



## Die Themen

**Veräußerungen von Personengesellschaftsanteilen**

**Aktuelles zum Ergebnisabführungsvertrag**

**Steuerliche Folgen der disquotalen Einlage (GmbH)**

**Abberufung und Kündigung von**

**GmbH-Geschäftsführern – Was ist zu beachten?**

## Veräußerung von Personengesellschaftsanteilen

Neben der Aufgabe eines unternehmerischen Betriebes ist auch die Veräußerung von Anteilen an einer Personengesellschaft (GbR, OHG, KG) unter bestimmten Voraussetzungen steuerlich privilegiert. So unterfällt der hierbei erzielte Veräußerungsgewinn einer Tarifbegünstigung im Sinne der §§ 16, 34 EStG. Erreicht wird dies über eine Progressionsmilderung durch die sog. Fünftelungsregelung (§ 34 Abs. 1 EStG) oder die Besteuerung des Gewinns mit einem reduzierten Steuersatz (§ 34 Abs. 3 EStG). Darüber hinaus wird dem Steuerpflichtigen, wenn er das 55. Lebensjahr vollendet hat, ein besonderer Freibetrag gewährt (§ 16 Abs. 4 EStG). Bei dieser steuerlichen Privilegierung hat der Gesetzgeber insbesondere den Bereich der Unternehmensnachfolge im Auge, wenn ein unternehmerischer Betrieb aus Altersgründen aufgegeben oder verkauft wird und in diesem Zusammenhang einmalig stille Reserven zusammengeballt aufgedeckt werden.

Die Tarifbegünstigung nach §§ 16, 34 EStG wird jedoch nur gewährt, wenn der gesamte Gesellschaftsanteil veräußert wird und somit sämtliche stille Reserven im Betrieb aufgedeckt werden. Die Veräußerung nur eines Teils des Gesellschaftsanteils

führt hingegen nicht zu einem steuerlich privilegierten Veräußerungsgewinn, sondern stellt für den Steuerpflichtigen laufenden Gewinn dar (§ 16 Abs. 1 S. 2 EStG). Dieser laufende Gewinn ist nicht privilegiert, sondern mit dem persönlichen Steuersatz des Gesellschafters zu versteuern.

Im einem aktuellen Fall hatte der Bundesfinanzhof (BFH) nunmehr zu entscheiden, ob die Tarifbegünstigung der §§ 16, 34 EStG auch dann gewährt wird, wenn zwar sämtliche an einer KG bestehenden Kommanditanteile veräußert werden, zuvor aber ein Teil des betrieblichen Vermögens der KG zu Buchwerten in eine Schwestergesellschaft überführt wird, an der die veräußernden Gesellschafter personenidentisch beteiligt sind.

### Der Sachverhalt

Die Kläger veräußerten ihre an der Y-KG bestehenden Kommanditanteile aus Altersgründen und beantragten beim Finanzamt die Tarifbegünstigung der §§ 16, 34 EStG. Das beklagte Finanzamt lehnte die Tarifbegünstigung ab und verwies zur Begründung darauf, dass die Kläger kurz vor der Veräußerung der Kommanditanteile wesentliche Teile des von der KG gehaltenen betrieblichen Vermögens in eine andere Personengesellschaft (Z-KG) überführt hatten. An der Z-KG waren die Kläger personenidentisch, d. h. wie an der Y-KG, beteiligt.

Das Finanzamt erkannte hierin einen steuerschädlichen Gesamtplan, da die Veräußerung des Betriebsvermögens in einem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Anteilsübertragung stand (Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten, § 42 AO). Die Tarifbegünstigung sei nach Auffassung des Finanzamts in diesem Fall deswegen zu versagen, weil hier gerade nicht – wie vom Gesetzgeber vorgesehen – sämtliche stille Reserven aufgedeckt wurden, sondern Teile des Betriebsvermögens zu Buchwerten in eine andere KG überführt wurden.



## Die Entscheidung des BFH

Die gegen die Entscheidung des Finanzamts erhobene Klage hat das Finanzgericht Nürnberg abgewiesen und sich zur Begründung der Argumentation des Finanzamts angeschlossen. Diese finanzgerichtliche Entscheidung hat der BFH mit Urteil vom 25. Februar 2010 nunmehr aufgehoben und im Ergebnis die Tarifbegünstigung im Streitfall gewährt (Az. IV R 49 / 08).

Zwar sollen die §§ 16, 34 EStG einerseits einen Härteausgleich für die punktuelle Besteuerung der häufig über einen längeren Zeitraum entstandenen stillen Reserven schaffen; andererseits gelten Tarifbegünstigung und Freibetrag der §§ 16, 34 EStG nicht nur für die Veräußerung / Aufgabe eines Betriebes in seiner Gesamtheit, sondern betreffen auch den Gewinn, der aus der Veräußerung / Aufgabe eines einzelnen Teilbetriebs erzielt wird. Die Tarifbegünstigung gilt also unabhängig davon, ob stille Reserven in den anderen unternehmerischen Teileinheiten aufgedeckt werden oder nicht.

Für den BFH kann nicht fraglich sein, dass die isolierte Veräußerung eines Teilbetriebs den Vorschriften der §§ 16, 34 EStG unterfällt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Gesellschaft den verbleibenden Teilbetrieb zurückbehält oder in eine Schwestersonengesellschaft überführt. In beiden Fällen werden stille Reserven des verbleibenden Teilbetriebs nicht aufgedeckt.

Abschließend nimmt der BFH Stellung zur sog. Buchwertausgliederung von Mitunternehmeranteilen. Nach bisheriger BFH-Rechtsprechung ist der Gewinn aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern, die zuvor in eine Tochterpersonengesellschaft ausgegliedert wurden, nur dann nach §§ 16, 34 EStG begünstigt, wenn hierdurch die stillen Reserven der für den Betrieb der Obergesellschaft wesentlichen Wirtschaftsgüter aufgedeckt werden. Mit anderen Worten: Werden wesentliche Wirtschaftsgüter zurückbehalten und insoweit keine stillen Re-

serven aufgedeckt, so erhält der Steuerpflichtige keine Tarifbegünstigung. Entscheidend für den BFH ist somit das Kriterium der Wesentlichkeit (qualitative Betrachtung). Der BFH hält an dieser Rechtsprechung fest und verweist darauf, dass auch im hier vorliegenden Streitfall die Tarifbegünstigung nach §§ 16, 34 EStG zu versagen gewesen wäre, wenn unmittelbar vor der Anteilsveräußerung *wesentliche* Betriebsgrundlagen der Y-KG zu Buchwerten in ein anderes Betriebsvermögen überführt worden seien. Dies war indes nicht der Fall, so dass der BFH mit Blick auf den konkreten Sachverhalt die Tarifbegünstigung gewähren konnte.

## Folgen für die Praxis

Gerade in Fällen wie dem vorliegenden ist stets darauf zu achten, dass keine für das Unternehmen wesentlichen Betriebsgrundlagen zurückbehalten oder in eine Schwestergesellschaft überführt werden. Andernfalls ist die steuerliche Tarifbegünstigung bei der anschließenden Veräußerung der Kommanditanteile gefährdet.

Die Steuerung der Unternehmensnachfolge wird immer komplizierter. Dies gilt insbesondere, wenn unternehmerische Beteiligungen in Form von Kommanditanteilen oder anderen Personengesellschaftsanteilen übertragen werden sollen. Ohne die Berücksichtigung der steuerlichen Konsequenzen bleibt die Nachfolgeplanung unvollständig. Hier gilt es, steuerliche Möglichkeiten und Grenzen genau auszuloten und mit den gesellschaftsrechtlichen Anforderungen in Einklang zu bringen.



## Aktuelles zum Ergebnisabführungsvertrag

Die steuerlichen Anforderungen an einen Ergebnisabführungsvertrag unterliegen weiterhin einer besonderen Dynamik. Dies liegt weniger an der in anderen Rechtsgebieten zu verzeichnenden Aktivität des Gesetzgebers; die Regelungen des Körperschaftsteuerrechts zum Ergebnisabführungsvertrag sind mit einer für das Steuerrecht atypisch hohen Lebensdauer ausgestattet. Vielmehr ist es hier der Bundesfinanzhof (BFH), der mit seiner Rechtsprechung zum Ergebnisabführungsvertrag die Materie in Bewegung hält.

### Ergebnisabführung einer GmbH

In einem aktuellen Urteil vom 3. März 2010 hat der BFH seine Rechtsprechung zur Ergebnisabführung einer GmbH präzisiert (Az. I R 68/09). Hintergrund ist die bestehende Regelung in § 17 S. 2 Nr. 2 KStG, wonach der Ergebnisabführungsvertrag bei Beteiligung einer GmbH als Organgesellschaft eine Regelung zur Verlustübernahme im Sinne von § 302 AktG enthalten muss. Erforderlich ist hierbei, dass der Regelungsgehalt des § 302 AktG vollumfänglich und in der jeweiligen Gesetzesfassung in den Ergebnisabführungsvertrag integriert wird.

In der Praxis begegnen einem immer wieder Ergebnisabführungsverträge, in denen eine entsprechende dynamische Rechtsverweisung auf § 302 AktG nicht enthalten ist; stattdessen wird im Ergebnisabführungsvertrag häufig nur auf § 302 AktG in der bei Abfassung des Vertrages maßgeblichen Fassung verwiesen. Ändert sich in solchen Fällen die Vorschrift des § 302 AktG, so wird häufig eine nachträgliche Vertragsergänzung oder -änderung zwischen den Parteien vereinbart. Nach der jüngsten Entscheidung des BFH genügt eine solche Vertragsergänzung oder -änderung den steuerlichen Vorgaben des § 17 S. 2 Nr. 2 KStG jedoch nicht.

Insbesondere einer „rückwirkenden Klarstellung und Ergänzung“, wie sie im Streitfall von den Parteien vereinbart wurde, hat der BFH die steuerliche Anerkennung versagt. Vielmehr gelten für solche Ergänzungsvereinbarungen die gesetzlichen Zeiterfordernisse des § 14 KStG, d. h. die entsprechende Vertragsbestimmung muss von vornherein für mindestens fünf Jahre abgeschlossen und durchgeführt werden. Darüber hinaus muss die vertragliche Regelung von Beginn an im Handelsregister eingetragen sein. Eine „rückwirkende Klarstellung“ kann entsprechende Mängel in der Vergangenheit nicht heilen.

Die Entscheidung des BFH macht erneut deutlich, dass die – in der Regel steuerlich intendierten – Vereinbarungen in einem Ergebnisabführungsvertrag der sorgfältigen rechtlichen Prüfung bedürfen, wobei insbesondere die aktuelle Rechtsprechung des BFH einzubeziehen ist.

### Ausgleichszahlungen an außenstehende Anteilseigner

Bereits im vergangenen Jahr hat der BFH mit einer Entscheidung zum Ergebnisabführungsvertrag für Aufregung gesorgt, in der er die steuerlichen Anforderungen an eine Ausgleichszahlung für außenstehende Anteilseigner (vgl. § 304 AktG) deutlich verschärft hat. Diese Entscheidung des BFH hatten wir bereits in unserem Newsletter Steuerrecht (Ausgabe November/Dezember 2009) kritisch kommentiert.

Zur Erinnerung: Der BFH hatte entschieden, dass im Falle eines Ergebnisabführungsvertrags zwar eine Ausgleichszahlung an den außenstehenden Gesellschafter zu leisten ist, diese Ausgleichszahlung aber nicht variabel mit dem Ziel vereinbart werden darf, dem außenstehenden Gesellschafter für jedes Geschäftsjahr seine fiktive Gewinnquote zuzusprechen (Az. I R/08).



Nunmehr hat sich auch die Finanzverwaltung dahingehend festgelegt, die Urteilsgrundsätze der erwähnten BFH-Entscheidung nicht über den entschiedenen Fall hinaus anzuwenden (BMF-Schreiben vom 20.04.2010). In dem entsprechenden Nichtanwendungserlass stellt die Finanzverwaltung fest, dass § 304 AktG den Schutz des außenstehenden Gesellschafters bezwecke und einen entsprechenden Mindestbetrag als Ausgleich vorsehe. Über diesen Mindestbetrag hinausgehende feste oder variable Ausgleichszahlungen sind weder vom Gesetzeswortlaut noch aufgrund des gesetzgeberischen Ziels ausgeschlossen. Eine zivilrechtlich zulässigerweise vereinbarte Ausgleichszahlung, die den Mindestbetrag übersteigt und im Ergebnis dem außenstehenden Gesellschafter einen hypothetischen Gewinnanspruch vermittelt, wird somit – trotz entgegenstehender Rechtsprechung des BFH – von der Finanzverwaltung steuerlich anerkannt.

## **Steuerliche Folgen der disquotalen Einlage**

In einer aktuellen Entscheidung vom 9. Dezember 2009 hatte der Bundesfinanzhof (BFH) folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

An einer GmbH waren mehrere Personen als Gesellschafter beteiligt, unter anderem Frau F und ihr Ehemann (M). Die Gesellschafter beschlossen, das Kapital der GmbH zu erhöhen, wobei zwar M zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile zugelassen wurde, nicht jedoch die F. Im Zuge der Kapitalerhöhung brachte M die von ihm an einer weiteren GmbH gehaltenen Geschäftsanteile in das Betriebsvermögen der GmbH ein (Sacheinlage), wobei die eingebrachten Werte deutlich höher waren, als der Wert der dafür erhaltenen neuen Geschäftsanteile. Das Finanzamt erkannte hierin eine Schenkung des M zugunsten seiner Ehefrau F und setzte entsprechende Schenkungsteuer fest.

Gegen die Entscheidung des Finanzamts erhob F Klage zum Finanzgericht. Das Finanzgericht Nürnberg wies die Klage jedoch

ab, so dass in letzter Instanz der BFH zu entscheiden hatte. Dieser hob die Entscheidung des Finanzgerichts Nürnberg auf und erkannte in dem vorliegenden Sachverhalt keine steuerlich relevante Schenkung des M zugunsten seiner Ehefrau F. Zur Begründung verweist der BFH darauf, dass die Schenkungsteuer auslösende Vermögensverschiebung vom Schenker auf den Beschenkten ausschließlich nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten zu berücksichtigen sei. Unerheblich sei, wem nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Vermögen oder Einkommen zuzurechnen ist. Wegen der rechtlichen Eigenständigkeit des Gesellschaftsvermögens der GmbH fehlt es in einem solchen Fall an einer zivilrechtlichen Vermögensverschiebung zwischen den Gesellschaftern M und F. Dies gilt selbst dann, wenn – wie im Streitfall – im Zuge einer Kapitalerhöhung der Gesellschafter eine Sacheinlage erbringt, die den Wert des übernommenen Geschäftsanteils deutlich übersteigt (Az. II R 28/08).

Interessant an diesem Fall ist auch, dass die Richtlinien der Finanzverwaltung einen solchen Fall ausdrücklich aufgreifen und hierin eine steuerpflichtige Schenkung erkennen (vgl. R18 Abs. 3 ErbStR). Sollte die Finanzverwaltung in entsprechenden Fällen also Schenkungsteuer festsetzen und sich auf die Regelung in den Erbschaftsteuer-Richtlinien berufen, so bestehen hier gute Chancen, gegen die Entscheidung des Finanzamts unter Berufung auf das oben vorgestellte Urteil des BFH im Einspruchs- oder im Klagewege vorzugehen.

## **Abberufung und Kündigung von GmbH-Geschäftsführern – Was ist zu beachten?**

Nicht selten reagieren GmbH-Gesellschafter mit dem Austausch eines Geschäftsführers, wenn sich die Gesellschaft nicht nach ihren Vorstellungen entwickelt. Ferner sind viele weitere Situationen denkbar, in denen sich die Gesellschafter dazu entschließen, sich von ihrem Geschäftsführer zu trennen. Insbesondere



in Situationen, in denen dem Geschäftsführer ein Fehlverhalten vorgeworfen wird und die Trennung kurzfristig erfolgen soll, ergreifen die Gesellschafter schnelle Maßnahmen, die jedoch nicht immer die notwendigen Formalien berücksichtigen und dem Geschäftsführer so die Möglichkeit eröffnen, gegen seine Abberufung und Kündigung vorzugehen. Der Beitrag soll einen kurzen Überblick über die im Rahmen einer Abberufung/Kündigung eines Geschäftsführers zu beachtenden Punkte geben.

Zunächst ist klarzustellen, dass zwischen der organschaftlichen Stellung als Geschäftsführer und dem vertraglichen Anstellungsverhältnis zu unterscheiden ist. Die Organstellung ist allein gesellschaftsrechtlich durch die Bestellung zum Geschäftsführer begründet und endet mit der Abberufung. Davon strikt zu unterscheiden ist der Anstellungsvertrag zwischen dem Geschäftsführer und der GmbH, in dem insbesondere die Geschäftsführervergütung und die sonstigen Bedingungen der Tätigkeit geregelt sind.

### Abberufung des Geschäftsführers

Mit der Abberufung als Geschäftsführer endet die gesellschaftsrechtliche Organstellung. Die Abberufung kann grundsätzlich gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG jederzeit erfolgen. Eine Angabe von Gründen oder die Einhaltung einer Frist ist für die Abberufung nicht erforderlich.

Insbesondere bei Geschäftsführern, die gleichzeitig auch Gesellschafter sind, sieht der Gesellschaftsvertrag häufig vor, dass dieser Gesellschafter-Geschäftsführer nur aus wichtigem Grund abberufen werden kann. Ein gänzlicher Ausschluss der Abberufung von Geschäftsführern ist hingegen nicht zulässig, eine Abberufung aus wichtigem Grund muss immer möglich sein. Hauptmerkmal dieser Form der Abberufung ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Ein solcher wichtiger Grund liegt vor, wenn der Ver-

bleib des Geschäftsführers im Amt der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern unter Würdigung aller Umstände und Interessen nicht zugemutet werden kann. Zu beachten ist hierbei, dass weder ein schuldhaftes Handeln des Geschäftsführers vorliegen noch der Gesellschaft ein Schaden entstanden sein muss. Vielmehr ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass ein unheilbares Zerwürfnis zwischen dem abberufenen Geschäftsführer und der Gesellschaft bzw. ihren Gesellschaftern entstanden ist. Die Konstellationen, in denen ein wichtiger Grund zur Abberufung vorliegt, sind nicht überschaubar. Als Beispiele können aber die Verletzung von Buchführungspflichten, Bilanzmanipulationen, andauernde Nichtbefolgung von Weisungen der Gesellschafterversammlung, Tätlichkeiten gegenüber Mitgeschäftsführern oder Gesellschaftern usw. angeführt werden.

Zuständig für die Abberufung von Geschäftsführern ist gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG grundsätzlich die Gesellschafterversammlung. Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag diese Kompetenz auch einem Beirat oder einem fakultativen Aufsichtsrat übertragen. Sofern der Gesellschaftsvertrag nicht etwas anderes bestimmt, bedarf der Beschluss über die Abberufung der einfachen Stimmenmehrheit. Bei der Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern ist zudem das Bestehen von Stimmrechtsverboten für den betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer von besonderer Bedeutung, da Fehler in diesem Bereich den Gesellschafterbeschluss anfechtbar machen können. Ein Stimmverbot besteht für den Betroffenen lediglich bei der Abberufung aus wichtigem Grund, bei einer freien Abberufung nach § 38 Abs. 1 GmbHG bleibt er hingegen stimmberechtigt.

Häufiger Fehler bei der Abberufung von Geschäftsführern ist die fehlende oder nicht ordnungsgemäße Mitteilung der Abberufung an den betroffenen Geschäftsführer. Wird ein entsprechender Abberufungsbeschluss von der Gesellschafterversammlung gefasst, so ist diese Entscheidung dem Geschäftsführer noch mitzuteilen. Nimmt der Geschäftsführer an dieser Gesellschafterver-



sammlung teil, ist eine gesonderte Mitteilung zwar entbehrlich. Aus Gründen der Rechtssicherheit und zu Dokumentationszwecken sollte aber dennoch eine gesonderte schriftliche Mitteilung erfolgen. Probleme können auch entstehen, wenn der einzige Geschäftsführer abberufen wird, da in diesem Fall nicht immer klar ist, wer dem Abberufenen die Entscheidung der Gesellschafter mitteilt. Um hier Unklarheiten zu vermeiden, sollte die Gesellschafterversammlung daher neben der Abberufung auch die Person bestimmen, die dem Geschäftsführer die Entscheidung mitteilt, und dieser Person per Beschluss eine entsprechende Vollmacht erteilen. Als Bevollmächtigter kommt hier z. B. ein Mitgeschäftsführer oder der Versammlungsleiter bzw. bei Bestehen eines Beirats der Beiratsvorsitzende in Betracht.

### **Kündigung des Anstellungsvertrags**

Auf welche Weise der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag von der Gesellschaft gekündigt werden kann, hängt in erster Linie davon ab, ob der Anstellungsvertrag befristet oder unbefristet abgeschlossen wurde. In der Praxis ist es vor allem bei Fremdgeschäftsführern üblich, lediglich befristete Anstellungsverträge abzuschließen und diese Verträge bei Ablauf der Vertragslaufzeit gegebenenfalls zu verlängern. Eine ordentliche Kündigung eines solchen befristeten Anstellungsvertrags kommt daher gemäß § 620 Abs. 1 BGB nicht in Betracht. Anders stellt sich dies hingegen bei unbefristeten Anstellungsverträgen dar, die in der Praxis oftmals mit Gesellschafter-Geschäftsführern abgeschlossen werden. Diese Verträge können – sofern sie nicht ohnehin vertragliche Kündigungsfristen enthalten – nach Maßgabe der gesetzlichen Kündigungsfristen des § 622 BGB ordentlich gekündigt werden.

Unabhängig von der Befristung des Anstellungsvertrags kommt neben der ordentlichen Kündigung auch eine außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB in Betracht. Insbesondere im Fall

der Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund ist es der Regelfall, dass die Gesellschafter auch das Anstellungsverhältnis mit dem Geschäftsführer schnellstmöglich beenden möchten und nicht bereit sind, die Geschäftsführervergütung noch bis zum Ende der Vertragslaufzeit zu zahlen, die mitunter noch mehrere Jahre betragen kann. Für eine solche außerordentliche und fristlose Kündigung ist ebenfalls das Vorliegen eines wichtigen Grundes erforderlich. Zwar unterscheidet sich der Begriff des wichtigen Grundes im Rahmen der organschaftlichen Abberufung und im Rahmen der Kündigung des Anstellungsverhältnisses im Detail. Diese Unterscheidung spielt für die Praxis jedoch keine Rolle. Vielmehr werden regelmäßig die gleichen Gründe sowohl bei der Abberufung als auch bei der außerordentlichen Kündigung als Begründung herangezogen.

Im Gegensatz zur Abberufung ist bei der außerordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrags jedoch die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu beachten, wonach die Kündigung nur innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Kenntniserlangung von den die Kündigung begründenden Tatsachen erfolgen kann. Da in der Regel die Gesellschafterversammlung für die Kündigung des Anstellungsvertrags zuständig ist, ist die Kenntnis nur eines Gesellschafters oder eines Mitgeschäftsführers von den die Kündigung begründenden Tatsachen nicht ausreichend, um die Zwei-Wochen-Frist in Gang zu setzen. Vielmehr löst nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) erst die Abhaltung der Gesellschafterversammlung, in der über die Kündigung des Anstellungsvertrags diskutiert und gegebenenfalls Beschluss gefasst wird, den Beginn der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB aus. Beschließt die Gesellschafterversammlung, den Anstellungsvertrag mit dem Geschäftsführer außerordentlich zu kündigen, so ist die Kündigung gegenüber dem Geschäftsführer innerhalb von zwei Wochen zu erklären. Wie bei der Abberufung empfiehlt es sich auch hier, einen Bevollmächtigten zu bestimmen, der die Kündigungserklärung gegenüber dem Geschäftsführer abgibt.



Die Ansicht des BGH hat in der Praxis zur Folge, dass nach Kenntniserlangung von den die Kündigung begründenden Tatsachen bis zur Erklärung der Kündigung mehr als zwei Wochen vergehen, da nach Kenntniserlangung erst noch eine Gesellschafterversammlung ordnungsgemäß, insbesondere unter Einhaltung der Ladungsfrist, einberufen werden muss. Die gesetzliche Ladungsfrist (§ 51 Abs. 1 Satz 2 GmbHG) beträgt eine Woche, wird in Gesellschaftsverträgen jedoch meist auf zwei bis drei Wochen verlängert. Eine Kündigung kann somit auch nach z. B. fünf Wochen noch ausgesprochen werden, wenn die gesellschaftsvertragliche Ladungsfrist drei Wochen beträgt und die Kündigung am letzten Tag der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB erklärt wird. Die Gesellschafterversammlung, in der über die Kündigung des Anstellungsvertrags beraten und beschlossen werden soll, ist von der Geschäftsführung oder, falls die Voraussetzungen vorliegen, von einem Gesellschafter einzuberufen. In der Praxis wird derjenige, der Kenntnis von den die Kündigung rechtfertigenden Gründen erlangt hat, die Gesellschafterversammlung einberufen. Hierbei ist zu beachten, dass die Versammlung ohne Verzögerungen nach der Kenntniserlangung einberufen wird. Sollte die Einberufung pflichtwidrig verzögert werden, so nimmt der BGH trotz der im Anschluss an die Gesellschafterversammlung eingehaltenen Zwei-Wochen-Frist eine Verfristung der Kündigung und damit deren Unwirksamkeit an. Es sollte daher darauf geachtet werden, die Gesellschafterversammlung spätestens innerhalb einer Woche nach Kenntniserlangung einzuberufen, um eine Verfristung der Kündigung zu vermeiden.

### **Rechtsschutz des Geschäftsführers gegen Abberufung und Kündigung**

Aus Sicht des Geschäftsführers, der als Organ abberufen und dessen Anstellungsvertrag gekündigt wurde, stellt sich die Frage, wie er sich gegen diese beiden Maßnahmen gerichtlich zur

Wehr setzen kann. Hierbei ist zwischen dem Fremd- und dem Gesellschafter-Geschäftsführer zu unterscheiden.

Der Gesellschafter-Geschäftsführer kann gegen den Gesellschafterbeschluss, der seine Abberufung zum Gegenstand hat, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage erheben und auf diese Weise die Wirksamkeit des Beschlusses gerichtlich überprüfen lassen. Mangels Gesellschafterstellung steht dem Fremdgeschäftsführer diese Möglichkeit nicht offen. Er kann daher nur eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses erheben, die jedoch nur bei schwersten Beschlussmängeln Erfolg hat, z. B. bei Einberufung der Gesellschafterversammlung durch einen Unbefugten oder im Fall der nicht vollständigen Ladung aller Gesellschafter. Der Fremdgeschäftsführer kann sich daher nur in Ausnahmefällen gegen seine Abberufung erfolgreich zur Wehr setzen.

Auch bei der Überprüfung der Kündigung des Anstellungsvertrags steht dem Fremdgeschäftsführer die Möglichkeit offen, die Unwirksamkeit der Kündigung durch eine Feststellungsklage feststellen zu lassen. Darüber hinaus kann der Gesellschafter-Geschäftsführer neben der Feststellungsklage auch den der Kündigung zugrunde liegenden Gesellschafterbeschluss gerichtlich anfechten. Da teilweise vertreten wird, eine unterlassene Anfechtung des Gesellschafterbeschlusses habe zur Folge, dass der Geschäftsführer im Rahmen der Feststellungsklage präkludiert ist, sollte der Gesellschafter-Geschäftsführer zur Vermeidung von rechtlichen Nachteilen in jedem Fall neben der Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung auch den zugrunde liegenden Gesellschafterbeschluss gerichtlich anfechten.



HAYER & MAILÄNDER  
RECHTSANWÄLTE

## Die Autoren

Stand: 20.07.2010



**Dr. Axel Mühl**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht

Büro Stuttgart  
Lenzhalde 83 – 85  
70192 Stuttgart

Telefon: +49 (0) 711-2 27 44-80  
Telefax: +49 (0) 711-2 27 44-39  
E-Mail: [am@haver-mailaender.de](mailto:am@haver-mailaender.de)



**Dr. Timo Alte**

Rechtsanwalt

Büro Stuttgart  
Lenzhalde 83 – 85  
70192 Stuttgart

Telefon: +49 (0) 711-2 27 44-14  
Telefax: +49 (0) 711-2 27 44-39  
E-Mail: [ta@haver-mailaender.de](mailto:ta@haver-mailaender.de)

### Herausgeber

Haver & Mailänder Rechtsanwälte · Dr. Werner Keßler · Lenzhalde 83 – 85 · 70192 Stuttgart · [www.haver-mailaender.de](http://www.haver-mailaender.de)