

## Leitfaden für GmbH-Geschäftsführer in Trennungssituationen

In Deutschland gibt es über eine Million GmbHs und ca. zwei Millionen GmbH-Geschäftsführer. Sie sind strikten gesetzlichen Reglementierungen unterworfen und unterliegen nach dem GmbH-Gesetz einer äußerst strengen Haftung. GmbH-Geschäftsführer müssen sowohl die Vorgaben beachten, die ihnen die Gesellschafter auferlegen als auch die gesetzlichen Rahmenbedingungen einhalten. Diese sind für GmbH-Geschäftsführer sehr komplex. Als GmbH-Geschäftsführer müssen Sie nicht nur das GmbH-Gesetz kennen, sondern auch steuerrechtliche, sozialversicherungsrechtliche, wettbewerbsrechtliche und viele andere Regularien beachten.

Um sich in diesem rechtlichen Minenfeld nicht zu verheddern und das Unternehmen im Interesse der Gesellschafter sicher zu steuern bieten viele Ratgeber Hilfe an. Aber wer hilft Ihnen, wenn es nicht um die Interessen der Gesellschaft oder der Gesellschafter, sondern um Ihre persönlichen Interessen geht? Wenn die Gesellschaft veräußert wird, neue Mehrheitsgesellschafter auf den Plan treten oder Ihnen der nicht im erwünschten Maß eingetretene wirtschaftliche Erfolg zum Vorwurf gemacht wird und Sie damit rechnen müssen, dass sich die Gesellschaft von Ihnen trennen will? Woran müssen Sie in dieser Situation denken, welche Maßnahmen müssen getroffen werden und wie wappnen Sie sich gegen den bevorstehenden Exit? Worauf Sie im Trennungsfall achten sollten, um sich und Ihre Familie zu schützen und finanziell abzusichern, zeigt Ihnen dieser Leitfaden.

**ÜBERSICHT:**

- I. Was macht die Besonderheit des GmbH-Geschäftsführers im deutschen Recht aus? Oder: was versteht man unter dem Trennungsprinzip?**
- II. Wie wird man GmbH-Geschäftsführer?**
- III. Warum GmbH-Geschäftsführer (meistens) keine Arbeitnehmer sind**
- IV. Der Kampf um den Rechtsweg**
- V. Gesetzlicher und vertraglicher Kündigungsschutz**
- VI. Rechtsschutzversicherung für GmbH-Geschäftsführer**
- VII. Trennungssituation und Geschäftsführerhaftung  
Oder: warum Geschäftsführer besonders häufig in Regress genommen werden,  
nachdem sie ihren Arbeitgeber verklagt haben**
- VIII. D&O-Versicherung**
- IX. Durchsetzung von Vergütungs- und Abfindungsansprüchen**
- X. Checkliste für den Trennungsfall**

## I.

**Was macht die Besonderheit des GmbH-Geschäftsführers im deutschen Recht aus?  
Oder: was versteht man unter dem Trennungsprinzip?****1. Das GmbH-Gesetz**

Im GmbH-Gesetz sind die Grundlagen der Verfassung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung geregelt. Es gibt vor, wie eine GmbH gegründet werden kann, was bei der Aufbringung des Stammkapitals und seiner Erhaltung zu beachten ist, wie Gesellschaftsanteile an einer GmbH zu übertragen sind und wie eine GmbH „beerdigt“ – also liquidiert – werden kann. Das GmbH-Gesetz enthält die gesellschaftsrechtlichen Spielregeln für die in Deutschland am meisten verbreitete Rechtsform einer Gesellschaft des privaten Rechts. Dazu gehören auch Bestimmungen darüber, durch wen die GmbH im Rechtsverkehr vertreten wird. Als sogenannte juristische Person ist sie nicht selbst handlungsfähig, sondern bedarf mindestens einer natürlichen Person, die sie im Rechtsverkehr vertritt, also Verträge abschließt, Kündigungen ausspricht etc. Deshalb regelt § 6 GmbHG, dass die Gesellschaft einen oder mehrere Geschäftsführer haben muss und § 35 GmbHG bestimmt, dass die Gesellschaft durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten wird. Im GmbH-Gesetz findet sich jedoch kein Wort darüber, ob der Geschäftsführer Anspruch auf Vergütung hat, ob er Urlaub nehmen darf oder ob ihm im Krankheitsfall das Gehalt weiter zu bezahlen ist. Diese Fragen sind nicht Gegenstand des im GmbH-Gesetz geregelten Gesellschaftsrechts, sondern bedürfen einer vertraglichen Vereinbarung.

**2. Der Geschäftsführervertrag**

Die Vergütung für die Ausübung der Geschäftsführertätigkeit, ob und wieviel Urlaub ein Geschäftsführer nehmen darf, für welche Dauer er im Krankheitsfall Entgeltfortzahlung erhält, ob ihm ein Dienstwagen für die private Nutzung zur Verfügung gestellt wird oder ob er im Falle der Beendigung seiner Geschäftsführertätigkeit eine Abfindung erhält, ist nicht im GmbH-Gesetz geregelt. Geschäftsführer können solche Leistungen von der Gesellschaft nur verlangen, wenn sie in dem der gesellschaftsrechtlichen Organstellung zugrunde liegenden Anstellungsvertrag vereinbart sind. Der Anstellungsvertrag ist die rechtliche Existenzgrundlage für die finanzielle Absicherung des Geschäftsführers. Er regelt neben der gesellschaftsrechtlichen Organstellung, für die das GmbH-Gesetz maßgeblich ist, die finanziellen Konditionen der Ausübung des Geschäftsführeramts.

Diese vertragliche Ebene ist unabhängig von der gesetzlichen Stellung des Geschäftsführers gemäß § 6 GmbHG und § 35 GmbHG. Das organschaftliche Amt auf der ge-

sellschaftsrechtlichen Ebene ist strikt getrennt von der vertraglichen Ebene des Anstellungsvertrages. Diese Trennung bildet die Grundlage der von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vertretenen **Trennungstheorie**. Da Organstellung und Anstellungsverhältnis rechtlich zu trennen sind, können sie ein unterschiedliches rechtliches Schicksal erfahren: das Geschäftsführeramt kann enden, der Anstellungsvertrag aber fortbestehen und umgekehrt. Sie können als Geschäftsführer abberufen werden, Ihren Vergütungsanspruch aber behalten, ebenso wie Sie umgekehrt ggfs. Ihre Organpflichten weiter erfüllen und als Geschäftsführer haften müssen, während Ihr Vergütungsanspruch erloschen ist. Hieran zeigen sich die Tücken des Trennungsprinzips.

## II.

### Wie wird man GmbH-Geschäftsführer?

#### 1. Die gesellschaftsrechtliche Bestellung

Zum Geschäftsführer einer GmbH wird man durch den gesellschaftsrechtlichen Bestellungsakt. Zuständig ist dafür nach § 46 Nr. 5 GmbHG die Gesellschafterversammlung. Ihr obliegt die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern sowie die Entlastung derselben. Sowohl die Bestellung als auch die Abberufung erfolgen durch Beschluss der Gesellschafterversammlung. Der Bestellungsakt ist vollzogen, sobald dem Geschäftsführer der Bestellungsbeschluss bekannt gegeben wird. Nimmt er die Bestellung an – was nicht förmlich erklärt werden muss, sondern wofür es schon ausreicht, der mitgeteilten Bestellung nicht zu widersprechen – so ist er von diesem Augenblick an Geschäftsführer, unabhängig davon, ob er mit der Gesellschaft einen Anstellungsvertrag abgeschlossen hat. Die Organstellung des Geschäftsführers kann auch ohne zugrunde liegenden Anstellungsvertrag ausgeübt werden.

#### 2. Der Abschluss des Geschäftsführervertrags

Für den Anstellungsvertrag von GmbH-Geschäftsführern gibt es keine Formvorschriften, Geschäftsführerverträge können auch mündlich abgeschlossen werden. Ratsam ist das allerdings nicht, da man den Inhalt des Geschäftsführervertrages nachweisen können muss, wenn man Ansprüche hieraus geltend machen will. Schon aus Beweisgründen ist die Schriftform bei Geschäftsführerverträgen deshalb unabdingbar.

Zuständig für den Abschluss von Geschäftsführer Anstellungsverträgen ist auf Seiten der GmbH wie bei der Bestellung zum Organ die Gesellschafterversammlung. Das

steht zwar nicht im Gesetz, denn § 46 Nr. 5 GmbH AG weist der Gesellschafterversammlung nur die Aufgaben der Bestellung, der Abberufung sowie der Entlastung von Geschäftsführern zu. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erstreckt sich die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung aber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung auf den Abschluss, die Änderung und die Beendigung von Geschäftsführeranstellungsverträgen (sog. Annexkompetenz der Gesellschafterversammlung). Um einen Geschäftsführeranstellungsvertrag wirksam abzuschließen, muss die GmbH deshalb durch ihre Gesellschafter vertreten sein.

Nicht ausreichend ist es, wenn Sie als neuer Geschäftsführer den Anstellungsvertrag für sich unterschreiben und für die GmbH ein anderer Geschäftsführer unterzeichnet. In einem solchen Fall ist die GmbH Abschluss des Anstellungsvertrages nicht wirksam vertreten. Das hat zur Folge, dass der Vertrag schwebend unwirksam ist (sog. **faktischer Anstellungsvertrag**).

**Achtung!** Ein Geschäftsführervertrag, bei dessen Abschluss auf Seiten der GmbH nicht die Gesellschafterversammlung gehandelt hat, sondern ein oder mehrere andere Geschäftsführer, wird von der Rechtsprechung des BGH nur so lange als wirksam behandelt wie sich keine Vertragspartei auf die schwebende Unwirksamkeit berufen hat. Ein schwebend unwirksamer Geschäftsführervertrag endet ohne weiteres – also sofort! – wenn die Gesellschaft erklärt, sich an den Vertrag nicht mehr halten zu wollen.

Jeder Geschäftsführerin und jedem Geschäftsführer ist daher dringend zu raten, beim Abschluss des Geschäftsführervertrages genau auf die Einhaltung der Zuständigkeiten zu achten und das rechtswirksame Zustandekommen prüfen zu lassen. Stellt sich später in einer Trennungssituation heraus, dass die GmbH beim Abschluss des Vertrages nicht ordnungsgemäß durch die Gesellschafterversammlung vertreten war, kann die Gesellschaft den Geschäftsführervertrag von heute auf morgen beenden. Das bedeutet u.a., dass Sie von diesem Tag an keine Vergütungsansprüche mehr haben!

### III.

#### **Warum GmbH-Geschäftsführer (meistens) keine Arbeitnehmer sind**

Die Geschäftsführer vertreten die GmbH gerichtlich und außergerichtlich. Sie sind die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft. Als solche nehmen sie insbesondere die Arbeitgeberfunktion der GmbH wahr. Die Geschäftsführer sind dafür verantwortlich, dass Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge für die Arbeitnehmer abgeführt werden. Sie vertreten die Ge-

sellschaft außerdem beim Abschluss und bei der Beendigung von Arbeitsverträgen. Für die Kündigung von Arbeitsverhältnissen sind also die Geschäftsführer zuständig. Geschäftsführer stehen somit „im Arbeitgeberlager.“ Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass man nicht im Arbeitgeberlager stehen und gleichzeitig Arbeitnehmer sein kann. Die Organstellung des Geschäftsführers schließt ein Arbeitsverhältnis deshalb aus. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein GmbH-Geschäftsführer nicht Arbeitnehmer sein.

Nicht ganz so streng sieht es das Bundesarbeitsgericht. Nach seiner Rechtsprechung ist es grundsätzlich möglich, dass ein GmbH-Geschäftsführer seine Organstellung für die Gesellschaft auf der Grundlage eines Arbeitsverhältnisses wahrnimmt, also Geschäftsführer und Arbeitnehmer zugleich ist. Allerdings kommt dies nur in sehr seltenen Fällen in Betracht, z.B. wenn dem Geschäftsführer Weisungen nicht nur unternehmerischer Art erteilt, sondern von den Gesellschaftern auch Vorgaben hinsichtlich der Art und Weise der Ausübung der operativen Geschäftsführungstätigkeit gemacht werden (etwa die Arbeitszeit vorgegeben oder Arbeitsanweisungen für die konkrete Umsetzung von Geschäftsleitungsaufgaben erteilt werden). Das Bundesarbeitsgericht hat z.B. bei einer Geschäftsführerin, die neben acht weiteren Geschäftsführern bestellt war und Einzelanweisungen für die ihr zugewiesenen Arbeiten erhielt, ein Arbeitsverhältnis in Betracht gezogen, es im Ergebnis aber abgelehnt ([BAG, Urteil vom 26. 5. 1999 - 5 AZR 664/98](#)). Ein Geschäftsführer kann außerdem dann auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages tätig sein, wenn er aus einem Arbeitsverhältnis heraus zum Geschäftsführer bestellt wird und anlässlich seiner Bestellung zum Organ weder ein schriftlicher Geschäftsführerdienstvertrag abgeschlossen noch das Arbeitsverhältnis formwirksam beendet wird. Gesellschaft und Geschäftsführer werden sich in diesem Fall lediglich formlos darüber einig, dass der Arbeitnehmer künftig das Geschäftsführeramt übernimmt (sog. formlose Abrede). Eine Geschäftsführerposition auf der Grundlage eines Arbeitsverhältnisses ist somit möglich, aber – noch - selten. Insgesamt ist jedoch festzustellen, dass Anstellungsverträge von GmbH-Geschäftsführern keine arbeitsrechtsfreie Zone mehr sind. Arbeitnehmerschutzgesetze schlagen immer stärker auf das Dienstvertragsrecht der Vertretungsorgane durch. Diese Tendenz hat durch Urteile des BGH, des BAG und des EuGH neuen Schub bekommen. So hat der EuGH in seiner Danosa-Entscheidung vom 11. 11. 2010 festgestellt, dass Fremdgeschäftsführer unter den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff fallen. Dass Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) anzusehen sind, hat der BGH in seinem aktuellen Urteil vom 26. März 2019 ([BGH, Urteil vom 26. März 2019 – II ZR 244/17](#)) bestätigt. Dadurch werden die Koordinaten des Anstellungsverhältnisses von GmbH-Geschäftsführern näher zum Arbeitsverhältnis verschoben.

## IV.

**Der Kampf um den Rechtsweg**

Ob der Organstellung eines Geschäftsführers ein Arbeitsvertrag oder ein Dienstvertrag zugrunde liegt, hat wichtige Auswirkungen auf die Chancen des Geschäftsführers im Trennungsprozess. So gibt das Kündigungsschutzgesetz nur Arbeitnehmern Schutz, aber nicht freien Dienstnehmern. Bevor es im Trennungsprozess des Geschäftsführers aber um den sog. materiellen Kündigungsschutz geht, wird (fast) immer zuerst um die Rechtswegzuständigkeit gekämpft.

Ob eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung beim Arbeitsgericht oder beim Landgericht – also bei der sog. ordentlichen Gerichtsbarkeit - eingereicht wird, hat gravierende Folgen für die Kosten, mit denen Sie als Geschäftsführer rechnen müssen. Bei den Arbeitsgerichten muss kein Gerichtskostenvorschuss einbezahlt werden. Arbeitnehmern soll es erleichtert werden, ihre Rechtsansprüche gegen ihren Arbeitgeber geltend machen. Aus diesem Grund gibt es in arbeitsgerichtlichen Verfahren erster Instanz auch keinen Kostenerstattungsanspruch (§ 12a ArbGG). Verliert der Arbeitnehmer den Prozess, kann der Arbeitgeber von ihm also nicht die Kosten erstattet verlangen, die er für seinen Rechtsanwalt aufgewendet hat. Das bedeutet umgekehrt, dass der Arbeitnehmer, der seinen Kündigungsschutzprozess gewinnt, allerdings auch keinen Kostenerstattungsanspruch gegen seinen Arbeitgeber hat und seine eigenen Anwaltskosten somit selbst tragen muss. Arbeitnehmer werden vor hohen Gerichtskosten im Arbeitsgerichtsprozess auch durch eine gesetzliche Deckelung des Streitwerts geschützt, aus dem sich die Gebühren errechnen. In Kündigungsschutzprozessen ist der Streitwert auf den Betrag des Vierteljahreseinkommens begrenzt, also drei Monatsgehälter zuzüglich einem Viertel der jährlichen Sonderleistungen.

Muss dagegen vor dem Landgericht geklagt werden, sind die finanziellen Hürden hoch: das Landgericht stellt die Klage gegen den Arbeitgeber erst zu, wenn der Gerichtskostenvorschuss einbezahlt ist, der sich aus drei Gebühren zusammensetzt, die sich nach der Höhe des Streitwerts richten. Außerdem müssen Sie als Geschäftsführer beim Prozess vor dem Landgericht im Fall der Prozessniederlage nicht nur die eigenen Kosten tragen, sondern auch die der Gesellschaft entstandenen Anwaltskosten erstatten. Schließlich gibt es im Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit beim Landgericht keine Deckelung des Streitwerts auf das Vierteljahreseinkommen. Der Streitwert eines Verfahrens um die Wirksamkeit der Kündigung des Anstellungsvertrages beträgt beim Geschäftsführerdienstvertrag nicht drei Monatsgehälter, sondern drei Jahresgehälter. Dadurch entsteht für Geschäftsführer allein in erster Instanz ein Kostenrisiko von mehreren 10.000 EUR.

Der Kampf um den Rechtsweg wird von Geschäftsführern aber nicht nur wegen der Kosten geführt. Gelingt es, die Rechtswegzuständigkeit des Arbeitsgerichts zu begründen, stehen

die Chancen für Geschäftsführer wesentlich besser, dass das Gericht ihren Anstellungsvertrag als Arbeitsvertrag qualifiziert als vor dem Landgericht. Die für allgemeine zivilrechtliche Angelegenheiten zuständige ordentliche Gerichtsbarkeit folgt regelmäßig ohne Umschweife der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der die Rechtsstellung eines Geschäftsführers mit dem Bestehen eines Arbeitsverhältnisses als unvereinbar ansieht. Landgericht und Oberlandesgericht halten sich erfahrungsgemäß mit Ausführungen der Kläger, das ihrer Organstellung zu Grunde liegende Anstellungsverhältnis sei in ihrem Falle ein Arbeitsverhältnis, nicht lange auf. Demgegenüber sind Arbeitsrichter viel geneigter, Geschäftsführern, die behaupten, wie ein Arbeitnehmer Weisungen befolgen zu müssen, den Schutz arbeitsrechtlicher Gesetze zu gewähren.

## V.

### **Gesetzlicher und vertraglicher Kündigungsschutz**

GmbH-Geschäftsführer sind „kündigungsschutzrechtliches Freiwild.“ Geschäftsführer einer GmbH sind grundsätzlich (d.h. es gibt Ausnahmen!) keine Arbeitnehmer und unterliegen deshalb nicht dem Kündigungsschutzgesetz. Die Gesellschaft braucht für eine Kündigung also keine soziale Rechtfertigung in Form betriebsbedingter, personenbedingter oder verhaltensbedingter Gründe darlegen, sondern lediglich die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist einhalten. Die fristgemäße Kündigung des Geschäftsführeranstellungsvertrages ist also rechtlich nicht angreifbar, wenn sich der Anstellungsvertrag nicht ausnahmsweise als Arbeitsverhältnis erweist.

Da Geschäftsführer durch das Kündigungsschutzgesetz nicht geschützt sind, sollten Sie darauf achten, in ihren Anstellungsvertrag so viel vertraglichen Kündigungsschutz wie möglich aufzunehmen. Vertraglicher Kündigungsschutz kann z. B. durch eine Mindestlaufzeit erreicht werden, während der eine ordentliche Kündigung des Vertrages ausgeschlossen ist, durch lange Kündigungsfristen (z.B. ein Jahr zum Ende eines Kalenderjahres) oder die Vereinbarung einer Abfindung für den Fall, dass die Gesellschaft den Anstellungsvertrag aus Gründen, die nicht der Geschäftsführer zu vertreten hat, beendet.



## VI.

**Rechtsschutzversicherung für GmbH-Geschäftsführer**

Rechtsstreitigkeiten über die Kündigung von Geschäftsführerverträgen sind teuer. Bahnt sich eine Trennung an, sollten Sie umgehend klären, ob der Kündigungsschutzprozess versichert ist. Dafür kommen unterschiedliche Versicherungsverträge in Betracht. Weit verbreitet sind Familienrechtsschutz-Policen, die einen Arbeitsrechtsschutz enthalten. Abgedeckt sind dadurch aber nur arbeitsrechtliche Streitigkeiten, d.h. Auseinandersetzungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Ein Rechtsschutzfall liegt nach den Allgemeinen Rechtsschutzbedingungen vor, wenn der Arbeitgeber seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis oder verletzt haben soll (ARB...). Das ist der Fall, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers kündigt, ohne dass eine soziale Rechtfertigung (§ 2 KSchG) vorliegt. Geht es jedoch um die Kündigung des Anstellungsvertrags eines Geschäftsführers, verweisen die Rechtsschutzversicherer auf ihre Ausschlussklausel (**“Rechtsschutz besteht nicht für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen aus Anstellungsverhältnissen gesetzlicher Vertreter juristischer Personen“**).

Rechtsschutz für die Klage gegen die Kündigung eines Geschäftsführerdienstvertrages gewähren nur spezielle Versicherungen, die die Wahrnehmung von Interessen aus Anstellungsverträgen – und nicht nur aus Arbeitsverträgen – abdecken („Anstellungsvertrags-Rechtsschutz). Diese Leistungen sind vom üblichen Familienrechtsschutz nicht erfasst und kosten erheblich mehr.

## VII.

**Trennungssituation und Geschäftsführerhaftung****Oder: warum Geschäftsführer besonders häufig in Regress genommen werden, nachdem sie ihren Arbeitgeber verklagt haben**

Die Haftung der GmbH-Geschäftsführer unterscheidet sich elementar von der Haftung von Arbeitnehmern. Die Haftung von Arbeitnehmern ist in mehrfacher Hinsicht beschränkt. Das arbeitsrechtliche System des betrieblichen Schadensausgleichs schützt den wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmer gegenüber dem wirtschaftlich stärkeren Arbeitgeber. Deshalb haften Arbeitnehmer für von ihnen bei der Arbeit verursachte Schäden nicht, wenn ihnen nur leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Bei mittlerer Fahrlässigkeit haften sie in der Weise beschränkt, dass der Regressanspruch des Arbeitgebers in Relation zum Einkommen des Arbeitnehmers gesetzt wird und bei der Bestimmung des Haftungsvolumens die wirt-

schaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers berücksichtigt wird. Völlig anders verhält es sich bei Geschäftsführern: Sie haften für jedes Verschulden, also schon bei leichtester Fahrlässigkeit. Und sie haften in der Höhe unbeschränkt. Beschränkt ist also nur die Haftung der GmbH, aber nicht die Haftung ihrer Geschäftsführer!

Der wichtigste Unterschied zwischen Arbeitnehmerhaftung und Geschäftsführerhaftung besteht bei der Darlegungs- und Beweislast: Will ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmer in Regress nehmen, muss er sämtliche Voraussetzungen seines Schadensersatzanspruchs darlegen und beweisen können. Das gilt auch für das Verschulden. Der Arbeitgeber muss also beweisen, dass die Arbeitnehmer ihre Sorgfaltspflichten bei der Arbeit mindestens mit mittlerer Fahrlässigkeit oder gar vorsätzlich verletzt haben.

Anders wiederum beim Geschäftsführer: gemäß § 43 GmbHG haben Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Ein ordentlicher Geschäftsmann macht keine Fehler, jedenfalls ist das die Auffassung des Gesetzgebers und des BGH. Jeder vermeidbare Fehler begründet deshalb den Vorwurf der zumindest leichten Fahrlässigkeit. Die persönliche Haftung des Geschäftsführers für Fehler bei seiner Geschäftsführungstätigkeit lässt sich ausnahmsweise nur dann abwenden, wenn der Schaden für die Gesellschaft ohnehin eingetreten wäre (also auch bei sog. rechtmäßigem Alternativverhalten). Die Gesellschaft muss im Haftungsprozess nur beweisen, dass ihr durch ein Verhalten des Geschäftsführers in seinem Pflichtenkreis ein finanzieller Schaden entstanden ist. Gelingt er das, ist es Sache des Geschäftsführers zu beweisen, dass er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gearbeitet – also keinen Fehler begangen – hat.

Diese **Umkehr der Beweislast** ist der Hauptgrund für die im deutschen Recht sehr strenge Geschäftsführerhaftung. Sie macht es den Gesellschaften leicht, Schadensersatzansprüche gegen ihre Geschäftsführer darzustellen. Von dieser Möglichkeit daher häufig Gebrauch, wenn sie von ihren Geschäftsführern verklagt werden. Die Geltendmachung eines Haftungsanspruchs ist deshalb oft die Retourkutsche auf die Klage von Geschäftsführern auf Feststellung der Unwirksamkeit ihrer Kündigung. Regressansprüche wegen geringfügiger operativer Fehler, an deren Geltendmachung die Gesellschafter in unbelasteter Zeit niemals gedacht hätten, werden dem Geschäftsführer im Trennungsprozess zur Abschreckung entgegengehalten.

## VIII.

**D&O-Versicherung**

In der Trennungssituation besteht deshalb ein erhöhtes Risiko, Ansprüchen aus Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG ausgesetzt zu werden. Eine D&O-Versicherung ist deshalb für jeden Geschäftsführer von höchster Wichtigkeit. Die „Directors and Officers Liability Insurance“ (D&O-Versicherung) soll einerseits Organmitglieder vor dem Verlust ihres Privatvermögens infolge persönlicher Haftung bewahren und andererseits den Anstellungsunternehmen eine Absicherung für die Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen gegen ihre Organe durch einen solventen Schuldner in Gestalt des D&O-Versicherers verschaffen. Es handelt sich um eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, die von der Gesellschaft zugunsten des Geschäftsführers abgeschlossen wird. Bei sog. Innenhaftungsschäden (§ 43 Abs. 2 GmbHG) – also der Haftung des Geschäftsführers ggü. der Gesellschaft - ersetzt sie der GmbH den Schaden, den der Geschäftsführer schuldhaft verursacht hat. So wird einerseits der Geschäftsführer geschützt, andererseits aber auch die GmbH, insbesondere für den Fall, dass der Geschäftsführer nicht leistungsfähig ist. Die GmbH zahlt die Versicherungsprämien somit nicht nur um Schaden vom Geschäftsführer abzuwehren, sondern häufig liegt es sogar in Ihrem Interesse, dass ein Schadensersatzanspruch ggü. dem Geschäftsführer bejaht wird. Dann erhält sie vom D&O-Versicherer die Versicherungsleistung für einen Schaden ausbezahlt, den sie ggü. dem Geschäftsführer vielleicht gar nicht geltend gemacht hätte und den dieser möglicherweise gar nicht hätte erstatten können.

Diese Struktur der D&O-Versicherung bietet Anreize für Missbrauch gegenüber dem Versicherer. Gesellschaften, die Versicherungen für Ihre Geschäftsführer abgeschlossen haben, können versucht sein, durch konstruierte Schadensfälle Leistungen zu erschleichen. Versicherten Gesellschaften geht es oft gar nicht um die Schadensabwehr, sondern ganz im Gegenteil um die Schadensdurchsetzung und zwar auf Kosten des Versicherers. Die an sich vorrangige Abwehrfunktion der Versicherung tritt gegenüber der Schadensausgleichsfunktion in den Hintergrund. Zum Schutz der D&O-Versicherer enthalten die Versicherungsbedingungen deshalb zahlreiche Besonderheiten in Form von Ausschlussstatbeständen und Sonderklauseln (Eigenschadensklausel, claims made-Prinzip, Pflicht zur Zusammenarbeit mit Rechtsanwalt der Versicherung etc.) Aufgrund dieser komplexen unterschiedlichen Interessenlage der Beteiligten ist die Abwicklung eines D&O-Schadens oft tückisch.

Als Geschäftsführer einer GmbH sollten Sie schon vor Antritt ihres Amtes und bei Abschluss des Geschäftsführer Dienstvertrages sicherstellen, dass die Gesellschaft eine D&O-Versicherung für Sie abschließt. Sollte das nicht möglich sein, besteht die Möglichkeit, selbst eine D&O-Versicherung abzuschließen (sog. persönliche D&O-Police).

Zeichnet sich ein Haftungsfall ab, kann für den Geschäftsführer ein Blick in den Dienstvertrag lohnend sein. Dort sind nicht selten Ausschlussfristen geregelt wie z.B.: „*Alle Ansprüche aus dem Anstellungsverhältnis und solche, die mit dem Anstellungsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von sechs Monaten geltend gemacht werden.*“

Solche Klauseln werden von Arbeitgebern standardmäßig in Arbeitsverträgen verwendet, um sicherzustellen, dass die Arbeitnehmer sie nicht noch Jahre nach dem Entstehen von Vergütungsansprüchen mit Zahlungsklagen überziehen können. Wirksam sind Ausschlussklauseln aber nur, wenn sie beiderseitig gelten sollen, also auch der Arbeitgeber etwaige Ansprüche innerhalb der Frist geltend machen muss. Darin liegt für den Arbeitgeber häufig der Haken. Verwendet er eine in Arbeitsverträgen übliche Ausschlussfrist gewohnheitsmäßig auch in einem Geschäftsführeranstellungsvertrag, so erfasst sie im Zweifel nicht nur vertragliche Ansprüche auf Vergütung, boni, Zulagen etc., sondern auch die organschaftliche Haftung des Geschäftsführers auf § 43 Abs. 2 GmbHG. Die Gesellschaft muss im Anstellungsvertrag organschaftliche Haftungsansprüche aus § 43 Abs. 2 GmbHG ausdrücklich von der Ausschlussfrist ausnehmen. Geschieht dies – wie häufig – nicht, schlägt die Wirkung der Ausschlussfrist auf das Organverhältnis durch. Davon geht der BGH insbesondere aus, wenn der Anstellungsvertrag nicht nur die Stellung des Geschäftsführers als einer zur Erbringung von Diensten verpflichteter Person regelt, sondern auch dem Organverhältnis zuzuordnende Bestimmungen enthält wie die Verpflichtung, in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden ([BGH, Urteil vom 16.09.2002 – II ZR 107/01](#)). Enthält der Anstellungsvertrag eine Ausschlussfrist, die die Organhaftung nicht ausdrücklich ausnimmt, kann sich die Regelung der Ausschlussfrist für den Geschäftsführer als Rettungsanker gegen die persönliche Haftung erweisen.

## IX.

### **Durchsetzung von Vergütungs- und Abfindungsansprüchen**

Kündigt die Gesellschaft den Anstellungsvertrag des Geschäftsführers fristlos, erhält er ab dem Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung kein Gehalt mehr. Die Durchsetzung von Vergütungsansprüchen kann dann existentielle Bedeutung haben. Es geht für den Geschäftsführer nicht nur darum, die Wirksamkeit der Kündigung anzugreifen, sondern schnell Zahlungsansprüche durchzusetzen, um den Lebensunterhalt sicherzustellen. In dieser Situation kann eine Zahlungsklage im Urkundenverfahren helfen.

Der Urkundenprozess ist ein vereinfachtes zivilprozessuales Verfahren. Als Beweismittel sind hier nur Urkunden zugelassen, also insbesondere keine Zeugen. Durch einen Urkundenprozess kann deshalb schnell ein vollstreckbarer Zahlungstitel erlangt werden. Das ist für

GmbH-Geschäftsführer interessant, wenn die GmbH z. B. sein Gehalt nicht bezahlt, weil sie fristlos gekündigt hat oder meint, Gegenansprüche zu haben, etwa Schadensersatzansprüche wegen Organhaftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG.

Nach § 592 Abs. 1 ZPO kann ein Zahlungsanspruch im Urkundenprozess geltend gemacht werden, wenn alle Tatsachen, die zur Begründung des Anspruchs erforderlich sind, durch Urkunden bewiesen werden können. Um ein vorläufig vollstreckbares Zahlungsurteil zu erhalten, genügt meistens die Vorlage des Dienstvertrages als Beweis für den Gehaltsanspruch. Die Verteidigung der Gesellschaft gegen den Zahlungsanspruch des Geschäftsführers ist in gleicher Weise beschränkt, sie kann die fristlose Kündigung oder ihre Gegenansprüche aus Geschäftsführerhaftung ebenfalls nur durch die Vorlage von Urkunden beweisen. Das gelingt im Regelfall nicht, weil der wichtige Grund für die fristlose Kündigung oder der Haftungstatbestand der Geschäftsführerhaftung kaum einmal nur durch die Vorlage von Dokumenten bewiesen werden können. Die Gesellschaft kann ein Zahlungsurteil im Urkundenprozess also selten verhindern. Erst im Nachverfahren – der zweiten Phase des Urkundenprozesses – kann sie sich auf den Zeugenbeweis berufen.

Ist der Geschäftsführer - ausnahmsweise - Arbeitnehmer oder ist für seine Gehaltsklage das Arbeitsgericht zuständig, weil die Organstellung schon beendet ist, kann er allerdings vor dem Arbeitsgericht nicht im Wege des Urkundenprozesses vorgehen. Diese Möglichkeit besteht nur vor den Landgerichten.

**X.****Checkliste**

**Was Sie tun sollten, wenn sich eine Trennung abzeichnet:**

**1. Klärung der vertraglichen Grundlagen:**

Sichten und Zusammenstellen der vertraglichen Grundlagen des Geschäftsführeramts  
(Geschäftsführervertrag, Änderungsvereinbarungen, vorhergehende Arbeitsverträge)

**2. Klärung des Versicherungsschutzes:**

- Rechtsschutzversicherungspolice

(Familienrechtsschutz mit Arbeitsrechtsschutz, Anstellungsvertragsrechtsschutz?)

- D&O Versicherungspolice:

Ist mein Geschäftsführungsamt von einer D&O-Versicherung der Gesellschaft für ihre Organe erfasst?

Liegt mir eine Kopie des Versicherungsvertrags vor? (Falls nein: umgehend anfordern!)

Besteht eine persönliche D&O-Versicherung?

**3. Prüfung von Klagefristen:**

- Handelt es sich bei meinem Anstellungsvertrag um ein Arbeitsverhältnis? Kann ich deshalb Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz geltend machen? **(In diesem Fall muss die dreiwöchige Ausschlussfrist für die Klageerhebung beachtet werden!)**

**4. Abklärung Haftungsrisiko:**

Enthält der Anstellungsvertrag Regelungen über die Haftungsbegrenzung?

(Ausschluss der Haftung für einfache Fahrlässigkeit, betragsmäßige Haftungsbeschränkung, Verkürzung der Verjährungsfrist, Ausschlussfristen?)

Dr. Rolf Stagat  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Fachanwalt für Arbeitsrecht