor skizzierten gesetzlichen Ausgangslage: Es müssen Umstände vorliegen, die so schwerwiegend sind, dass der Gesellschaft eine Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann⁹.

Hieraus ergibt sich, dass ein Gesellschafterwechsel grundsätzlich keinen wichtigen Grund zur Kündigung des Anstellungsverhältnisses darstellt¹⁰. Verhält sich der Geschäftsführer indes gegenüber dem Erwerber illoyal und erfüllt er dadurch einen Tatbestand, der der Gesellschaft eine Weiterbeschäftigung unzumutbar macht, kann dieses Verhalten (nicht aber der Gesellschafterwechsel) gleichwohl eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

Es kann etwa ein wichtiger Grund¹¹ für die fristlose Kündigung eines Geschäftsführeranstellungsverhältnisses vorliegen bei (exemplarisch):

- Wiederholtem Widerspruch gegen Gesellschafterweisungen¹²;
- Erheblicher oder wiederholter Verletzung der Pflichten als Geschäftsführer, wie Annahme von Schmiergeldern¹³, unberechtigte Vorteils- oder Leistungsgewährung oder ungerechtfertigte Auszahlung von Bonusprämien¹⁴;
- Schweren Vertrauensbrüchen oder sonstigen erheblichen Treueverstößen, etwa durch Spekulationen entgegen den Interessen der Gesellschaft¹⁵ oder erhebliche Verstöße gegen Verschwiegenheitsgebote¹⁶;

3 § 16 GmbHG soll durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) geändert werden.

4 Hierzu Baumbach/Hueck, GmbHG/Hueck/Fastrich, 18. Aufl. 2006, § 16 Rn. 10 m.w.N.

5 Zur Anmeldung durch Veräußerer oder Erwerber: BGH NJW-RR 1996, 1377/1378; BGH WM 2001, 629; Schlesw.-Holst. OLG NZG 2005, 81/82.

6 OLG Köln NZG 2000, 551.

7 OLG Rostock OLG-NL 2005, 58/59; OLG Düsseldorf NZG 2004, 478.

8 Baumbach/Hueck, GmbHG/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 35 Rn. 218.

9 LG Berlin GmbHR 2004, 741.

10 Baumbach/Hueck, GmbHG/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 38 Rn. 11.

11 Hierzu Küttner, Personalbuch 2006/Kania, 13. Aufl. 2006, Geschäftsführer Rn. 13; Schrader/Schubert, DB 2005, 1457, 1458; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, Anh. zu § 6 Rn. 59; Baumbach/Hueck, GmbHG/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 35 Rn. 220.

12 OLG Düsseldorf ZIP 1984, 1476.

13 BAG NJW 1973, 533.

14 BGH DB 1993, 218.

15 BGH BB 1967, 731.

16 OLG Hamm GmbHR 1985, 157.

- Verweigerung von Auskünften gegenüber den Gesellschaftern, etwa über bestimmte Kontobewegungen auf dem Geschäftskonto und damit zusammenhängende Ein- und Auszahlungen¹⁷;
- Eingriffen des Geschäftsführers in die Ressortzuständigkeit anderer zuständiger Gesellschaftsorgane oder deren mangelnde Einbindung in seine Geschäftstätigkeit¹⁸;
- Unüberbrückbaren Meinungsverschiedenheiten oder Interessenskonflikten zwischen Geschäftsführern¹⁹;
- Verstöße gegen ein Wettbewerbsverbot²⁰.

(2) Zuständigkeit

Für die Zuständigkeit bei einer außerordentlichen Kündigung des Anstellungsverhältnisses sind in erster Linie die Regelungen des Gesellschaftsvertrags maßgeblich. Fehlt es an einer gesellschaftsvertraglichen Zuständigkeitsregelung, ist das Organ für die Beendigung des Anstellungsverhältnisses zuständig, das für die Abberufung des Geschäftsführers zuständig wäre (Annekompetenz). Danach unterliegt die Kündigung des Anstellungsverhältnisses wie die Abberufung gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG der Bestimmung der Gesellschafter. Auch wenn das bisherige Arbeitsverhältnis eines zum Organ beförderten Arbeitnehmers aufgrund der Bestellung zum Geschäftsführer und der damit verbundenen Begründung eines neuen Dienstverhältnisses ruht, ist für die in Rede stehende Beendigung die Gesellschafterversammlung zuständig²¹.

Der Erwerber kann über die Kündigung wie über die Abberufung nur beschließen, wenn der Gesellschafterwechsel der Gesellschaft gemäß § 16 GmbHG ordnungsgemäß angezeigt wurde (hierzu bereits unter 2.2).

(3) Einberufung der Gesellschafterversammlung

Verstöße gegen Vorschriften der Einberufung der Gesellschafterversammlung, die über Abberufung und Kündigung beschließen soll, können zur Nichtigkeit (z.B. bei Einberufung der Gesellschafterversammlung durch hierzu nicht berechtigte Personen oder mangelhafter Ladung) oder Anfechtbarkeit der Abberufung und Kündigung des Anstellungsverhältnisses des Geschäftsführers führen.

Die Einberufung der Gesellschafterversammlung muss in diesem Fall deshalb besonders sorgfältig vorbereitet und durchgeführt werden:

- Gemäß § 51 Abs. 1 GmbHG wird die Gesellschafterversammlung mittels eingeschriebenen Briefs im Sinne der geltenden Postregelungen (derzeit AGB Briefdienst Inland der Deutschen Post AG) einberufen, und zwar mit einer Frist von mindestens einer

Woche. Nach überwiegender Ansicht genügt nur die Ladung mittels Übergabeeschreiben, nicht dagegen die Ladung mittels Einwurfeinschreiben²². In der Praxis sollte der Mandant deshalb grundsätzlich angehalten werden, die Ladung der Gesellschafterversammlung als Übergabeeschreiben zu verschicken.

- Das Einberufungsschreiben ist so rechtzeitig zu versenden, dass es den Gesellschaftern mindestens eine Woche vor der Versammlung zugeht²³. In der Einberufung soll bereits der Zweck der Versammlung enthalten sein (vgl. § 51 Abs. 2 GmbHG).
- Ebenfalls per Übergabeeschreiben ist den Gesellschaftern die Tagesordnung mitzuteilen, und zwar rechtzeitig. Nach § 51 Abs. 4 GmbHG ist ein Zugang der Tagesordnung bei den Gesellschaftern spätestens drei Tage vor der Versammlung zu gewährleisten.
- Soll die Gesellschafterversammlung sowohl über Abberufung als auch über Kündigung des Anstellungsverhältnisses beschließen, müssen beide Gegenstände – Abberufung und Kündigung – als eigenständige Punkte in die Tagesordnung aufgenommen werden. Anderenfalls könnte es zu Unklarheiten hinsichtlich der Frage kommen, ob vom Tagesordnungspunkt „Abberufung des Geschäftsführers“ oder „Kündigung des Geschäftsführers“ die jeweils andere Maßnahme miterfasst ist²⁴.

(4) Stimmverbot

Ist der betroffene Geschäftsführer zugleich Gesellschafter, können Stimmverbote relevant werden. Das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG greift grundsätzlich, wenn das Anstellungsverhältnis aus wichtigem Grund beendet werden soll²⁵. Stimmt anstelle eines bestimmten Gesellschafters ein Vertreter mit ab, der selbst von der Entscheidung der Gesellschafterversammlung betroffen ist, trifft ihn das Stimmverbot²⁶. Konnte eine in Rede stehende außerordentliche Kündigung des Anstellungsverhältnisses ohne die Stimmen des Gesellschafter-Geschäftsführers beschlossen werden, bleibt nach überwiegender Auffassung selbst eine einem Stimmverbot zuwider abgegebene Stimme mangels Relevanz oder Kausalität für den Beschluss ohne Folgen²⁷.

17 OLG Frankfurt DB 1993, 2324.

18 LG Berlin GmbHR 2004, 741.

19 OLG Koblenz ZIP 1986, 1120.

20 OLG Düsseldorf GmbH 2000, 1050.

21 BAG NZA 1999, 839/840; Bauer/Baeck/Lösler, ZIP 2003, 1821/1825. Zur Kündigung des Anstellungsverhältnisses mit einer Komplementär-GmbH siehe auch BGH DB 2007, 1916.

22 Nachweise Baumbach/Hueck, GmbHG/Zöllner, 18. Aufl. 2006, § 51 Rn. 12.

23 BGH ZIP 1987, 1117.

24 Bauer/Krieger, ZIP 2004, 1247/1249.

25 Goette, Die GmbH, 2. Aufl. 2002, § 7 Rn. 159; zur Beschlussfassung über Abberufung aus wichtigem Grund statt vieler: BGH ZIP 1992, 760/761; Münch. Hdb. GesR GmbH/Marsch-Barner/Diekmann, 2. Aufl. 2003, 942 Rn. 61.

26 Ausführlich Goette, Die GmbH, 2. Aufl. 2002, § 7 Rn. 62.

27 Vgl. OLG Brandenburg GmbHR 1996, 538; Baumbach/Hueck, GmbHG/Zöllner, 18. Aufl. 2006, § 47 Rn. 71.

Sieht der Anstellungsvertrag eines Gesellschafter-Geschäftsführers vor, dass dieser im Falle der ordentlichen Kündigung seines Anstellungsverhältnisses unter Weiterzahlung seiner Bezüge beurlaubt wird, ist der Geschäftsführer bei der diesbezüglichen Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung gemäß § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG von der Abstimmung ausgeschlossen²⁸.

(5) Form

Sofern der Anstellungsvertrag nicht etwas anderes vorsieht, ist die Kündigung des Anstellungsverhältnisses des Geschäftsführers grundsätzlich formfrei möglich. Für nach dem 1. Mai 2000 wirksam gewordene Kündigungen kann sich ein Schriftformerfordernis indes aus § 623 BGB n.F. ergeben²⁹. Danach bedarf die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Der Anstellungsvertrag, den eine GmbH mit einem Geschäftsführer abschließt, ist in seiner rechtlichen Natur zwar Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB, begründet in der Regel aber kein Arbeitsverhältnis³⁰. Das Schriftformerfordernis des § 623 BGB n.F. soll indes auf die Kündigung des Geschäftsführers einer GmbH entsprechend anwendbar sein, wenn dieser in einem – ggf. ruhenden – Arbeitsverhältnis steht³¹. Das ruhende Arbeitsverhältnis des zum Geschäftsführer aufgestiegenen Arbeitnehmers kann danach nicht mehr wirksam durch eine mündliche Aufhebungsvereinbarung beendet werden. Möglich ist allerdings die konkludente Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sofern die von den Vertragsparteien abgegebenen Erklärungen dahin auslegungsfähig sind, dass das bisherige Arbeitsverhältnis aufgehoben werden soll und der in dieser Form zum Ausdruck gebrachte Beendigungswille in dem neuen Dienstverhältnis als Geschäftsführer jedenfalls angedeutet ist³². Voraussetzung ist, dass die das Arbeitsverhältnis beendende Person insoweit vertretungsberechtigt ist.

(6) Erklärungsfrist

Grundsätzlich kann die außerordentliche Kündigung eines Dienstverhältnisses nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen, § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB. Diese Ausschlussfrist gilt auch für die Kündigung eines Geschäftsführeranstellungsverhältnisses³³.

Die Frist beginnt in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erlangt³⁴. Es kommt danach darauf an, wann die Gesellschaft Kenntnis von dem wichtigen Grund erlangt hat. Hierfür ist entscheidend, wann das zur Entscheidung über die fristlose Kündigung befugte Gremium – regelmäßig die Gesellschafterversammlung – tatsächlich Kenntnis erlangt³⁵. In der Regel beginnt damit der Lauf der Frist erst mit Kenntniserlangung durch die Gesellschafterversammlung³⁶. Die Kenntnis des Kündigungsgrundes auf Seiten

aller oder einzelner Gesellschafter außerhalb der Gesellschafterversammlung reicht somit nicht aus³⁷. Es ist für den Fristbeginn nämlich auf die Kenntnis der Mitglieder der Gesellschafterversammlung in ihrer Eigenschaft als Mitwirkende an der kollektiven Willensbildung abzustellen³⁸.

Damit der Fristbeginn nicht willkürlich hinausgezögert und verschleppt wird, müssen sich die Gesellschafter bei unangemessener Verzögerung der Einberufung der Gesellschafterversammlung nach Kenntniserlangung vom Kündigungsgrund so behandeln lassen, als sei die Gesellschafterversammlung mit der billigerweise zumutbaren Beschleunigung einberufen worden. Daher soll die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB bereits dann zu laufen beginnen, wenn mit zumutbarer Anstrengung eine Gesellschafterversammlung frühestmöglich hätte einberufen werden können³⁹. Die Gesellschaft hat die Ausschlussfrist danach versäumt, wenn die Kündigung nicht innerhalb von zwei Wochen zuzüglich der gesellschaftsvertraglichen oder gesetzlichen Frist für die Einberufung einer Gesellschafterversammlung seit Kenntnis von den Gründen beschlossen wurde.

§ 193 BGB, wonach für eine Willenserklärung, die an einem bestimmten Tag oder innerhalb einer Frist abzugeben ist, nicht der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist, sondern der nächste Werktag maßgeblich ist, wenn der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag, einen Feiertag oder einen Sonnabend fällt, ist nicht anwendbar⁴⁰.

(7) Zugang

Hat die Gesellschafterversammlung die Kündigung beschlossen, muss diese gegenüber dem betroffenen Geschäftsführer erklärt werden⁴¹. Der Beschluss wird

28 OLG Frankfurt OLGR 1998, 295.

29 BAG NZA 2001, 718; Palandt/Putzo, BGB, 66. Aufl. 2007, § 623 Rn. 2.

30 BGH NJW 1968, 396; LAG Berlin GmbHR 1997, 839/840; Goette, GmbH, 2. Aufl. 2002, § 8 Rn. 69 m.w.N.

31 Vgl. BGH NZA 2003, 439; Bauer/Krieger, ZIP 2004, 1248/1249; Erfurter Komm. ArbeitsR/Müller-Glöge, 7. Aufl. 2007, § 623 BGB Rn. 4; Krause, ZIP 2000, 2284/2286; Palandt/Putzo, 66. Aufl. 2007, § 623 Rn. 2.

32 Bauer/Baack/Lösler, ZIP 2003, 1821/1826.

33 H.M., so BGH NJW 2000, 2983; BGH NJW 1998, 3274/3275; BGH NJW 1980, 2411; LAG Berlin GmbHR 1997, 839/841; Goette, GmbH, 2. Aufl. 2002, § 8 Rn. 174; Münch. Anwalts Hdb. GmbH/Terlau, 2002, § 8 Rn. 35; kritisch Kübler, Festschr. Werner 1984, 441/448.

34 LG Berlin GmbHR 2004, 741; OLG Düsseldorf GmbHR 1999, 549.

35 BGH GmbHR 2001, 1160; BGH GmbHR 1998, 827/828; LG Berlin GmbHR 2004, 741.

36 BGH NJW 1998, 3274.

37 BGHZ 139, 89/92.

38 BGH NJW 1998, 3274/3275; OLG Düsseldorf GmbHR 1999, 549/550.; OLG Köln NZG 2000, 551/552; Bauer/Krieger, ZIP 2004, 1248/1251; Baumbach/Hueck, GmbHG/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 35 Rn. 119 a; Goette, GmbH, 2. Aufl. 2002, § 8 Rn. 176; Münch. Anwalts Hdb. GmbH/Terlau, 2002, § 8 Rn. 35.

39 BGH NJW 1998, 3274/3275; Bauer/Krieger, ZIP 2004, 1248/1251; Baumbach/Hueck, GmbHG/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 35 Rn. 192; Goette, GmbH, 2. Aufl. 2002, § 8 Rn. 177; Münch. Anwalts Hdb. GmbH/Terlau, 2002, § 8 Rn. 35.

40 BGH ZIP 2005, 716.

41 Bauer/Krieger, ZIP 2004, 1248/1249; Baumbach/Hueck, GmbHG/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 35 Rn. 115; Goette, GmbH, 2. Aufl. 2002, § 8 Rn. 155; Münch. Anwalts Hdb. GmbH/Terlau, 2002, § 8, Rn. 44.

automatisch umgesetzt, wenn der betroffene Geschäftsführer in der Gesellschafterversammlung anwesend ist⁴².

Eine Haftungsfalle kann sich aus § 174 Satz 1 BGB ergeben. Danach ist eine Kündigung (ebenso wie eine Abberufung⁴³) unwirksam, wenn ein Bevollmächtigter diese übermittelt, eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der Geschäftsführer die Kündigung aus diesem Grund unverzüglich zurückweist. Selbst eine spätere Genehmigung kann der ausgesprochenen Kündigung nicht zur Wirksamkeit verhelfen. Der Gesellschaft muss deshalb empfohlen werden, die Kündigung erneut, dieses Mal unter Vorlage der Vollmachturkunde, auszusprechen. Ist allerdings die Frist zum Ausspruch der Kündigung bereits verstrichen, ist der Gesellschaft die Möglichkeit zu einer außerordentlichen Kündigung abgeschnitten.

Eine Zurückweisung der Kündigungserklärung ist indes ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den Geschäftsführer von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hat (vgl. § 174 Satz 2 BGB). Zudem gilt § 174 Satz 1 BGB nur bei rechtsgeschäftlicher, nicht hingegen bei gesetzlicher Vertretung⁴⁴. Ebenso wenig bedarf es im Falle der gesetzlichen Vertretung durch ein in das Handelsregister eingetragenes Organ für die Wirksamkeit der schriftlichen Kündigung durch ein dafür zuständiges Gesellschaftsorgan der Beifügung eines gesonderten Gesellschafterbeschlusses⁴⁵. Etwas anderes gilt für ausländische Gesellschaften, bei denen sich die Vertretungsberechtigung nicht aus einem öffentlichen Register wie dem Handelsregister ergibt.

3.2 Ordentliche Kündigung

(1) Umdeutung der außerordentlichen in ordentliche Kündigung

Sollte eine außerordentliche Kündigung etwa wegen Fehlens eines wichtigen Grundes oder Versäumung der Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB unwirksam sein, haben Gesellschaft und auch Erwerber ein Interesse daran, dass die unwirksame außerordentliche Kündigung als ordentliche Kündigung wirksam sei. Grundsätzlich kann eine unwirksame fristlose Kündigung in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden (vgl. § 140 BGB)⁴⁶.

Erkennbarer Wille zur ordentlichen Kündigung: Voraussetzung einer solchen Umdeutung ist, dass der nach außen erkennbar zum Ausdruck gebrachte Wille der beschließenden Gesellschafterversammlung dahin geht, sich von dem betroffenen Geschäftsführer in jedem Fall zu trennen⁴⁷. Beschließt die Gesellschafterversammlung die außerordentliche Kündigung eines Geschäftsführeranstellungsverhältnisses, spricht eine Vermutung dafür, dass sie auch die an weniger Voraussetzungen geknüpften ordentliche Kündigung beschließt⁴⁸. Hierfür kann ggf. auch die Formulierung des nach der Beschlussfassung

dem Geschäftsführer zugeleiteten Kündigungsschreibens herangezogen werden⁴⁹.

Der Wille der Gesellschafterversammlung, sich von dem Geschäftsführer in jedem Fall zu trennen, wird z.B. dann hinreichend nach außen zum Ausdruck gebracht, wenn diese in Gegenwart des Geschäftsführers über die fristlose Kündigung diskutiert und einem objektiven Betrachter dabei unmissverständlich verdeutlicht wird, dass eine Weiterbeschäftigung des Geschäftsführers bis zum nächstmöglichen ordentlichen Kündigungstermin als unzumutbar empfunden wird⁵⁰.

Etwas anderes gilt jedoch, wenn eine letztlich unwirksame außerordentliche Kündigung mit dem Hinweis mitgeteilt wird, der Geschäftsführer möge sich zur Sachlage äußern. Hierin sah der BGH keine ausreichende Verlautbarung des Willens der Gesellschafterversammlung, sich zumindest zum nächstmöglichen ordentlichen Kündigungstermin vom Geschäftsführer zu trennen⁵¹. Es ist deshalb zu empfehlen, rein vorsorglich das Anstellungsverhältnis auch ausdrücklich ordentlich zu kündigen.

Formale Beschlussvoraussetzungen: Für eine wirkungsvolle Umdeutung einer fristlosen Kündigung reicht nicht aus, dass sich ein Wille der beschließenden Gesellschafterversammlung, das Anstellungsverhältnis in jedem Fall zu kündigen, ermitteln lässt. Es müssen daneben sämtliche gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Beschlussfassung erfüllt sein.

Hierzu im Einzelnen:

■ **Ankündigung:** Zweifelhaft kann sein, ob die ordentliche Kündigung als Gegenstand der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung ordnungsgemäß (vgl. § 51 Abs. 2 GmbHG) angekündigt wurde. Dies ist häufig schon deshalb nicht der Fall, weil als Tagesordnungspunkt ausdrücklich die außerordentliche, nicht dagegen eine ordentliche Kündigung des Anstellungsverhältnisses mitgeteilt wird⁵². Es fehlt dann an einer ordnungsgemäßen Einberufung (vgl. § 51 Abs. 4 GmbHG).

42 Baumbach/Hueck, GmbHG/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 35 Rn. 115; Goette, GmbH, 2. Aufl. 2002, § 8, Rn. 155.

43 Baumbach/Hueck, GmbHG/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 38 Rn. 21.

44 BGH NJW 2003, 431.

45 BGH a.a.O.

46 BGH GmbHR 1997, 1062; KG Berlin GmbHR 1999, 818.

47 BGH GmbHR 2000, 376/377; BGH GmbHR 1997, 1062; BGH WM 1985, 567/570; OLG Düsseldorf GmbHR 1999, 549/551; LAG Berlin GmbHR 1997, 839/843; Goette, GmbH, 2. Aufl. 2002, § 8 Rn. 157.

48 Vgl. BGH WM 1985, 567/570; OLG Düsseldorf GmbHR 1999, 549/551; Teigelkötter, GmbHR 2000, 377.

49 Goette, GmbH, 2. Aufl. 2002, § 8 Rn. 158.

50 Goette, DStR 2000, 525.

51 BGH DStR 1998, 1189.

52 Vgl. OLG Düsseldorf GmbHR 1999, 549/551; Bauer/Krieger, ZIP 2004, 1248/1249; Goette, DStR 2000, 525/526; anders Scholz, GmbHG/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 51 Rn. 18, nach dem die Ankündigung des Tagesordnungspunkts „außerordentliche Kündigung“ die Ankündigung eines Tagesordnungspunkts „ordentliche Kündigung“ umfasst, wenn die Gründe, auf die man sich jeweils stützt, identisch sind.

Dieser Mangel kann indes dadurch geheilt worden sein, dass die Gesellschafterversammlung die außerordentliche Kündigung als sog. Universalversammlung im Sinne des § 51 Abs. 3 GmbHG beschlossen hat. Auf der Gesellschafterversammlung müssen danach sämtliche Gesellschafter – insbesondere auch ein betroffener Gesellschafter-Geschäftsführer – anwesend sein. Über den Wortlaut hinaus müssen zudem sämtliche Gesellschafter mit Beschlussfassung ohne ordnungsgemäße Ankündigung der Tagesordnung einverstanden gewesen sein⁵³.

Die bloße Anwesenheit der Gesellschafter und selbst die Beteiligung an den Beschlussfassungen deuten nicht zwingend darauf hin, dass sämtliche Gesellschafter mit der Beschlussfassung einverstanden sind⁵⁴. Durch die Anwesenheit in der Gesellschafterversammlung kann gleichermaßen zum Ausdruck gebracht werden, dass ein anwesender und abstimmender Gesellschafter nur unter Protest teilnimmt, um wenigstens gehört zu werden oder durch seine negative Stimmabgabe schon das Zustandekommen eines Beschlusses verhindern will⁵⁵. Deshalb ist eine Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung in der Praxis riskant.

- **Kein Stimmverbot gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG:** Wird über die ordentliche Kündigung eines Geschäftsführeranstellungsverhältnisses beschlossen, unterliegt der Gesellschafter-Geschäftsführer anders als bei der außerordentlichen Kündigung nicht dem Stimmverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG⁵⁶. Ein Beschluss über eine ordentliche Kündigung ist deshalb fehlerhaft und anfechtbar, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer in der Gesellschafterversammlung keine Stimme abgegeben hat, weil über die Kündigung aus wichtigem Grund abgestimmt wurde und er darüber nicht abstimmen durfte. Da dieses Stimmverbot nicht besteht, soweit es um die ordentliche Kündigung geht, ist ein solcher unter Ausschluss des Gesellschafter-Geschäftsführers gleichwohl gefasster Beschluss nicht ordnungsgemäß⁵⁷.

(2) Kein Rechtfertigungserfordernis

Bei einer ordentlichen Kündigung des Anstellungsverhältnisses mit einem Geschäftsführer kommt es auf das Vorliegen eines die Kündigung rechtfertigenden Grundes grundsätzlich nicht an⁵⁸.

(3) Kündigungsfrist

Für die ordentliche Kündigung des Anstellungsverhältnisses ist § 621 BGB maßgeblich. Die Vereinbarung von kürzeren Fristen bis hin zur Fristlosigkeit kann vertraglich vereinbart werden. Jedoch muss bei einer ordentlichen Kündigung des Anstellungsverhältnisses eines

Fremdgeschäftsführers eine angemessene Kündigungsfrist gewährleistet sein, die sich an den Grundsätzen des § 622 BGB anlehnt⁵⁹.

(4) Einschränkungen nach dem Kündigungsschutzgesetz

Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) greift insoweit grundsätzlich nicht ein, weil ein Geschäftsführer gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG zur Vertretung der Gesellschaft berufen und somit – jedenfalls in der Regel – nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 KSchG kein Arbeitnehmer ist.

- Allerdings kann eine ordentliche Kündigung durch das Kündigungsschutzgesetz eingeschränkt sein, wenn der Geschäftsführer vor seiner Bestellung als Arbeitnehmer für die Gesellschaft tätig war und das Arbeitsverhältnis lediglich ruhte. Bestand vor der Berufung zum Geschäftsführer ein Arbeitsverhältnis mit der Gesellschaft, kann dieses nach Abberufung des Geschäftsführers wieder aufleben, sofern es zuvor nicht beendet wurde. Häufig treffen Geschäftsführer und Gesellschaft hierüber anlässlich der Bestellung des Geschäftsführers keine ausdrückliche Regelung. Es käme in einem solchen Fall daher allenfalls eine Aufhebung des ursprünglich bestehenden Arbeitsverhältnisses durch schlüssiges Verhalten in Betracht. Voraussetzung ist, dass ein solcher Beendigungswille unzweifelhaft und eindeutig zum Ausdruck kommt⁶⁰. Zudem müsste die Vertretungsmacht auch die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses erfassen.
- Das BAG ging in einer Entscheidung aus dem Jahre 2000 hinsichtlich vor Inkrafttreten des § 623 BGB n.F. in Betracht kommender Kündigungen davon aus, dass jedenfalls dann, wenn ein leitender Angestellter zum Geschäftsführer einer neu gegründeten, aus dem alten Betrieb ausgegliederten GmbH bestellt wird, im Zweifel das bisherige Arbeitsverhältnis aufgehoben wird, und zwar auch, wenn das Gehalt nur unwesentlich angehoben wird⁶¹. Diese Linie hat das BAG im Weiteren bestätigt und klargestellt, dass – jedenfalls bis zum Inkrafttreten des § 623 BGB n.F. – von der Vermutung auszugehen ist, dass mit Abschluss des Geschäftsführeranstellungsver-

53 Vgl. BGHZ 100, 72; Baumbach/Hueck, GmbHG/Zöllner, 18. Aufl. 2006, § 51 Rn. 25; Michalski, GmbHG/Römermann, 2002, § 51 Rn. 97; Scholz, GmbHG/Schmidt, 9. Aufl. 2002, § 51 Rn. 18.

54 BGH NJW 1998, 1315; BGH NJW-RR 2000, 1278; Goette, GmbH, 2. Aufl. 2002, § 7 Rn. 29.

55 BGH NJW-RR 2002, 1278; Goette, a.a.O.

56 Vgl. BGH WM 1985, 567/570; BGH ZIP 1992, 760/761; Goette, DStR 2000, 525/526; Teigelkötter, GmbHR 2000, 377/378.

57 Vgl. BGH WM 1985, 567/570; Goette, DStR 2000, 525/526; Teigelkötter, GmbHR 2000, 377/378.

58 BGH GmbHR 2004, 57; Gehrlein, BB 2004, 2585/2590.

59 Baumbach/Hueck, GmbHG/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 35 Rn. 244.

60 BAG NZG 2003, 223; BAG NJW 2000, 3732; BAG EzAÜG § 1 AÜG Gewerbs. Arbeitnehmerüb. Nr. 34.

61 BAG NJW 2000, 3732.

trags das ursprüngliche Arbeitsverhältnis beendet sein soll⁶².

- Unterstellt man, dass bei der Berufung eines Arbeitnehmers in die Geschäftsführung ausdrücklich oder konkludent die Aufhebung des alten Arbeitsverhältnisses vereinbart wird, so ist wegen § 623 BGB jedenfalls die schriftliche Fixierung der Beendigung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses erforderlich. Denkbar ist insbesondere die Aufnahme einer schriftlichen Aufhebungs- oder Ersetzungsklausel in den Dienstvertrag des Geschäftsführers. Im Zweifelsfalle sind die von den Vertragsparteien abgegebenen Erklärungen dahin auszulegen, dass das bisherige Arbeitsverhältnis aufgehoben werden soll und der der Bestellung zum Geschäftsführer zugrunde liegende Beendigungswille in Bezug auf das alte Arbeitsverhältnis in dem neuen, den Anforderungen des §§ 623, 126 BGB genügenden Dienstvertrag zumindest angedeutet ist⁶³.
- In der Praxis empfiehlt es sich, eine Kündigung des Anstellungsverhältnisses zeitlich vor der Abberufung auszusprechen, um nicht zu riskieren, dass durch den Verlust der Organstellung ein Arbeitsverhältnis entsteht, für dessen Beendigung die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes gelten.
- Das Anstellungsverhältnis mit dem abberufenen Geschäftsführer kann ausnahmsweise dem Kündigungsschutzgesetz unterfallen, wenn der Anstellungsvertrag dem Geschäftsführer keinen Anspruch auf die Geschäftsführerposition gibt, sondern ihn auch zu einer Tätigkeit außerhalb der Geschäftsleitung verpflichtet, er in einer solchen Position eingesetzt und ihm erst dann ordentlich gekündigt wurde⁶⁴.
- Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum bedarf es bei einer verhaltensbedingten Kündigung aufgrund des gesteigerten Bewusstseins über die Tragweite des eigenen Verhaltens bei Leitungsorganen und daher fehlender Schutzbedürftigkeit des Geschäftsführers grundsätzlich keiner vorherigen Abmahnung⁶⁵.

4. Zusammenfassung

Soll im Zuge eines Share Deals der Geschäftsführer abberufen und sein Anstellungsverhältnis beendet werden, darf der Erwerber an derartigen Beschlüssen erst mitwirken, wenn der Gesellschafterwechsel

der Gesellschaft (vertreten durch den Geschäftsführer) angezeigt wurde (vgl. § 16 GmbHG).

Der Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile an einer Gesellschaft stellt grundsätzlich keinen wichtigen Grund zur Kündigung des Anstellungsverhältnisses des Geschäftsführers dar. Ein wichtiger Grund kann sich aber aus illoyalem Verhalten des Geschäftsführers gegenüber dem Erwerber – etwa dem wiederholten Nichtbefolgen von Weisungen – ergeben.

Es sollte im Falle einer außerordentlichen Kündigung des Anstellungsverhältnisses aus Gründen der äußersten Sorgfalt stets auch – rein vorsorglich – die ordentliche Kündigung des Anstellungsverhältnisses beschlossen werden. Dem ist schon bei Ladung zur Gesellschafterversammlung, die über die Abberufung des Geschäftsführers und die Kündigung des Anstellungsverhältnisses beschließen soll, Rechnung zu tragen.

Die Abberufung und Kündigung müssen gegenüber dem Geschäftsführer erklärt werden. Bei rechtsgeschäftlicher Vertretung ist eine Vollmachtsurkunde vorzulegen, da andernfalls der Geschäftsführer die Abberufung und Kündigung zurückweisen kann, mit der Folge, dass die Erklärungen unwirksam sind.

Es sollte zunächst das Anstellungsverhältnis beendet werden, bevor der Geschäftsführer abberufen wird. Andernfalls könnte der Verlust der Organstellung dazu führen, dass ein Arbeitsverhältnis entsteht, dessen Beendigung dem Schutz des Kündigungsschutzgesetzes unterliegt. Dies schlägt sich als Konsequenz in der Reihenfolge der Tagesordnungspunkte – Abberufung erst nach Kündigung – und der Beschlussfassung nieder.

Soll das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers außerordentlich gekündigt werden, muss dies innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB erfolgen. Die Gesellschaft hat die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB versäumt, wenn die Kündigung nicht innerhalb von zwei Wochen – zuzüglich einer Frist zur Einberufung für die Gesellschafterversammlung – ab Kenntniserlangung von den zur Kündigung berechtigenden Gründen beschlossen wird. ■

62 BAG NZA 2003, 223; LAG Düsseldorf LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 43; Hess. LAG LAGReport 2005, 139.

63 Bauer/Baeck/Lösler, ZIP 2003, 1821/1826.

64 OLG Schleswig GmbHR 2003, 1130.

65 BGH NJW 2000, 1638; NJW 2000, 1864; OLG Celle NZG 2004, 475/478; Baumbach/Hueck, GmbHG/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 35 Rn. 221 m.w.N.