

## Gesellschaftsrecht

13 Erb, GmbHHR 2014, 105 mit Komm. *Kotzenberg/Maetz*; Az. des BFH: II R 51/13).

**Dr. Thomas Wachter, Notar, München**

**Geschäftsführer: Anspruch auf erhöhte Vergütung des bei der KG angestellten Geschäftsführers einer Komplementär-GmbH nach Gehaltserhöhung durch Insihgeschäft**

BGB § 611

**Vereinbart der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, der einen Anstellungsvertrag mit der KG abgeschlossen hat und nur im Verhältnis zur GmbH von den Beschränkungen nach § 181 BGB befreit ist, mit sich selbst eine Gehaltserhöhung ohne vorheriges Einverständnis der Gesellschafterversammlung der GmbH, ist die Vertragsänderung nach § 181 BGB schwebend unwirksam. Wird die Änderung nicht genehmigt, hat er nach den Grundsätzen des Anstellungsverhältnisses auf fehlerhafter Vertragsgrundlage einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung, wenn er seine Tätigkeit mit Kenntnis des für den Vertragsschluss zuständigen Organs oder zumindest eines Organmitglieds von der Erhöhungsvereinbarung fortgesetzt hat.**

BGH, Urt. v. 15.4.2014 – II ZR 44/13

► Aus dem Tatbestand:

[1] Der Kläger (Kl.) war seit 1996 Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der beklagten KG. Einziger Kommanditist und einziger Gesellschafter der GmbH – zeitweise vermittelt durch ein Treuhandverhältnis – war ES. Als Geschäftsführer der Komplementärin war der Kl. von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

[2] Unter dem Datum 1.1.1997 unterschrieb er sowohl für sich als auch für die beklagte KG einen Geschäftsführerdienstvertrag, der eine Jahresvergütung von 72.000 DM (36.813,02 €) vorsah. Im eigenen und im Namen der Beklagten (Bekl.) erhöhte sich der Kl. seine Geschäftsführerbezüge seither mehrfach, seit 2002 auf 122.760 €, später auf 132.104,44 € pro Jahr. Die Bekl. wies seit 1996 außer im Jahr 1998 jeweils Jahresfehlbeträge auf. Ihr Finanzbedarf wurde von ihrem einzigen Kommanditisten gedeckt, der der Geschäftsführung der Bekl. für die Jahre 2002 bis 2008 Entlastung erteilte.

[3] Am 19.2.2009 wurde der Kl. als Geschäftsführer der Komplementärin abberufen, am 7.4.2009 kündigte die Bekl. den Dienstvertrag aus wichtigem Grund.

[4] Der Kl. hat mit der Klage sein monatliches Gehalt von 11.008,62 € für November 2008 bis Mai 2009, insgesamt 77.060,34 € brutto, nebst Zinsen abzüglich im Oktober 2008 gezahlter 2.000 € netto verlangt. Mit der Widerklage hat die Bekl. Rückzahlung der geleisteten Gehaltszahlungen von 2006 bis Oktober 2008 einschließlich Steuerzahlungen bis Februar 2009 i.H.v. 385.331,21 €, Schadensersatz i.H.v. 49.544,41 € wegen überhöhter Vergütungszahlungen an die Ehefrau des Kl. und Hotelübernachtungskosten für eine Reise in China von 644,23 €, zusammen 435.519,85 €, geltend gemacht.

[5] Das LG hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen [*LG Berlin v. 29.2.2012 – 8 O 373/09*]. Auf die Berufung der Bekl. hat das Kammergericht die Bekl. unter

Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 40.889,16 € brutto nebst Zinsen abzüglich 2.000 € netto und den Kl. auf die Widerklage aufgrund seines Anerkenntnisses unter Abweisung der weitergehenden Widerklage zur Zahlung von 644,23 € verurteilt [*KG Berlin v. 20.12.2012 – 23 U 53/12*]. ...

► Aus den Entscheidungsgründen:

[6] Die Revision der Bekl. hat teilweise Erfolg und führt insoweit zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. ... II. ...

**1. Zur Wirksamkeit des Anstellungsvertrags sowie der späteren Gehaltserhöhungen**

[11] Das Berufungsgericht hat zwar zutreffend erkannt, dass zwischen den Parteien ein nach den Grundsätzen des Anstellungsverhältnisses auf fehlerhafter Vertragsgrundlage als wirksam zu behandelndes Vertragsverhältnis zustande gekommen ist, aufgrund dessen dem Kl. ein Anspruch auf das ursprünglich vereinbarte Gehalt zusteht. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen jedoch nicht seine Entscheidung, dass der Kl. auch einen Anspruch auf die erhöhten Bezüge hat.

[12] a) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass dann, wenn ein Geschäftsführer der Komplementär-GmbH – wie hier – einen Anstellungsvertrag mit der KG abschließt, er aber nur im Verhältnis zur GmbH von dem Verbot des § 181 BGB grundsätzlich schwebend unwirksam ist und auf den nicht genehmigten Anstellungsvertrag die Grundsätze des Anstellungsverhältnisses auf fehlerhafter Vertragsgrundlage anwendbar sind (BGH v. 16.1.1995 – II ZR 290/93, ZIP 1995, 377 = GmbHHR 1995, 306). Voraussetzung dafür ist, dass der Geschäftsführer seine Tätigkeit auf der Grundlage des Anstellungsvertrags aufgenommen hat und dies mit Wissen des für den Vertragsschluss zuständigen Gesellschaftsorgans oder jedenfalls eines Organmitglieds geschah (BGH v. 16.1.1995 – II ZR 290/93, ZIP 1995, 377 = GmbHHR 1995, 306; v. 8.3.1973 – II ZR 134/71, WM 1973, 506; v. 6.4.1964 – II ZR 75/62, BGHZ 41, 282 [287 f.]; vgl. auch BGH v. 3.7.2000 – II ZR 282/98, ZIP 2000, 1442 [1443] = GmbHHR 2000, 876 m. Komm. *Haase*). Die Vereinbarung ist dann für die Dauer der Geschäftsführertätigkeit so zu behandeln, als wäre sie mit allen gegenseitigen Rechten und Pflichten wirksam (vgl. BGH v. 16.1.1995 – II ZR 290/93, ZIP 1995, 377 = GmbHHR 1995, 306, m.w.N.).

[13] Eine Kenntnis des zuständigen Organs hat das Berufungsgericht für den Abschluss des Anstellungsvertrags rechtsfehlerfrei festgestellt. Zuständiges Organ für den Abschluss eines Anstellungsvertrags zwischen dem Geschäftsführer und der KG ist die GmbH als die geschäftsführende Gesellschafterin der KG, handelnd durch ihren Geschäftsführer oder – wenn es wie hier um den Anstellungsvertrag des einzigen Geschäftsführers geht – durch die Gesellschafterversammlung (BGH v. 1.12.1969 – II ZR 224/67, WM 1970, 249 [251] = GmbHHR 1970, 132 [LS]), hier also durch den Alleingesellschafter der GmbH, ES. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass diesem, obwohl er keinem Anstellungsvertrag zugestimmt hatte, bekannt war, dass der Kl. als Geschäftsführer tätig war und Gehalt bezog. Auch die Höhe des unwirksam vereinbarten Jahresgehalts entsprach mit 72.000 DM den Vorstellungen des Alleingeschafters.

## Gesellschaftsrecht

[14] b) Vereinbart der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, der einen Anstellungsvertrag mit der KG abgeschlossen hat und nur im Verhältnis zur GmbH von den Beschränkungen nach § 181 BGB befreit ist, mit sich selbst eine Gehaltserhöhung, ist die Vertragsänderung ebenfalls nach § 181 BGB schwebend unwirksam. Wird die Änderung nicht genehmigt, hat er nach den Grundsätzen des Anstellungsverhältnisses auf fehlerhafter Vertragsgrundlage einen Anspruch auf die erhöhte Vergütung, wenn er seine Tätigkeit mit Kenntnis des für den Vertragsschluss zuständigen Organs oder zumindest eines Organmitglieds von der Erhöhungsvereinbarung fortgesetzt hat.

[15] Für eine Änderung des Anstellungsvertrags gilt im Grundsatz nichts anderes als für das fehlerhaft begründete Anstellungsverhältnis (vgl. auch BAG v. 5.9.1973 – 4 AZR 549/72, juris Rz. 22 f.). Die Schwierigkeiten einer Rückabwicklung ähneln denen bei fehlerhaft begründeten Anstellungsverhältnissen, insbesondere bietet eine Rückabwicklung über §§ 812 ff. BGB keine sachgerechte Lösung. Der Geschäftsführer, der seine Dienste im Vertrauen auf eine wirksame Erhöhung der Bezüge weiter erbracht hat, ist gegenüber einer insbesondere bei langer Beschäftigungsdauer möglicherweise bestehenden Rückzahlungspflicht ebenso schutzwürdig wie beim erstmaligen Abschluss eines Anstellungsvertrags. Ohne Anwendung der Grundsätze des Anstellungsverhältnisses auf fehlerhafter Vertragsgrundlage käme es auch zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass eine in einem ersten, unwirksamen Vertrag vereinbarte Prüfungsklausel zu einer Vergütungsanpassung führen kann (vgl. dazu BGH v. 8.3.1973 – II ZR 134/71, WM 1973, 506), nicht jedoch eine aus den gleichen Gründen unwirksame spätere Vertragsänderung.

[16] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts setzt die Anwendung der Grundsätze über das Anstellungsverhältnis auf fehlerhafter Vertragsgrundlage auf eine wegen § 181 BGB unwirksame Vereinbarung über die Erhöhung der Bezüge aber voraus, dass der Geschäftsführer seine Tätigkeit mit Kenntnis des für den Vertragsschluss zuständigen Organs oder mindestens eines Organmitglieds von der Erhöhung fortgesetzt hat, ohne dass es auf die Kenntnis der genauen Höhe ankommt. Die Kenntnis des zuständigen Organs nur von der Tätigkeit als Geschäftsführer und ihrer Fortsetzung rechtfertigt es noch nicht, unwirksame Erhöhungen der Bezüge als wirksam zu behandeln. Anders als bei der Begründung eines Anstellungsverhältnisses, bei der die zuständigen Organe davon ausgehen können, dass der Geschäftsführer nicht unentgeltlich tätig wird, lässt die Fortsetzung der Tätigkeit allein nicht erkennen, dass der Geschäftsführer sie nur gegen erhöhte Bezüge fortsetzt. Der Verzicht auf die Kenntnis des Organs oder eines Organmitglieds würde dazu führen, dass der Geschäftsführer sich beliebig Gehaltserhöhungen und andere Leistungen verschaffen könnte. Er ist aber nur schutzwürdig, wenn eine unwirksame Vereinbarung redlicherweise getroffen ist. Auch wenn eine Befreiung von § 181 BGB wirksam wäre, stellte eine Vereinbarung unter Missachtung des Interesses oder des Willens des zuständigen Organs regelmäßig einen Vollmachtsmissbrauch dar, der zur Nichtigkeit des Geschäfts wegen sittenwidriger Kollusion führen würde (vgl. BGH v. 28.1.2014 – II ZR 371/12, ZIP 2014, 615 = GmbHR 2014, 421, Rz. 10). Auf einer fehlerhaften Vertragsgrundlage kann der Geschäftsführer nicht besser stehen. Um derartigen Missbräuchen vorzubeugen, ist es zumindest erforderlich, dass ein Organmitglied Kenntnis von der Gehaltserhöhung hat.

[17] Die Gesellschaft ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht ausreichend durch eine Schadensersatzhaftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG geschützt, so dass auf die Kenntnis des Organs oder jedenfalls eines Organmitglieds verzichtet werden könnte. Zwar erstreckt sich der Schutzbereich der durch die Bestellung begründeten organschaftlichen Sonderrechtsbeziehung zwischen der Komplementär-GmbH und ihrem Geschäftsführer im Hinblick auf seine Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG im Falle einer sorgfaltswidrigen Geschäftsführung auf die KG, jedenfalls wenn die alleinige oder wesentliche Aufgabe einer Komplementär-GmbH in der Führung der Geschäfte der KG besteht (BGH v. 18.6.2013 – II ZR 86/11, BGHZ 197, 304 = GmbHR 2013, 1044 m. Komm. Werner, Rz. 15, m.w.N.). Im Abschluss eines (unerkannt) wegen eines Verstoßes gegen § 181 BGB unwirksamen Vertrags liegt aber nicht stets eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers, die zur Haftung führt.

[18] Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass der Alleingesellschafter auch von den Erhöhungsvereinbungen Kenntnis hatte oder sich aufdrängenden Möglichkeiten der Kenntnisnahme in einer Art und Weise bewusst verschlossen hat, dass dies nach Treu und Glauben der Kenntnis gleichsteht. Damit ist die Klage im Umfang der ursprünglichen Gehaltsvereinbarung begründet, im Übrigen bedarf es noch weiterer Feststellungen.

## 2. Zur Verzichtswirkung einer Entlastungsentscheidung

[19] Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht auch die Widerklage abgewiesen, soweit der Kl. nicht ein Anerkenntnis erklärt hat und soweit ihm das ausbezahlte Gehalt in Höhe der im ersten Anstellungsvertrag vereinbarten 36.813,02 € Jahresgehalt zustand.

[20] a) Die Verneinung von Bereicherungs- und Schadensersatzansprüchen wegen der erhöhten Bezüge ist rechtsfehlerhaft, weil hinsichtlich der Erhöhungen der Bezüge eine nach den Grundsätzen der fehlerhaften Vertragsgrundlage zu behandelnde Änderungsvereinbarung nicht festgestellt ist. Dagegen standen dem Kl. jedenfalls die ursprünglich vereinbarten 36.813,02 € Jahresgehalt nach den Grundsätzen des Anstellungsvertrags auf fehlerhafter Vertragsgrundlage zu.

[21] Soweit das Berufungsgericht die Abweisung der Widerklage hilfsweise auf die Verzichtswirkung der Entlastungsbeschlüsse stützt, ist seine Entscheidung nicht frei von Rechtsfehlern. Eine GmbH oder KG ist nach einer Entlastung der Geschäftsführer mit Ersatzansprüchen auch aus Bereicherungsrecht ausgeschlossen, die der Gesellschafterversammlung bei sorgfältiger Prüfung der Vorlagen und Berichte erkennbar waren, oder von denen alle Gesellschafter privat Kenntnis hatten (BGH v. 20.5.1985 – II ZR 165/84, BGHZ 94, 324 [326] = GmbHR 1985, 356; v. 21.4.1986 – II ZR 165/85, BGHZ 97, 382 [384] = GmbHR 1986, 260; v. 13.3.2012 – II ZR 50/09, ZIP 2012, 1197, Rz. 31, jeweils für die GmbH). Dass dem Alleingesellschafter die Zahlung von mehr als 72.000 DM Jahresgehalt aus Vorlagen und Berichten erkennbar oder privat bekannt war, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Die Erkennbarkeit von Gehaltserhöhungen, weil die Zahlungen die Lohnbuchhaltung durchlaufen haben und er die jeweils aktuelle Gehaltshöhe leicht hätte in Erfahrung bringen können, genügt nicht. Das Berufungsgericht hat

## Gesellschaftsrecht

nicht festgestellt, welche Unterlagen dem Gesellschafter vorlagen. Dass die Zahlungen die Lohnbuchhaltung durchlaufen haben, besagt nichts dazu, dass sie aus den dem Alleingesellschafter vorgelegten Unterlagen erkennbar waren; auf eine Verschleierung kommt es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht an.

[22] b) Nicht frei von Rechtsfehlern ist auch die Abweisung von Schadenersatzansprüchen wegen der Gehaltszahlungen an die Ehefrau des Kl. Zu einer Verzichtswirkung der Entlastungsentscheidung fehlen wiederum Feststellungen, dass die Vereinbarungen über ihre Anstellung und die Gehaltszahlungen aus Vorlagen und Berichten zu entnehmen waren.

[23] Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht einen Schadenersatzanspruch für ausgeschlossen erachtet, weil der Kl. zur Auszahlung aufgrund des wirksam mit seiner Ehefrau abgeschlossenen Arbeitsvertrags verpflichtet gewesen sei. Pflichtwidriges, zum Schadenersatz führendes Ereignis i.S.v. § 43 Abs. 2 GmbHG war nach dem Vortrag der Bekl. der Abschluss des Vertrags mit der Ehefrau und die Erhöhung der Vergütung. Für den darauf gestützten Schadenersatzanspruch ist es ohne Bedeutung, ob der Vertrag mit der Ehefrau wirksam war.

### 3. Keine Einwilligung oder Genehmigung

[24] Das Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

[25] a) Der Kl. hat zwar unter Beweisanspruch vorgetragen, dass er die Erhöhungen jeweils mit dem Alleingesellschafter abgestimmt hat und dieser davon Kenntnis hatte, so dass über die Anwendung der Grundsätze des Anstellungsverhältnisses auf fehlerhafter Vertragsgrundlage hinaus auch eine Einwilligung oder eine Genehmigung in Frage kommt. Dazu hat das Berufungsgericht aber keine Feststellungen getroffen.

[26] Entgegen der Revisionserwiderung ist nicht jedenfalls für die Widerklage davon auszugehen, dass eine Genehmigung vorlag, weil die Bekl. ihr Fehlen nicht bewiesen hat. Die Beweislast dafür, dass eine von dem Geschäftsführer an sich veranlasste Auszahlung berechtigt war, liegt beim Geschäftsführer. In der Auszahlung einer nicht geschuldeten Vergütung liegt eine zum Schadenersatz verpflichtende Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 43 Abs. 2 GmbHG. Nach den allgemeinen Grundsätzen hat die Gesellschaft nur die Auszahlung ohne vertragliche Vereinbarung darzulegen, während der Geschäftsführer darlegen und beweisen muss, dass ihm die ausgezahlte Vergütung zustand (BGH v. 26.11.2007 – II ZR 161/06, ZIP 2008, 117 = GmbHR 2008, 144, Rz. 3 u. 4).

[27] b) Auch zur Entlastung verweist die Revisionserwiderung zwar zutreffend darauf, dass der Gesellschafter bei seiner Anhörung vor dem LG ausweislich des vorliegenden Sitzungsprotokolls nicht ausgeschlossen hat, Gehaltsüberblickslisten angesehen zu haben. Feststellungen dazu haben aber weder das LG noch das Berufungsgericht getroffen.

### III.

[28] Das Schlussurteil des Berufungsgerichts ist aufzuheben, soweit die Bekl. zur Zahlung von mehr als 11.318,94 € brutto nebst Zinsen abzüglich gezahlter 2.000 € netto verurteilt ist und die Widerklage, abgesehen von dem anerkannten Teil, über mehr als 104.303,54 € ab-

gewiesen ist. Dem Kl. stehen jedenfalls 11.318,94 € zu (für November 2008 bis Januar 2009 jeweils 3.067,75 € [36.813,02 € Jahresgehalt geteilt durch 12] zzgl. für Februar 2009 2.115,69 € [20/29 von 3.067,75 €]). Die Widerklage ist jedenfalls hinsichtlich der im Anstellungsvertrag vereinbarten Jahresgehälter 2006 und 2007 (jeweils 36.813,02 €) sowie der Bezüge für Januar bis Oktober 2008 (10 mal 3.067,75 €), zusammen 104.303,54 €, unbegründet. Im Übrigen ist die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif.

### Der GmbHR-Kommentar

Das Verfahren über drei Instanzen hat eine bemerkenswerte Entwicklung allein von den deutlich divergierenden Ergebnissen her zu verzeichnen. Das LG hat dem Antrag auf Zahlung von 77.060,34 € brutto aus dem als wirksam eingetragenen Dienstvertrag v. 1.1.1997 zugesprochen und die Widerklage (begehrt wurden von der Beklagten die Zahlung von 435.519,85 €) abgewiesen. Die zweite Instanz hat der Klage im Umfang von 40.889,16 € stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Der BGH hat mit dem vorstehend abgedruckten Ur. v. 15.4.2014 – II ZR 44/13 das Berufungsurteil aufgehoben, soweit die Beklagte zur Zahlung von mehr als 11.318,00 € verurteilt worden sei. Auch zur Widerklage hat sich der BGH anders positioniert. Es wurde schließlich zurückverwiesen.

Auf diese unterschiedliche Bewertung durch drei Instanzen soll anhand folgender Punkte gesondert hingewiesen werden:

#### I. Die Wirksamkeit des Vertrags und der Gehaltserhöhungen

Es geht um den späteren Vertrag des Klägers mit der Beklagten mit Wirkung ab 1.1.1997. Denn dort unterschrieb der Kläger für sich und für die Beklagte einen Geschäftsführer-Dienstvertrag, der eine Jahresvergütung von 72.000 DM (36.813,02 €) vorsah und eine Kündigungsfrist von 12 Monaten zum Kalenderjahresende. Später erhöhte der Kläger im Namen der Beklagten seine Geschäftsführerbezüge mehrfach, zunächst auf 122.760,00 €, später auf 132.103,44 €, also 11.008,62 € monatlich.

Dieser Dienstvertrag wurde vom LG für schwebend unwirksam gehalten. Da der Kläger jedoch ab 1.1.1997 Geschäftsführer der GmbH und als solcher von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit gewesen sei, habe ihm dies sofort die Möglichkeit eröffnet, dass er als Organwalter der Komplementärin beim Abschluss des Dienstvertrags mit sich selbst und der späteren zweimaligen Gehaltserhöhung die gemäß § 181 BGB zur Wirksamkeit der Verträge erforderliche Genehmigung der Beklagten selbst zu erteilen. Zwar konzidierte das LG, dass es sich in den vorliegenden Maßnahmen des Geschäftsführers nicht um eine schlichte Maßnahme der Geschäftsführung handelte, sondern um den Abschluss eines Dienstvertrags der beklagten KG mit dem Geschäftsführer des Unternehmens, wofür der Gesellschafter der Beklagten zuständig gewesen sei; daraus ergebe sich jedoch nichts anderes. Die Alleingesellschafterin beschloss ab 2002 die Entlastung des Geschäftsführers der Beklagten. Vor diesem Hintergrund bedurfte es somit keiner Ausführungen zum fehlerhaften Anstellungsvertrag. Letztlich wurde die Beklagte antragsgemäß verurteilt.

Das Kammergericht hat bestätigt, dass die Festsetzung und Änderung der Vergütung für die Geschäftsführung der

## Gesellschaftsrecht

Komplementärin jedenfalls keine gewöhnliche Maßnahme der Geschäftsführung gewesen sei, sondern insbesondere wegen des engen Sachzusammenhangs zum Gesellschaftsverhältnis zwischen KG und Komplementärin sowie zur Organstellung sowie der hiermit verbundenen potentiellen Missbrauchsgefahr jedenfalls in die Kompetenz der Gesellschafterversammlung gefallen wäre, wenn der einzige Geschäftsführer der Komplementärin nur im Verhältnis zur GmbH, nicht aber im Verhältnis zur KG von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sei.

Der II. Senat des BGH hat diese Linie des Kammergerichts vom Grundsatz her bestätigt. Unter der Rz. 12 hat der BGH ausgeführt, dass der Vertrag vorliegend nach § 181 BGB schweben unwirksam sei und auf den nicht genehmigten Anstellungsvertrag die Grundsätze des Anstellungsverhältnisses auf fehlerhafte Vertragsgrundlage anwendbar wären. Voraussetzung dafür sei, dass der Geschäftsführer seine Tätigkeit auf der Grundlage des Anstellungsvertrags aufgenommen hat und dies mit Wissen des für den Vertragsschluss zuständigen Geschäftsorgans oder jedenfalls eines Organmitglieds geschah. Dies konnte der BGH bestätigen und führte aus, dass zwar, wenn es sich hier um den Anstellungsvertrag des einzigen Geschäftsführers geht, die Gesellschafterversammlung zuständig sei, so konnte gleichwohl das Wissen um den Anstellungsvertrag bejaht werden. Bekannt war, dass der Kläger als Geschäftsführer tätig gewesen sei und Gehalt bezog. Auch die Höhe des unwirksam vereinbarten Jahresgehalts hätte den Vorstellungen des Alleingeschafters entsprochen. Letztlich wurde somit ein Anspruch des Klägers auf das ursprüngliche Jahresgehalt i.H.v. 36.813,02 € bestätigt.

Ist, wie vorliegend, die Komplementär-GmbH die einzige persönlich haftende Gesellschafterin, so ist mangels anderer gesellschaftsvertraglicher Regelungen ausschließlich sie zur Führung der KG-Geschäfte gemäß §§ 161 Abs. 2, 114 HGB berechtigt und verpflichtet. Als juristische Person handelt die Komplementär-GmbH durch die Geschäftsführung. Nach den allgemeinen Vorschriften zur KG bedeutet dies, dass grundsätzlich zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen zu unterscheiden ist. Diese Unterscheidung hat der BGH unter der Rz. 16 ergänzend thematisiert. Für die Befreiung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB – wie im vorliegenden Fall der Kläger – ist jedoch im Verhältnis zur KG eine entsprechende Befreiung im Gesellschaftsvertrag der KG oder durch KG-Gesellschafterbeschluss erforderlich. Diese darf sich nicht nur auf die Komplementär-GmbH, sondern muss sich auch auf deren Geschäftsführer beziehen. Seine Befreiung bei der Komplementär-GmbH reichte somit nicht (BGH v. 7.2.1972 – II ZR 169/69, GmbHR 1972, 214; *Blaum* in Westermann, Handbuch Personengesellschaften, Stand 2013, Bd. 1, Rz. 3208 f.).

## II. Genehmigung durch Entlastung?

Das LG hat den seit 2002 erfolgten Entlastungsbeschlüssen die Wirkung zugestanden, dass der Alleingeschafter damit einverstanden gewesen sei, dass der Kläger überhaupt ein Gehalt und dass er dies in der ausgezahlten Höhe bezog. Dies alles sei als (konkludente) Genehmigung zu verstehen, so dass der Dienstvertrag seitens der Beklagten gemäß § 177 Abs. 1, § 181 BGB, handelnd durch ihre Komplementärin, wiederum handelnd durch den Kläger, insgesamt wirksam sei.

Das Kammergericht bewertete die vom alleinigen Kommandantisten der KG und alleinigen Gesellschafter der GmbH unterschriebenen Beschlüsse über die Entlastung der Geschäftsführung nicht als Genehmigung des Vertrags v. 1.1.1997 nebst späteren Änderungen. Denn die Entlastung sei lediglich Billigung der bisherigen Amtsführung der Gesellschafter als Bestandteil der allgemeinen Aufsicht der Gesellschafter über die Geschäftsführung und damit zuallererst ein „innenpolitischer Akt“ der Gesellschaft (vgl. *Bayer* in Lutter/Hummelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 46 Rz. 26).

Der BGH sah in der Handlungsweise der Geschäftsorgane (z.B. Entlastungsbeschlüsse) ebenfalls keine konkludente Genehmigung, womit insgesamt die Unwirksamkeit der Verträge und der selbst durch den Geschäftsführer unterzeichneten Gehaltserhöhungen letztinstanzlich feststand.

## III. Der fehlerhafte Anstellungsvertrag

Somit war über die Abwicklung des fehlerhaften Vertrags zwangsläufig zu befinden.

Ein unwirksamer Geschäftsführer-Anstellungsvertrag ist unter Heranziehung der Grundsätze zu dem fehlerhaften Arbeitsverhältnis für die Dauer der Geschäftsführer-Tätigkeit als wirksam zu behandeln (BGH v. 26.1.1995 – IX ZR 99/94, NJW 1995, 1159; v. 3.7.2000 – II ZR 282/98, GmbHR 2000, 876 m. Komm. *Haase*). Hat der Geschäftsführer seine Tätigkeit auf der Grundlage des geltungslosen Anstellungsvertrags – wie vorliegend – aufgenommen und geschah dies mit Wissen des für den Vertragsabschluss zuständigen Geschäftsorgans oder auch nur eines Organmitglieds, sei diese Vereinbarung für die Dauer der Geschäftsführer-Tätigkeit so zu behandeln, als wäre sie mit allen gegenseitigen Rechten und Pflichten wirksam (BGH v. 26.1.1995 – IX ZR 99/94, NJW 1995, 1159, unter II.2.: *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh. zu § 6 Rz. 73). Konsequenz daraus ist, dass dem Geschäftsführer für die Dauer seiner Beschäftigung Geschäftsführer-Bezüge in der versprochenen und nicht etwa bloß in angemessener Höhe zustehe (vgl. auch BGH v. 6.4.1964 – II ZR 75/62, NJW 1964, 1367, a.A. zur Höhe der Vergütung *Meier*, NZA 2011, 267 [269]). Die genannten Grundsätze finden angesichts der gleichen Interessenlage auch Anwendung, wenn der Geschäftsführer der persönlich haftenden GmbH den Anstellungsvertrag für die KG unter Verstoß gegen § 181 BGB mit sich selbst abschließe (so auch *Meier*, NZA 2011, 267 [269]). Denn auch der KG obliegt gegenüber demjenigen, den sie ohne wirksamen Anstellungsvertrag beschäftigt, eine Fürsorgepflicht und diese Pflicht verbiete es, den Ausgleich für die ungerechtfertigte Bereicherung maßgebenden Vorschriften zu suchen (vgl. auch *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, Anh. § 6 Rz. 73 f.; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 35 Rz. 170). Der BGH betont, dass diese Überlegungen auch für die durchgeführten Änderungen des Anstellungsvertrags grundsätzlich zu gelten haben (Rz. 15). Die vom BGH geforderte Kenntnis wurde für die Erhöhung entgegen den Vorinstanzen zu Recht verneint. Denn es vermag nicht zu überzeugen, dass allein in der durch die Buchhaltung gehenden Gehaltsabrechnungen eine Kenntniserlangung auch von den Erhöhungen durch den Alleingeschafter festzustellen war. Die diesbezüglichen Ausführungen in den Vorinstanzen waren somit mehr von pauschaler Abstraktheit geprägt.

## Gesellschaftsrecht

## IV. Resümee

Die vorliegende Fallkonstellation aus einer GmbH & Co. KG im Lichte des § 181 BGB beschreibt die Situation, dass der Geschäftsführer nur im Verhältnis zur GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, jedoch nicht im Verhältnis zur KG eine entsprechende Befreiung vorlag (zur organschaftlichen Sonderrechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsführer und der Komplementär-GmbH: BGH v. 18.6.2013 – II ZR 86/11, GmbHR 2013, 1044 m. Komm. Werner u. Anm. Noack in HB-Rechtsboard v. 9.9.2013). Das Urteil erzeugt im Übrigen für die im amtlichen Leitsatz zum Ausdruck kommende Thematik Klarheit. Dies betrifft auch die Voraussetzungen und vergütungsmäßigen Folgen eines aus gesellschaftsrechtlichen Gründen fehlerhaften Anstellungsvertrags. Die Bedeutung der wechselseitigen – der Gesellschaft und des Geschäftsführers – daraus entstehenden Ansprüche macht die Entscheidung für die Praxis lesenswert.

**Dr. Ulrich Brötzmann, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Mainz**

#### Haftung des Geschäftsführers: Deliktische Haftung des faktischen Geschäftsführers bei Verstoß gegen eine Vermögensbetreuungspflicht

BGB § 823 Abs 2, § 266

**1. Für die deliktische Haftung einer Person als faktischer Geschäftsführer einer GmbH ist es ausreichend, dass der Betreffende nach dem Gesamterscheinungsbild seines Auftretens die Geschicke der Gesellschaft – über die interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung hinaus – durch eigenes Handeln im Außenverhältnis, das die Tätigkeit des rechtlichen Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt, maßgeblich in die Hand genommen hat.**

**2. Eine Vermögensbetreuungspflicht ist nur dann zu bejahen, wenn den Täter eine inhaltlich herausgehobene Pflicht trifft, Vermögensinteressen eines Dritten zu betreuen, d.h., diesem drohende Vermögensnachteile abzuwenden.**

OLG Hamm, Urt. v. 28.2.2014 – I-9 U 152/13  
( rechtskräftig)

► Aus den Gründen:

#### I.

Der Kläger (Kl.) verlangt von dem Beklagten (Bekl.) aus abgetretenem Recht seines Bruders und zugleich Zeugen ... C2 die Rückzahlung von Geldbeträgen, die der Zedent C2 dem Bekl. im Jahr 2007 zum Zweck der Verwendung für bzw. in Zusammenhang mit anstehender Müllbeseitigung, Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden sowie der Reinigung der Regenrinne an der im Eigentum des Kl. und des Zedenten C2 stehenden Immobilie N-Straße in H in mehreren Tranchen in bar übergeben habe.

Der Kl. und sein Bruder, der Zeuge C2, hatten im Februar 2007 einen Makler-Alleinauftrag unterschrieben, wonach die I-GmbH, deren faktischer Geschäftsführer der Bekl. war, die Immobilie vermarkeln bzw. zum (Ver-)Kauf anbieten sollte. Der Bekl. organisierte zu diesem Zweck in der Folgezeit die Durchführung diverser Arbeiten an dem Objekt.

Der Bekl. ist u.a. wegen zweckwidriger Verwendung eines für den Einbau von Fenstern seitens des Zeugen C2 übergebenen Betrags i.H.v. 17.000 € wegen Untreue und wegen zweckwidriger Verwendung eines für den Ausbau einer Dachgaube seitens des Zeugen C2 übergebenen Betrags i.H.v. 15.000 € wegen Betrugs durch Urt. des AmtsG Gelsenkirchen-Buer v. 1.9.2011 – 6 Ls 300 Js 53/08-85/10 rechtskräftig verurteilt worden. Die den Verurteilungen zugrunde liegenden Sachverhalte sind nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits, sondern lagen dem Verfahren 3 O 80/10 zugrunde, das in 2. Instanz mit einer Verurteilung des Bekl. zur Rückzahlung der v.g. Beträge rechtskräftig wurde. ...

Das LG ... [hat] ... den Bekl. unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 24.785,00 € verurteilt hat [LG Essen v. 1.7.2013 – 3 O 384/11]. ...

#### II.

Die ... Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Auf das Rechtsmittel hin waren das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen; denn dem Kl. steht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch auf Zahlung von 24.785,00 € aus abgetretenem Recht gegen den Bekl. zu. Im Einzelnen:

#### 1. Keine vertraglichen Ansprüche

Ein vertraglicher Anspruch gemäß § 667 BGB bzw. gemäß §§ 667, 675 BGB, jeweils i.V.m. § 398 BGB auf Herausgabe des zur Auftragsdurchführung Erhaltenen scheidet aus. [wird ausgeführt]

#### 2. Keine Ansprüche aus Deliktshaftung

Dem Kl. stehen auch keine Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung aus abgetretenem Recht des Zeugen C2 gegen den Bekl. zu.

a) Ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, 398 BGB scheidet aus, da der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kl. ... die erforderliche Schutzgesetzverletzung i.S.d. § 263 StGB nicht ausreichend schlüssig dargelegt hat.

aa) Zum einen fehlt es bereits an einer hinreichenden Darlegung der zur Erfüllung des objektiven Tatbestands des § 263 StGB erforderlichen Täuschungshandlung seitens des Bekl. im Hinblick auf die streitgegenständlichen Abschlagszahlungen.

Soweit der Kl. ein planmäßiges Vorgehen des Bekl. im Sinne eines überhöhten Verlangens nach Abschlagszahlungen zwecks überwiegender Verwendung zu eigenen Zwecken behauptet, kommt unter Zugrundelegung dieses Vortrags zwar eine Täuschung über die (äußere) Tatsache der Erforderlichkeit der Abschlagszahlungen zur Durchführung der tatsächlich in Angriff genommenen Arbeiten zur Entrümpelung und zur Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden sowie zugleich über die (innere) Tatsache der beabsichtigte Verwendung zu eigenen Zwecken in Betracht; dies erforderte jedoch substantiierten Vortrag des Kl. dazu, was entweder generell über die Zahlung von Abschlägen oder aber was – bei Fehlen einer generellen Absprache – konkret in jedem Einzelfall bzw. je nach Anlass vereinbart wurde, also insbesondere unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe Abschläge bar fließen sollten und inwiefern in jedem Einzelfall oder planmäßig generell der Bekl. über