

Führungslosigkeit und Notgeschäftsführung bei der GmbH

In der Praxis kommt es immer wieder zu Fällen, in welchen eine GmbH führungslos ist, weil ein Geschäftsführer fehlt oder der einzig vorhandene Geschäftsführer rechtlich bzw. tatsächlich an der Ausübung seiner Amtstätigkeit verhindert ist, z.B. aufgrund einer schwerwiegenden, andauernden Erkrankung. Am häufigsten anzutreffen ist allerdings – gerade bei finanzieller Schieflage der GmbH - die Konstellation, dass der einzige Geschäftsführer sein Amt niederlegt.¹

Ohne Geschäftsführer ist die Gesellschaft handlungsunfähig. Auch über vor seinem Ausscheiden vom Geschäftsführer etwa noch erteilte Handlungsvollmachten oder einer Prokura lässt sich die Führung des Tagesgeschäftes der Gesellschaft allenfalls kurzfristig überbrücken. Die Regelung in § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG, wonach im Falle der Führungslosigkeit u.a. Willenserklärungen, die gegenüber der GmbH abzugeben sind, gegenüber den Gesellschaftern wirksam abgegeben werden können, hilft in diesen Fällen nicht viel weiter. Diese Norm regelt nur die Passivvertretung der GmbH, nicht aber die aktive Vertretung und Geschäftsführung, z.B. die Durchsetzung von Forderungen der GmbH gegenüber Dritten etc.²

¹ was im Übrigen auch Probleme bei der Anmeldung seines Ausscheidens zum Handelsregister gem. § 39 Abs. 1 GmbHG beinhaltet, wenn die Niederlegung – wie regelmäßig der Fall – mit sofortiger Wirkung erklärt wird. In manchen Konstellationen kann es Sinn machen, die Amtsniederlegung aufschiebend bedingt auf die Eintragung im Handelsregister zu erklären, da dann den Geschäftsführer selbst noch die Anmeldung vornehmen kann. In der Konstellation der Einmann- GmbH, bei der der einzige Gesellschafter auch Geschäftsführer ist, ist die Niederlegung des Amtes durch ihn nach h.M. mißbräuchlich und damit unwirksam (vgl. etwa OLG München NZG 2011, 432), so dass sich die Frage der Bestellung eines Notgeschäftsführers nicht stellt.

² Ein zweiter Aspekt der Führungslosigkeit kann für die Gesellschafter durchaus gefährlich werden, was in der Praxis gerade bei kleineren Gesellschaften, in denen aus dem Kreise der Gesellschafter auch die Geschäftsführung gestellt wird, vielfach nicht bedacht wird. Nach § 15 a Abs. 3 InsO ist im Falle der Führungslosigkeit der GmbH auch jeder Gesellschafter zur Stellung des rechtzeitigen Insolvenzantrages nach § 15 a Abs. 1 InsO verpflichtet, es sei denn er hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis. Will sich etwa ein Gesellschafter-Geschäftsführer seiner Insolvenzantragspflicht dadurch entziehen, dass er sein Amt als Geschäftsführer kurzfristig niederlegt und sind keine weiteren Geschäftsführer vorhanden, so befreit ihn dies nicht von der Insolvenzantragspflicht. Diese gilt dann entsprechend für ihn als Gesellschafter weiter. Die Verletzung der Antragspflicht ist gem. § 15 a Abs. 4 InsO ein Straftatbestand mit einer Strafandrohung von Freiheitsstrafe mit bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe!

In diesen Fällen stellt sich häufig die Frage, ob nicht die Bestellung eines Notgeschäftsführers gem. § 29 BGB analog durch das Gericht erreicht werden kann. Die Rechtsprechung legt diese aus dem Vereinsrecht stammende Norm jedoch seit jeher wegen des damit verbundenen Eingriffs in das gesellschaftsrechtliche Kompetenzgefüge, das grds. – vorbehaltlich anderer Zuweisung der Zuständigkeit in der Satzung – der Gesellschafterversammlung die Rechtsmacht zur Bestellung eines Geschäftsführers zuweist, sehr restriktiv aus.³ Auch in seinem direkten Anwendungsbereich setzt § 29 BGB voraus, dass neben dem Fehlen oder Verhinderung eines organschaftlichen Vertreters⁴ ein dringender Fall vorliegen muss. Ein dringender Fall ist nur gegeben, wenn die hierzu berufenen Gesellschaftsorgane, selbst nicht in der Lage sind, den Mangel innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen. Darüber hinaus liegt ein dringender Fall vor, wenn der Gesellschaft oder einem Beteiligten ohne die Bestellung des Notgeschäftsführers Schaden drohen würde oder eine alsbald erforderliche Handlung nicht vorgenommen werden könnte.⁵

Für eine erfolgreiche Antragstellung zur Bestellung eines Notgeschäftsführers durch das Gericht genügt es damit nicht, darzulegen, dass z.B. der derzeit amtierende Geschäftsführer nicht mehr im Vollbesitz seiner geistigen Fähigkeiten, somit geschäftsunfähig sei,⁶ wenn nicht gleichzeitig dargelegt wird, welcher Schaden oder Nachteil für die GmbH oder einen Beteiligten entstehen soll, wenn abgewartet wird, bis die zuständigen Gesellschaftsorgane – i.d.R. die Gesellschafterversammlung – eine Entscheidung über die Bestellung einer Ersatzperson getroffen haben.

Bereits ausdrücklich in der Rechtsprechung genannte Anwendungsfälle des „dringenden Falles“ gibt es nur wenige. Das Berliner Kammergericht⁷ hat dies etwa für einen Fall bejaht, in dem die GmbH dem antragstellenden Gläubiger die Vergütung aus einem Arbeitsverhältnis schuldig geblieben war, wobei ein weiteres Zuwarten für den

³ OLG Frankfurt GmbHR 2001, 436 spricht insoweit sogar von einem schwerwiegenden hoheitlichen Eingriff, der eine besonders enge Auslegung des § 29 BGB erfordere.

⁴ Eine bloß treuwidrige oder unzweckmäßige Ausübung der Geschäftsführungstätigkeit durch einen vorhandenen Geschäftsführer genügt jedenfalls nicht, vgl. BayObLG GmbHR 1997, 1002.

⁵ OLG Hamm NJW- RR 1996, 996; Kammergericht Berlin GmbHR 2000, 660.

⁶ So der Antrag im Falle BayObLG GmbHR 1995, 896.

⁷ Kammergericht Berlin a.a.O.

Antragsteller – ohne dass seitens des Kammergerichts hierzu näher ausgeführt wird – nicht zumutbar war.⁸

Häufig besteht unter den Gesellschaftern Streit über die Person des Geschäftsführers, so dass sich die Frage stellt, ob im Falle der Führungslosigkeit auch ein solcher Streit genügt, um eine nach § 29 BGB geforderte Dringlichkeit zu begründen.

Wie das BayObLG bereits in früheren Jahren festgehalten hat, ist es grds. nicht Aufgabe des Verfahrens zur Bestellung eines Notgeschäftsführers gem. § 29 BGB analog, einen Konflikt zwischen den Gesellschaftern zu entscheiden.⁹ Andererseits verkannte auch das BayObLG nicht, dass eine dauerhafte Uneinigkeit zwischen den Gesellschaftern die Dringlichkeit begründen kann.¹⁰ Dem folgt die aktuelle Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.¹¹

In neuerer Zeit hatte sich das OLG Frankfurt a.M. mit der Frage der Dringlichkeit auseinanderzusetzen.¹²

Antragsteller war in diesem Fall ein mit 50% an einer GmbH beteiligter Gesellschafter. Sein mit ebenfalls 50% beteiligter Mitgesellschafter war bislang der einzige Geschäftsführer in der GmbH gewesen, aber durch eine vom Antragsteller im Vorfeld erwirkte einstweilige Verfügung, wonach ihm das Betreten der Geschäftsräume der GmbH und insbesondere die Geschäftsführung als solche bis auf weiteres untersagt war, an der Ausübung seines Amtes gehindert. In der Antragschrift zur gerichtlichen Bestellung eines Notgeschäftsführers legte der Antragsteller sinngemäß dar, dass aufgrund der Differenzen zwischen den beiden Gesellschaftern auf absehbare Zeit mit einer Einigung auf einen Geschäftsführer nicht zu rechnen sei. Er legte im Übrigen auch dar, dass das von der GmbH betriebene Gewerbe – der Betrieb von Gaststätten – die tägliche Präsenz eines Geschäftsführers erfordere, da täglich die Tageseinnahmen der betriebenen Gaststätten zu vereinnahmen und regelmäßig Steuererklärungen

⁸ Die zum 01.11.2008 durch das MoMiG eingeführte Vorschrift des § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG hilft nur über das Zustellungshindernis hinweg, indem bei Führungslosigkeit an die Gesellschafter wirksam zugestellt werden kann. Will ein Gläubiger aber Zahlungsansprüche gerichtlich durchsetzen, bleibt die GmbH trotz der vorgenannten Regelung prozessunfähig. Es besteht dann eben nur die Möglichkeit, dieses Hindernis durch einen Antrag nach § 29 BGB analog zu beseitigen oder durch die – nach h.M. –, vgl. BayObLG NJW- RR 1999, 1259 ff. subsidiäre – Möglichkeit, nach § 57 ZPO einen Prozesspfleger bestellen zu lassen.

⁹ BayObLG Rpfleger 1983, 74; ebenso OLG Frankfurt a.M. GmbHR 2001, 436.

¹⁰ BayObLG GmbHR 1997, 1002.

¹¹ Statt aller OLG Zweibrücken, Beschl. vom 30.09.11 Az. 3 W 119/11.

¹² OLG Frankfurt a.M. Beschluss vom 26.05.2011, Az. 20 W 248/11 = openJur 2012, 34624.

abzugeben seien. Auch aus konzessionsrechtlichen Gründen sei die tägliche Verfügbarkeit eines Geschäftsführers im Betrieb erforderlich. Das Ausgangsgericht hat den Antrag auf Bestellung eines Notgeschäftsführers¹³ gleichwohl abgelehnt. Das OLG Frankfurt hat die hiergegen gerichtete Beschwerde zurückgewiesen.

Auch wenn in einer erheblich zerstrittenen Zweimann-GmbH eine Notgeschäftsführerbestellung grundsätzlich in Betracht komme, wenn mit einer baldigen einverständlichen Bestellung eines Geschäftsführers nicht zu rechnen sei - so das OLG - habe zunächst der Versuch einer Lösung des Problems auf Ebene der hierfür zuständigen Gesellschaftsorgane - hier der Gesellschafterversammlung - zu erfolgen. Erst wenn dieser Versuch aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen entweder von vorneherein nicht zur Verfügung stehe oder sich nach entsprechenden Initiativen als erfolglos erweise, komme ein hoheitlicher Eingriff durch das Registergericht in Frage.

Auch die Tatsache, dass der Antragsteller darlegte, er betreibe parallel zur Antragstellung die Einberufung einer Gesellschafterversammlung, in der ein neuer Geschäftsführer bestellt werden soll, genüge dem Gericht nicht.

Diese Entscheidung bestätigt die teilweise extrem hohen Anforderungen der Rechtsprechung an die Notgeschäftsführerbestellung durch ein Gericht und führt diese Rechtsprechung konsequent fort. Hierauf wird sich die Praxis einzustellen haben. Im zugrundeliegenden Fall hätte der Antragsteller erst den Ausgang der von ihm parallel zur Antragstellung einberufenen Gesellschafterversammlung abwarten müssen. Hätte sich in dieser herausgestellt, dass eine Einigung auf einen neuen Geschäftsführer nicht möglich ist, wäre der Antrag wohl erfolgreich gewesen. Man wird auch weiterhin davon ausgehen müssen, dass im Falle der Zerstrittenheit der Gesellschafter einer führungslosen GmbH der Antragsteller zumindest ein ausreichendes Maß an erfolgloser Initiative darlegen muss, die nachhaltig belegt, dass sämtliche Versuche, die Geschäftsführerfrage auf Basis der Gesellschafter zu regeln, erfolglos waren und auch in Zukunft nicht mit einer Änderung dieses Ergebnisses gerechnet werden kann.¹⁴ Wie viele erfolglose Versuche vor Antragstellung unternommen werden müssen, ist nicht eindeutig zu beantworten. Es wird auf den jeweiligen Einzelfall ankommen, was in der Praxis die Einschätzung der Erfolgsaussichten eines Antrags nach § 29 BGB analog nicht unbedingt erleichtert. Kann die dauerhafte Unfähigkeit der Gesellschafter bzw. der dazu berufenen Gesellschaftsorgane zur Bestellung eines Geschäftsführers im Sinne

¹³ Im Antrag schlug der Antragsteller u.a. auch sich selbst als Notgeschäftsführer vor. Das Amtsgericht wandte hiergegen ein, dass er aufgrund der Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern für das Amt nicht geeignet sei, vielmehr nur eine dritte Person in Frage komme.

¹⁴ In diesem Sinne aus der neueren Rspr. auch OLG Zweibrücken, Beschl. vom 30.09.11 Az. 3 W 119/11.

der dargestellten Rechtsprechung allerdings ausreichend dargelegt werden, so wird es nach unserer Auffassung bei Auswertung der Rechtsprechung nicht mehr erforderlich sein, darüber hinaus zusätzlich eine besondere Dringlichkeit oder aktuelle Gefährdung von Gesellschaftsinteressen oder der Interessen Dritter darzulegen. Offen bleibt aber, wie Gläubiger letztlich vorgehen sollen, die Ansprüche gegen die führungslose Gesellschaft durchsetzen wollen und die Bestellung eines Notgeschäftsführers beantragen. Da diese grds. keinen Einblick in die Interna der Gesellschaft haben, wird ihnen obige Argumentation schon tatsächlich nicht möglich sein. Da die meisten Anträge aber bereits daran scheitern, weil sich keine zur Übernahme des Amtes bereite Person finden lässt,¹⁵ ist dies für Gläubiger häufig das geringste Problem bei der Antragstellung. Für diese ist die Bestellung eines Notgeschäftsführers im Regelfall daher ohnehin nicht praktikabel.¹⁶

Rechtsanwalt Dr. Michael Hörmann
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

¹⁵ Auch ein Gesellschafter kann nicht gegen seinen Willen vom Gericht gezwungen werden, das Amt des Notgeschäftsführers zu übernehmen (vgl. dazu etwa Kammergericht Berlin a.a.O.). Gesellschaftsfremde Dritte werden regelmäßig ohne Vergütung nicht tätig werden. Schuldner des Vergütungsanspruch aus § 612 BGB ist aber nicht die Staatskasse sondern die Gesellschaft, so dass bei notleidenden Gesellschaften niemand bereit sein wird, das Amt auszuüben.

¹⁶ So zu Recht Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage § 35 Rn. 7 a.