

Vorstand bzw. bei Gesellschaften ohne Vorstand vom geschäftsführenden Vorsteher verlangen, dass der Vorstand oder der geschäftsführende Vorsteher Klage beim Volksgericht erheben (Art. 152 GesG n.F.). Ein derartiges gesetzlich vorgeschriebenes System war bisher in China unbekannt und verdeutlicht vor allem die erweiterten Funktionen des Aufsichtsrats.

Ebenso ist nunmehr festgelegt, dass wenn der Aufsichtsrat bzw. bei Gesellschaften ohne Aufsichtsrat die Aufsichtsführer bzw. der Vorstand bzw. geschäftsführende Vorsteher, nachdem sie das schriftliche Verlangen von Gesellschaftern gemäß Art. 152 GesG n.F. erhalten haben, es ablehnen, Klage zu erheben, oder innerhalb von 30 Tagen, nachdem sie das Verlangen erhalten haben, nicht Klage erheben, oder wenn in dringenden Fällen, falls nicht sofort Klage erhoben wird, die Interessen der Gesellschaft schwer wieder gutzumachenden Schaden erleiden können, haben die o.g. Gesellschafter sogar das Recht, im Interesse der Gesellschaft im eigenen Namen direkt beim Volksgericht Klage zu erheben.

Noch weitergehend ist Art. 153 GesG n.F., wonach ein Gesellschafter, der der Auffassung ist, dass Mitglieder des Vorstands oder leitende Manager, Gesetze, Verwaltungsnormen oder die Gesellschaftssatzung verletzt und damit die Interessen des Gesellschafters geschädigt haben, auch direkt beim Volksgericht Klage gegen Mitglieder des Vorstands und leitende Manager erheben kann.

Art. 153 GesG n.F. führt gerade bei EJV und CJV dazu, dass die ausländischen Mitglieder von Vorständen und die ausländischen leitenden Manager nunmehr möglichen Klagen der Gesellschaft selbst oder von chinesischen Gesellschaftern vor chinesischen Zivilgerichten ausgesetzt sein könnten, wobei auch die bereits oben erläuterte Missbrauchsmöglichkeit im Rahmen dieser Vorschriften nicht ausgeschlossen werden kann.

Beachtung bei ausländischen Investoren sollte ebenfalls die neu festgelegte Durchgriffshaftung im Fall von Ein-Personen-GmbHs finden. Dies gilt vor allem für natürliche Personen. Danach haftet der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Dritten als Gesamtschuldner mit, wenn der Gesellschafter nicht nachweisen kann, dass das Gesellschaftsvermögen gegenüber seinem eigenen Vermögen unabhängig ist (Art. 64 GesG n.F.).

### III. Zusammenfassung

Die Auswirkungen der Neuerungen des chinesischen Gesellschaftsgesetzes wurden durch die Opinion erheblich abgemildert. Gleichwohl gibt es durch die Einführung der Haftungsvorschriften nunmehr Vorschriften im Gesellschaftsgesetz, die für ausländische Gesellschafter direkte zivilprozessuale Konsequenzen haben. Es bleibt abzuwarten, wie sich die chinesischen Zivilgerichte in derartiger Verfahren verhalten werden und ob die chinesischen Behörden und Gerichte hinsichtlich der Haftungsvorschriften gleichwohl den Schiedsgerichtsweg für eröffnet erachten, sofern er zwischen den Gesellschaftern vereinbart wurde. Ebenso ist derzeit unklar, ob bestimmte Klauseln in Joint Venture Verträgen, die ausländische Mitglieder des Vorstands oder leitende Manager vor einem direkten Zugriff durch die Gesellschaft oder die Gesellschafter schützen sollen, im Genehmigungsverfahren und in möglichen zivilprozessualen Verfahren als wirksam angesehen werden. Letzteres ist wohl eher zweifelhaft.

## GmbH-Beratung

Jan Kreklau\*

### Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers der GmbH – Problem auch für jeden Investor?

*Rechtsprechung und Literatur verlangen teilweise in Abweichung vom Grundsatz der jederzeitigen und freien Abberufbarkeit des Geschäftsführers einer GmbH Beschränkungen zum Schutz eines Minderheitsgesellschafters. Mit diesem Thema werden nicht zuletzt auch Investoren beim Erwerb von Anteilen an einer GmbH konfrontiert. Der Beitrag geht der Frage nach, ob es gerechtfertigt ist, für die Abberufung aufgrund gesellschaftlicher Treuepflichten das Vorliegen sachlicher oder sogar wichtiger Gründe zu fordern.*

#### I. Einleitung

Soll der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH abberufen werden, führt die gängige Literatur und Rechtsprechung nicht zu einer eindeutigen und klaren Beurteilung der Frage, welche Anforderungen an einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss zu stellen sind, bzw. welche Voraussetzungen für eine Abberufung vorliegen müssen. Vielmehr erhält schleichend in Literatur und Rechtsprechung die Ansicht Einzug, dass die Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers grundsätzlich nur bei Vorliegen von besonderen Gründen zulässig ist, selbst wenn dieser nur Minderheitsgesellschafter der GmbH ist.

#### 1. Grundlagen

Nach überwiegender Ansicht der Literatur soll der in § 38 Abs. 1 GmbHG geregelte Grundsatz der jederzeitigen und freien Abberufbarkeit des Geschäftsführers auch für einen Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH grundsätzlich so gelten<sup>1</sup>. In den Literaturstellen wird darauf verwiesen, dass für einen Gesellschafter-Geschäftsführer, insbesondere den Gesellschafter-Geschäftsführer einer personalistisch strukturierten Zwei-Mann-GmbH, Ausnahmen im Einzelfall denkbar sind, die zu einer Beschränkung des Grundsatzes der freien Abberufbarkeit<sup>2</sup> führen<sup>3</sup>. Die Grenzen bzw. Voraussetzungen für die Beschränkung des Grundsatzes der freien Abberufbarkeit werden im Ergebnis jedoch nicht klar gezogen. Ein Teil der Literatur sieht hierbei eine Beschränkung eher als Ausnahme, die ledig-

\* Jan Kreklau ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Weiss – Walter – Fischer-Zernin in München.

1 Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rz. 18; Rowedder/Schmidt-Leithoff-Koppensteiner, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 38 Rz. 3; Michalski/Terlau/Schäfers, GmbHG, 2002, § 38 Rz. 5; Marsch-Barnert/Diekmann, Münch.Hdb. des GesR, Bd. 3, 2. Aufl. 2003, § 42 Rz. 42.

2 Vgl. zum Begriff der „Abberufung“ im Gegensatz zu § 38 Abs. 1 GmbHG, der von „Widerruf“ der Bestellung spricht Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rz. 14; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 38 Rz. 1.

3 Michalski/Terlau/Schäfers, GmbHG, 2002, § 38 Rz. 6; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 38 Rz. 3; Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rz. 18.

lich für die Fälle völliger Willkür besteht<sup>4</sup>. Andere wiederum gehen für die Zwei-Mann-GmbH grundsätzlich von einer Beschränkung bzw. Einschränkung der Abberufbarkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers aus<sup>5</sup> und fordern teilweise sogar das Vorliegen eines wichtigen Grundes<sup>6</sup>.

## 2. Aktuelle Bedeutung der Problematik

Diese Problematik gewinnt in der heutigen Zeit zunehmend an Bedeutung. Viele Ein-Mann-GmbHs, deren Gesellschafter auch gleichzeitig der alleinige Geschäftsführer der GmbH ist, kommen in die Situation, dass sie ein Wachstum der Gesellschaft nicht finanzieren können oder ihr kurz vor der Insolvenz stehendes Unternehmen retten möchten. Oftmals fehlt diesen Gesellschaftern auch ein Nachfolger, so dass sich der Gründungs- und Alleingesellschafter seiner Anteile langsam, unter Beibehaltung seiner Position als Geschäftsführer, entledigen möchte. Schließlich kommt auch in Betracht, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer sein gesamtes Privatvermögen für die Gesellschaft durch z.B. selbstschuldnerische Bürgschaften, Verpfändungen etc. eingesetzt hat und eine persönliche, private Entschuldung anstrebt. In allen diesen Fällen wird immer häufiger ein Verkauf von Anteilen an der GmbH an einen Finanzinvestor, Beteiligungsgesellschaften oder eine vermögende Privatperson durchgeführt. Ein solcher Investor ist in der Regel daran interessiert, die Mehrheit der Geschäftsanteile zu erwerben – oftmals 51 % – um die Gesellschaft nach seinem Interesse auch gegen den Willen des verbleibenden Gesellschafters auszurichten und zu steuern. Die Geschäftsführung verbleibt in diesen Fällen jedoch regelmäßig beim ursprünglichen Gesellschafter-Geschäftsführer, da dieser das „Zentrum“ der GmbH darstellt und die GmbH, die dieser Gesellschafter-Geschäftsführer aufgebaut hat, nur durch ihn am Leben gehalten wird. Ein Finanzinvestor strebt sogar die weitere Geschäftsführung durch den bisherigen Gesellschafter oftmals an, da dieser nicht selten als Synonym für das Unternehmen steht: Die Tätigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers und der Gesellschaft sind häufig identisch, der Gesellschafter-Geschäftsführer bündelt das Know-how des Unternehmens in sich.

Angesichts der Unsicherheit in der Literatur und Rechtsprechung zur Möglichkeit der Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers, kann sich nach Erwerb der Anteile für den Investor das Problem stellen, dass er für lange Zeit auf Gedeih und Verderb an den Minderheitsgesellschafter als Geschäftsführer gebunden ist, da ihm die jederzeitige Abberufbarkeit, wie sie in § 38 Abs. 1 GmbHG geschrieben steht, durch die Gerichte verwehrt wird. Diese Situation kann sicherlich eine Entscheidung zum Kauf von Geschäftsanteilen durch einen Finanzinvestor beeinflussen<sup>7</sup>.

## II. Die Abberufung des Geschäftsführers

### 1. Grundlagen der Abberufung

§ 38 Abs. 1 GmbHG bestimmt, dass die Bestellung der Geschäftsführer zu jeder Zeit widerruflich ist.

a) Dieser in § 38 Abs. 1 GmbHG niedergelegte Grundsatz dient dem Schutz der Gesellschafter und stellt ein Gegengewicht zu den weiten Befugnissen des Geschäftsführers, insbesondere der unbeschränkbaren Vertretungsmacht im Außenverhältnis nach § 37 Abs. 2 GmbHG dar<sup>8</sup>.

b) Gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG ist für die Abberufung die Gesellschafterversammlung zuständig, soweit durch Ge-

sellschaftsvertrag keine anderweitige Zuständigkeit begründet wurde<sup>9</sup>. Der hierzu erforderliche Gesellschafterbeschluss bedarf ohne Regelung in der Satzung der GmbH generell der einfachen Mehrheit (§ 47 Abs. 1 GmbHG). Allerdings steht § 47 Abs. 1 GmbHG zur Disposition der Gesellschafter und gestattet im Gesellschaftsvertrag die Statuierung einer qualifizierten Mehrheit (bis hin zur Einstimmigkeit) auch für zusätzliche Fälle, solange nicht zwingende Vorschriften wie z.B. § 53 Abs. 2 GmbHG entgegenstehen<sup>10</sup>. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer ist bei der Beschlussfassung zu seiner Abberufung gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG stimmberechtigt<sup>11</sup>. Sein Stimmrecht entfällt aber bei der Abberufung aus wichtigem Grund<sup>12</sup>, weil ein Gesellschafter nicht „Richter in eigener Sache“ sein kann, wenn aufgrund bedeutsamer Maßnahmen gegen ihn entschieden werden soll<sup>13</sup>.

Die Gesellschafterversammlung fasst einen entsprechenden Beschluss, der dem Geschäftsführer im Anschluss daran mitgeteilt wird. Im Gegensatz zur Bestellung des Geschäftsführers ist es nicht erforderlich, dass der Geschäftsführer die Abberufungserklärung annimmt.

c) Sieht die Satzung der GmbH nichts anderes vor, so ist die Abberufung jederzeit möglich und bedarf hierzu keiner besonderen Form. Die Abberufung des Geschäftsführers kann befristet werden, in dem sie z.B. erst zu einem, in dem entsprechenden Beschluss näher genannten, Zeitpunkt wirken soll<sup>14</sup>. Es ist allerdings nicht möglich, dass die Abberufung des Geschäftsführers unter eine Bedingung gestellt wird<sup>15</sup>. Eine Begründung der Abberufung ist ebenso, wie eine vorherige Anhörung des Geschäftsführers, nicht erforderlich<sup>16</sup>. Schließlich ist es nicht einmal erforderlich, dass bereits ein neuer Geschäftsführer bestellt wurde, selbst

4 Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 38 Rz. 3; Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 38 Rz. 4.

5 Vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 38 Rz. 7 unter Verweis auf die Rspr. des BGH v. 29.11.1993 – II ZR 61/93, DStR 1994, 214 mit Anm. Goette.

6 Marsch-Barner/Diekmann, Münch.Hdb. des GesR, Bd. 3, 2. Aufl. 2003, § 42 Rz. 42.

7 So schon angedeutet von Meilicke, DB 1994, 1761 (1763).

8 Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 38 Rz. 2; Goette, Die GmbH, 2. Aufl. 2002, § 8 Rz. 28; Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rz. 12.

9 Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 38 Rz. 12.

10 Roth/Altmeyen/Roth, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 47 Rz. 7; Goette, Die GmbH, 2. Aufl. 2002, § 7 Rz. 72; Marsch-Barner/Diekmann, Münch.Hdb. des GesR, Bd. 3, 2. Aufl. 2003, § 42 Rz. 60.

11 Allgemeine Meinung, vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 38 Rz. 6; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 38 Rz. 29.

12 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 38 Rz. 30; Marsch-Barner/Diekmann, Münch.Hdb. des GesR, Bd. 3, 2. Aufl. 2003, § 42 Rz. 61; zur Problematik bei Missbrauch durch Minderheitsgesellschafter vgl. Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 38 Rz. 48 ff.; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 38 Rz. 30 ff.

13 Vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 38 Rz. 17.

14 Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rz. 16.

15 Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rz. 16.

16 Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 38 Rz. 3; Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 38 Rz. 4; Tillmann/Mohr, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rz. 424; Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rz. 16.

wenn es sich bei dem abberufenen Geschäftsführer um den einzigen Geschäftsführer der GmbH handelte<sup>17</sup>.

Die Abberufung als solche ist im Zeitpunkt des gefassten Beschlusses wirksam. Sobald die Abberufungserklärung dem Geschäftsführer zugeht, ist er nicht mehr berechtigt, die Gesellschaft zu vertreten<sup>18</sup>. Die Handelsregistereintragung ist lediglich deklaratorisch und keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Abberufung.

## 2. Einschränkung der freien Abberufbarkeit

Von dem Grundsatz der freien Abberufbarkeit kann der Gesellschaftsvertrag der GmbH abweichen. Gemäß § 38 Abs. 2 GmbHG ist eine Beschränkung der Abberufung des Geschäftsführers auf das Vorliegen von wichtigen Gründen zulässig. Von einem wichtigen Grund spricht man dann, wenn das Verbleiben des Geschäftsführers in der GmbH für die Gesellschaft unzumutbar ist<sup>19</sup>. Der wichtige Grund muss dabei nicht in der Person des Geschäftsführers liegen<sup>20</sup>.

Nicht zwingend ist, dass der Gesellschaftsvertrag eine Beschränkung ausdrücklich regelt. Vielmehr kann sich auch durch Auslegung der entsprechenden Bestimmungen eine Beschränkung der freien Abberufbarkeit ergeben. In Betracht kommt z.B. eine Regelung im Gesellschaftsvertrag, wonach der Geschäftsführer auf Lebenszeit oder die Dauer der Gesellschaft berufen wird<sup>21</sup>. Eine Abberufung ist dann nur noch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich. Zu unterscheiden ist hierbei, dass eine bloße Befristung der Bestellung zum Geschäftsführer nicht automatisch dazu führt, dass für eine Abberufung vor Ende der Befristung ein wichtiger Grund vorliegen muss<sup>22</sup>.

Es ist nicht zulässig, durch den Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Abberufung des Geschäftsführers aus wichti-

gem Grund vollständig auszuschließen, d.h. auch die Einräumung der Geschäftsführungsbefugnis im Gesellschaftsvertrag als ein „unentziehbares“ Recht des Gesellschafters, hat lediglich eine Beschränkung der Abberufung auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäß § 38 Abs. 2 GmbHG zur Folge<sup>23</sup>. Eine Abberufung aus wichtigem Grund bleibt in jedem Fall möglich.

## III. Besonderheiten beim Gesellschafter-Geschäftsführer

Soll ein Geschäftsführer abberufen werden, der gleichzeitig Gesellschafter der GmbH ist, kommen verschiedene Fallgestaltungen in Betracht, die besondere Anforderungen an die Abberufung stellen. Zum einen kann die Geschäftsführung dem Gesellschafter als gesellschaftsvertragliches Sonderrecht eingeräumt worden sein. Zum anderen können unterschiedliche Mehrheitsverhältnisse Einfluss auf die Abberufung ausüben.

### 1. Gesellschaftsvertragliches Sonderrecht

Einem Gesellschafter-Geschäftsführer wird häufig das satzungsmäßige Sonderrecht der Geschäftsführung eingeräumt. In diesen Fällen muss der Gesellschafter-Geschäftsführer seiner Abberufung zustimmen bzw. bedarf es für die Abberufung eines wichtigen Grundes<sup>24</sup>. Eine Abberufung gegen den Willen des Gesellschafter-Geschäftsführers oder ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes führt nicht zum Erfolg, bei Fehlen eines wichtigen Grundes ist der Abberufungsbeschluss unwirksam<sup>25</sup>. Soll der Gesellschaftsvertrag entsprechend geändert werden, um die Beschränkung aufzuheben, bedarf diese Änderung der Zustimmung des mit diesem Sonderrecht ausgestatteten Gesellschafter-Geschäftsführers<sup>26</sup>.

### 2. Mehrheitsverhältnisse in der GmbH

Soll ein Gesellschafter-Geschäftsführer abberufen werden, ist häufig eine Abberufung nur bei Vorliegen eines (wichtigen) Grundes möglich. Dabei ist grundsätzlich zu unterscheiden, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer eine Mehrheit der Anteile der Gesellschaft hält, oder nur als Minderheitsgesellschafter an der GmbH beteiligt ist.

#### a) Mehrheitsgesellschafter

Bei Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers, der (oder die ihn stellende Gesellschaftergruppe) die Mehrheit der Stimmanteile an der Gesellschaft hat, ist dessen Abberufung im „normalen“ Beschlussverfahren regelmäßig nicht möglich, da eine Abstimmung gegen dessen Stimmen mangels erforderlicher Mehrheit nicht zum Erfolg führt. Kommt eine Abberufung nur aufgrund der Mehrheitsverhältnisse gegen die Stimme des Gesellschaftergeschäftsführers bzw. der ihn stellenden Gesellschaftergruppe in Betracht, wird eine Abberufung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich sein<sup>27</sup>. In diesem Fall hat der entsprechende Gesellschafter-Geschäftsführer kein Abstimmungsrecht<sup>28</sup>, so dass somit erst dann ein Beschluss auch gegen die eigentliche Mehrheit der Stimme des Gesellschafter-Geschäftsführers gefasst werden kann<sup>29</sup>.

#### b) Minderheitsgesellschafter

Die bereits zu Beginn angesprochenen Unstimmigkeiten in Literatur und Rechtsprechung liegen vor, wenn es um

17 Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rz. 16; Goette, Die GmbH, 2. Aufl. 2002, § 8 Rz. 30.

18 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 38 Rz. 24.

19 BGH v. 14.10.1991 – II ZR 239/90, GmbHR 1992, 38 (40); Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rz. 43; Achilles/Ernstthaler/Schmidt/Schmidt, GmbHG, 2005, § 38 Rz. 9; vgl. die Beispiele zu wichtigen Gründen Achilles/Ernstthaler/Schmidt/Schmidt, GmbHG, 2005, § 38 Rz. 10, Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 38 Rz. 11 ff.

20 Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rz. 43.

21 Achilles/Ernstthaler/Schmidt/Schmidt, GmbHG, 2005, § 38 Rz. 5; Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rz. 39.

22 BGH v. 28.10.2002 – II ZR 146/02, GmbHR 2003, 100 m. Komm. Haase.

23 Achilles/Ernstthaler/Schmidt/Schmidt, GmbHG, 2005, § 38 Rz. 7; Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 38 Rz. 3, 30.

24 Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 38 Rz. 61; Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rz. 41; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 38 Rz. 48.

25 Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 38 Rz. 22; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 38 Rz. 48.

26 Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rz. 42.

27 Tillmann/Mohr, GmbH-Geschäftsführer, 8. Aufl. 2003, Rz. 423 ff., 433.

28 Vgl. bereits oben II.1.b).

29 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 38 Rz. 16; Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 38 Rz. 45; vgl. oben II.1.b) sowie Fn. 16.

die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers geht, der nur eine Minderheit der Anteile an der Gesellschaft hält. Probleme bestehen erst recht dann, wenn es sich um eine stark personalistisch strukturierte Gesellschaft handelt, z.B. eine Zwei-Mann-GmbH, an der der Minderheitsgesellschafter mit 49% beteiligt ist und gleichzeitig das Geschäftsführeramt der Gesellschaft inne hat.

aa) Bereits in der fernen Vergangenheit haben sich diverse Stimmen in der Literatur mit diesem Problem beschäftigt<sup>30</sup>. Angedacht wurde hierbei u.a., die Vorschriften der §§ 117, 127 HGB, für die Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH entsprechend heranzuziehen<sup>31</sup>. *Limbach*<sup>32</sup> stellt in diesem Zusammenhang darauf ab, dass die Gesellschafter-Geschäftsführer, aufgrund der in §§ 117, 127 HGB geregelten Sonderbindung an die GmbH, dadurch, dass sie ihren Beruf als Geschäftsführer und gleichzeitig ihre Stellung als Gesellschafter der GmbH zu ihrem Lebensinhalt gemacht haben, aufgrund der besonderen Treue zu schützen sind. Dies könne entsprechend der Vorschriften des HGB, die die OHG betreffen, erfolgen. Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften auf die GmbH ist jedoch mit der überwiegenden Ansicht abzulehnen. Sowohl die körperschaftliche Struktur der GmbH als auch ihre begrenzte Haftung, sprechen eindeutig gegen eine entsprechende Anwendung der §§ 117, 127 HGB<sup>33</sup>.

bb) Der BGH hat mit Beschl. v. 29.11.1993<sup>34</sup> die Revision gegen ein Urt. des OLG Düsseldorf v. 11.2.1993<sup>35</sup> nicht angenommen. In dieser Entscheidung hat das OLG Düsseldorf die Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers, der in einer zweigliedrigen GmbH einen Geschäftsanteil von 49% hielt, bei Fehlen besonderer, sachlicher Gründe für unwirksam gehalten. Der BGH hat in seinem Beschluss diese Entscheidung bestätigt. Begründet haben der BGH bzw. bereits das OLG Düsseldorf ihre Entscheidung damit, dass aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht sich die Notwendigkeit ergibt, auf die Belange des abberufenden Geschäftsführers Rücksicht zu nehmen.

cc) In einer neueren Entscheidung des OLG Zweibrücken v. 5.6.2003<sup>36</sup> wird ebenfalls ausgeführt, dass unter dem Gesichtspunkt bestehender Treuebindungen Einschränkungen der freien Abberufbarkeit gegeben sein können<sup>37</sup>. Nach dieser Entscheidung dürfen zwar die Anforderungen nicht auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes gesteigert werden. Jedoch muss nach den Gesamtumständen ein sachlicher Grund für die Abberufung vorliegen<sup>38</sup>.

dd) Zwar geht die gängige Kommentarliteratur noch grundsätzlich von der freien Abberufbarkeit auch des Gesellschafter-Geschäftsführers aus<sup>39</sup>. Jedoch wird regelmäßig eine Einschränkung der Abberufbarkeit aus Gesichtspunkten der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht gefordert. Eine Abberufung soll in diesen Fällen nur bei Vorliegen von sachlichen Gründen zulässig sein<sup>40</sup>. Einzelne Stimmen stellen indes sogar unmittelbar auf eine Einschränkung der Abberufbarkeit auch ohne das Vorliegen von gesellschaftsvertraglichen Regelungen aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht ab und fordern sogar das Vorliegen wichtiger Gründe<sup>41</sup>.

### c) Stellungnahme

Der hier von der Literatur und Rechtsprechung eingeschrittene Weg ist als bedenklich einzustufen. Leider ist die Rechtsprechung des BGH nicht, wie von *Meilicke*<sup>42</sup> gehofft, ein „Ausreißer“ geblieben. Die Literatur und die

Rechtsprechung verdrängt, dass es sich bei den Einschränkungen in der genannten Rechtsprechung des BGH und des OLG Düsseldorf um Sonderfälle gehandelt hat, die im entsprechenden Einzelfall möglicherweise zu einem sachgerechten Ergebnis geführt haben mögen, einer Verallgemeinerung aber nicht zulassen.

Grundsatz der Problematik der Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers muss in jedem Fall § 38 Abs. 1 GmbHG bleiben. Liegt keine gesellschaftsvertragliche Regelung vor, die das Vorliegen eines wichtigen Grundes, sei es durch ausdrückliche Bestimmung oder durch Auslegung, für eine Abberufung fordert, muss auch der Gesellschafter-Geschäftsführer jederzeit ohne das Vorliegen besonderer Gründe abberufen werden können. Dies muss erst Recht auch dann gelten, wenn in einer Zwei-Mann-GmbH der eine Gesellschafter 51%, der andere 49% der Geschäftsanteile hält. Gerade der Mehrheitsgesellschafter hat für sich einen Anteil i.H.v. 51% erworben, um die Mehrheit in der Gesellschaft zu halten und notfalls auch gegen die Stimme des zweiten Gesellschafters Entscheidungen zu treffen. Allgemeine Billigkeitserwägungen dürfen an diesen klaren Strukturen und Regelungen nicht zu Lasten des Mehrheitsgesellschafters eingreifen<sup>43</sup>.

Ferner kann auch der Mehrheitsgesellschafter nicht darunter leiden, dass sich der Minderheitsgesellschafter, insbesondere wenn er 49% der Geschäftsanteile hält, nicht bereits bei Gründung oder – falls erst nachträglich Anteile an der Gesellschaft erworben wurden – bei Anteilserwerb dafür Sorge getragen hat, sich eine bessere Stellung als Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag zu sichern. Dies ist, wie bereits oben beschrieben wurde, grundsätzlich unproblematisch möglich. In den bereits angesprochenen Entscheidungen<sup>44</sup> wurde darauf abgestellt, dass die Abberufung ohne das Vorliegen von Gründen insbesondere mit der Person des Gesellschafter-Geschäftsführers zusammenhängt. Eine gesellschaftsrechtliche Treupflicht beste-

30 *Fleck*, GmbHR 1970, 221 ff.; *Schönle/Ensslin*, GmbHR 1969, 203 ff.; *Dernbach*, BB 1982, 1266 ff.

31 *Limbach*, GmbHR 1968, 181 ff.

32 *Limbach*, GmbHR 1968, 181 (182).

33 *Michalski/Terlau/Schäfers*, GmbHG, 2002, § 38 Rz. 5; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 38 Rz. 3; *Fleck*, GmbHR 1970, 221 ff.; *Schönle/Ensslin*, GmbHR 1969, 103 ff.

34 BGH v. 29.11.1993 – II ZR 61/93, DSiR 1994, 214 m. Anm. *Goette*.

35 OLG Düsseldorf v. 11.2.1993 – 6 U 43/92, GmbHR 1994, 245 f.

36 OLG Zweibrücken v. 5.6.2003 – 4 U 117/02, GmbHR 2003, 1206 ff.

37 Vgl. auch OLG Zweibrücken v. 30.10.1997 – 4 U 11/97, GmbHR 1998, 373 (374).

38 OLG Zweibrücken v. 5.6.2003 – 4 U 117/02, GmbHR 2003, 1206 (1207).

39 *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 38 Rz. 2; *Michalski/Terlau/Schäfers*, GmbHG, 2002, § 38 Rz. 5f.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 38 Rz. 3; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 38 Rz. 17.

40 Vgl. wie vor.

41 Vgl. z.B. *Marsch-Barnen/Diekmann*, Münch.Hdb. des GesR, Bd. 3, 2. Aufl. 2003, § 42 Rz. 42.

42 *Meilicke*, DB 1994, 1761 (1763).

43 Vgl. auch *Meilicke*, DB 1994, 1761 (1762).

44 BGH v. 29.11.1993 – II ZR 61/93, DSiR 1994, 214 m. Anm. *Goette*; OLG Düsseldorf, v. 11.2.1993 – 6 U 43/92, GmbHR 1994, 245 ff.

he insbesondere, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer in seiner Position seine berufliche Lebensgrundlage sieht, die ihm durch einfache Abberufung genommen wird<sup>45</sup>. Gerade in einem solchen Fall kann aber eine Nachlässigkeit des Minderheitsgesellschafters bei Abfassung des Gesellschaftsvertrags nicht durch Billigkeitserwägungen und das Aushebeln von gesetzlichen Grundsätzen geschützt werden. Vielmehr obliegt jedem Gesellschafter-Geschäftsführer erst Recht dann die Pflicht, sich über die ihm auf Basis des Gesetzes zustehenden Möglichkeiten abzusichern – im Zweifel durch Einschalten von Beratern –, wenn er weiß, dass seine Position als Gesellschafter-Geschäftsführer seine Lebensgrundlage bildet, und eine jederzeitige Abberufung ihm diese jederzeit nehmen kann.

Diese Problematik stellt sich häufig bei der eingangs geschilderten Situation. Erwirbt ein Finanzinvestor eine nur geringe Mehrheit an einer Ein-Mann-GmbH, dessen Gesellschafter auch gleichzeitig alleiniger Geschäftsführer der GmbH ist, kann er in der Regel nach dem Erwerb für zumindest einige Zeit nicht ohne den ursprünglichen Alleingesellschafter das Geschäft weiterführen. Will er sich jedoch nach einigen Jahren von dem ursprünglichen Gesellschafter zumindest als Geschäftsführer trennen, wird ihm dies auf Grundlage dieser Rechtsprechung beinahe unmöglich sein, denn die Lebensgrundlage dieses Gesellschafter-Geschäftsführers war sicherlich „seine“ GmbH. Diese Unsicherheit in der Rechtsprechung bzw. der weite aus Billigkeitserwägungen eingeführte „Abberufungsschutz“ eines Gesellschafter-Geschäftsführers, behindert folglich nicht nur einen potentiellen Erwerber, sondern auch den Veräußerer, der auf die (finanzielle) Hilfe von außen angewiesen ist. In dieser Situation hat der neue/alte Gesellschafter-Geschäftsführer aufgrund seiner Bedeutung für das Unternehmen und einen neuen Anteilseigner durchaus die Möglichkeit, seine Rechte nach seinen Wünschen zu verhandeln. Einen zusätzlichen Schutz über die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht ist hierbei nicht angezeigt. Sicherlich ist der neue/alte Gesellschafter-Geschäftsführer in der Praxis häufig der Macht von Finanzgebern und Investoren ausgeliefert, gerade wenn diese das Unternehmen vor der Insolvenz zu retten versuchen, oder den alten Gesellschafter bei dessen Entschuldung behilflich sind. Dies ist jedoch der Preis, der von Seiten des Gesellschafter-Geschäftsführers für die „Rettung“ zu zahlen ist – ein zusätzlicher, nachträglicher Schutz wäre in diesem Zusammenhang unbillig.

Allenfalls kann auf Basis der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ein Schutz vor willkürlichen Maßnahmen des Mehrheitsgesellschafters zugunsten des Minderheitsgesellschafters akzeptiert werden<sup>46</sup>. Für eine weitere Einschränkung, insbesondere die regelmäßige Forderung von sachlichen oder sogar wichtigen<sup>47</sup> Gründen, ist insbesondere aus wirtschaftlicher Sicht kein Raum.

45 BGH v. 29.11.1993 – II ZR 61/93, DSuR 1994, 214 m. Anm. Goette.

46 So im Ergebnis Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 38 Rz. 3; Roth/Altmeyden/Altmeyden, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 38 Rz. 2.

47 Marsch-Barner/Diekmann, Münch.Hdb. des GesR, Bd. 3, 2. Aufl. 2003, § 42 Rz. 42.

## Rechtsprechung

### Gesellschaftsrecht

#### Eigenkapitalersatz: Umqualifizierung einer Bürgschaft trotz Nichtigkeit wegen Übersicherung

GmbHG § 30, § 31, § 32a, § 32b

1. a) **Vereinbart ein Gesellschafter mit der GmbH einen Rangrücktritt für Regressansprüche aus der Inanspruchnahme von Grundpfandrechten, die er zur Sicherung von Drittverbindlichkeiten der Gesellschaft bestellt hat, sind diese Regressansprüche im Überschuldungsstatus nicht zu passivieren.**

b) **Den passivierten Drittverbindlichkeiten steht ein zu aktivierender Freistellungsanspruch der GmbH gegen den Gesellschafter in entsprechender Höhe gegenüber, so dass die Verbindlichkeiten im Ergebnis für die Feststellung einer Überschuldung ohne Bedeutung sind.**

2. **Der Umqualifizierung einer Bürgschaft des Gesellschafters in Eigenkapitalersatz steht es nicht entgegen, wenn die Bürgschaftsverpflichtung im Verhältnis zum Sicherungsnehmer wegen Übersicherung nichtig ist (Anschluss an OLG Dresden v. 6.11.2001 – 2 U 1566/01, GmbHR 2002, 269).**

OLG Stuttgart, Ur. v. 6.12.2006 – 11 U 55/05  
(nicht rechtskräftig)

► Aus den Gründen:

#### I.

Der Kläger (Kl.) ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der FW-GmbH & Co. KG (Insolvenzschuldnerin). Er verlangt von den Beklagten als alleinigen Kommanditisten Zahlung von 766.937,82 € zur Masse, weil sie in dieser Höhe durch Zahlung der Insolvenzschuldnerin von Bürgschaftsverpflichtungen befreit wurden. Die Bürgschaftsverpflichtungen waren die Beklagten zur Sicherung eines der Insolvenzschuldnerin von der Streithelferin gewährten Kredits eingegangen; der Kl. hält sie für eigenkapitalersetzend.

1. a) Mit Darlehensvertrag v. 19.10.1994 (...) gewährte die Streithelferin der Insolvenzschuldnerin einen Rahmenkredit über 1.500.000 DM. Zur Sicherheit übereignete die Insolvenzschuldnerin ihr Warenlager (...). Außerdem übernahmen die Beklagten eine selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft für die Rückzahlung der Darlehensforderung (...). Die Laufzeit des Kredits war auf ein Jahr befristet, wurde aber fortlaufend jeweils um ein weiteres Jahr verlängert, zuletzt am 29.12.2000. Mit den Verlängerungen wurden jeweils auch die Bürgschaftserklärungen der Beklagten erneuert (...).

Streitig ist der wirtschaftliche Wert des sicherungsübereigneten Warenlagers. Die hiervon erfassten Warenvorräte waren zu Buchwerten angesetzt mit 4.533.742 DM zum 31.12.1999, 4.193.539 DM zum 31.12.2000 und 3.733.779 DM zum 31.12.2001 (...). Die Buchwerte waren ermittelt anhand der Inventurlisten und der Netto-Einkaufspreise. Unstreitig erfasste die Sicherungsübereignung daneben auch die Ausstattung eines Ausstellungsraums für Sanitäreinrichtungen, zu Buchwerten angesetzt mit