

gung vor, wird dieser Grund regelmäßig auch eine fristlose Eigenkündigung des Anstellungsvertrags nach § 626 BGB rechtfertigen (vgl. Lohr DStR 2002, 2173, 2179).

Verträge sind einzuhalten, sowohl auf Seiten der Gesellschaft als auch auf Seiten des 12 Vorstands/Geschäftsführers. Sind Kündigungsfristen oder feste Vertragslaufzeiten vereinbart, sind die Parteien an sie gebunden. Eine fristlose Vertragsauflösung kann durch den Geschäftsführer/Vorstand nur dann einseitig herbeigeführt werden, wenn ein wichtiger Grund hierfür vorliegt. An diesen wichtigen Grund nach § 626 BGB sind sehr hohe Anforderungen zu stellen, weil die Ad-hoc-Einstellung der Tätigkeit des Organs idR zu erheblichen operativen, wirtschaftlichen und rechtlichen Schwierigkeiten für die Gesellschaft führt. Nur schwere Vertragsverletzungen seitens der Gesellschaft können deshalb einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung und eine Grundlage für einen Schadensersatz nach § 628 II BGB darstellen. Kündigt das Organ den Vertrag fristlos, ohne dass hierfür ein rechtfertigender (wichtiger) Grund vorliegt, kann die Gesellschaft nach § 628 BGB Schadensersatz verlangen (**Auflösungsschaden**). Erfolgt die Kündigung darüber hinaus zur Unzeit, kann die Gesellschaft über den Auflösungsschaden hinaus auch weiteren Schadensersatz verlangen, wenn dem Organ zuzumuten gewesen wäre, mit der Kündigung noch abzuwarten und somit weiteren Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Außerdem kann die Gesellschaft vom Geschäftsführer/Vorstand bei Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes verlangen, dass dieser bis zum nächstmöglichen ordentlichen Vertragsende nicht zur Konkurrenz wechselt (vgl. Lohr DStR 2002, 2173, 2180). Das **vertragliche Wettbewerbsverbot** (vgl. § 88 AktG) wirkt über die unberechtigte fristlose Eigenkündigung hinaus fort. Das ist eine vom kündigenden Organ häufig übersehene Fallensituation, die schnell sehr teuer werden kann. Aufgrund der Trennung von Amts- und Dienstverhältnis endet das Dienstverhältnis (ohne wirksame Koppelungsklausel, hierzu Holthausen NZG 2022, 731) nicht automatisch mit der Amtsniederlegung. Kann die Gesellschaft von ihrem außerordentlichen Kündigungsrecht keinen Gebrauch machen, insbesondere weil die Amtsniederlegung berechtigt war oder weil die Gesellschaft die Ausschlussfrist des § 626 II BGB versäumt hat, muss sie im Fall einer mehrjährigen Befristung des Dienstvertrags über mehrere Jahre das Dienstverhältnis fortführen. Dem Vorstandsmitglied/Geschäftsführer steht nach § 615 BGB auch dann ein Vergütungsanspruch zu, wenn er nicht beschäftigt wird (vgl. Lohr DStR 2002, 2173, 2179). Streitpotenzial bietet die Beantwortung der strittigen Frage, ob die Gesellschaft Ersatz für die Kosten einer Personalberatung (Headhunter) zur Nachbesetzung des Managerpostens fordern kann. Mit Blick auf den Markt können die damit verbundenen Kosten im Erfolgsfall der Vermittlung sehr hoch sein. Argumentiert wird aus Sicht der Manager, diese Kosten fielen ohnehin an, wenn der Vorstand/Geschäftsführer zeitnah regulär aus dem Amt ausgeschieden wäre (kurze Restlaufzeit der Bestellung und des Dienstvertrags). Mit anderen Worten ist der Nachweis eines Schadens auf Seiten der Gesellschaft schwierig. Die erfolgreiche Geltendmachung eines entsprechenden Schadens erfordert in jedem Fall eine sorgfältige Aufarbeitung des konkreten Lebenssachverhalts.

dd) Richtiger Erklärungsgegner. Die Antwort auf die Frage nach dem richtigen Erklärungsgegner/-empfänger (= Empfangsadressat) hat erhebliche praktische und rechtliche Relevanz. Wird die Amtsniederlegungserklärung gegenüber dem falschen Adressaten abgegeben, entfaltet sie keine Wirkung (KG Berlin 1.2.2012 – 25 W 76/11, GmbHR 2012, 795; Stenzel/Lühr NZG 2015, 743). Richtiger Adressat der Erklärung zur Amtsniederlegung ist das Bestellungsorgan, beim Geschäftsführer die Gesellschafterversammlung der GmbH (vgl. Holthausen GmbHR 2020, 1205, 1208f.) und beim Vorstandsmitglied der AG der Aufsichtsrat (vgl. §§ 84 Abs. 1, 112 AktG = AG vertreten durch den Aufsichtsrat, Leuering/Rubner NJW-Spezial 2019, 719). In der mitbestimmten GmbH ist der Aufsichtsrat für die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers zuständig (vgl. § 31 I MitbestG, § 12 MontanMitbestG, § 13 MontanMitbestErgG jeweils iVm § 84 AktG). Die Kompetenz für Erklärungen über das Amtsverhältnis ist umfassend und erfasst daher auch die Entgegen-

nahme von Erklärungen des Geschäftsführers über die Niederlegung/Beendigung seines Amtes. Dasselbe gilt, wenn die Bestellungs- und Abberufungszuständigkeit auf einen fakultativen Aufsichtsrat übertragen wird. Die Erklärung ist wirksam, wenn sie gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden abgegeben wird. Die Entgegennahme von Erklärungen durch den Aufsichtsratsvorsitzenden entspricht im Aktienrecht durchweg der Praxis, sodass eine gewohnheitsrechtliche Zuständigkeit besteht. Für die mitbestimmte GmbH oder den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH kann nichts anderes gelten. Aber auch jedes andere Aufsichtsratsmitglied ist analog § 178 Abs. 2 S. 2 AktG empfangszuständig (Lohr DStR 2002, 2173, 2174 mwN). Keine Rechtswirkung entfaltet mangels Empfangszuständigkeit die Amtsniederlegung gegenüber einem Mitgeschäftsführer (OLG Düsseldorf 3.6.2005 – I-3 Wx 118/05, NZG 2005, 632) oder einem anderen Vorstandsmitglied. Ebenso wenig empfangszuständig ist das Handelsregister (KG Berlin 5.1.2012 – 25 W 44/11, GmbHR 2012, 517; Stenzel/Lühr NZG 2015, 743, 744).

- 14 Der Grundsatz, dass eine Willenserklärung mit Wirksamkeit gegenüber einem Gesamtvertreter abgegeben werden kann, findet auch auf die Rechtsverhältnisse Anwendung, in denen die GmbH nach § 46 Nr. 5 GmbHG gemeinsam durch ihre Gesellschafter vertreten wird (BGH 17.9.2001 – II ZR 378/99, NZG 2002, 43). Folglich ist es ausreichend, dass die Amtsniederlegungserklärung nur gegenüber einem Gesellschafter erfolgt und diesem zugeht (BGH 21.6.2011 – II ZB 15/10, NZG 2011, 907; OLG Hamburg 6.5.2010 – 11 W 36/10, NZG 2010, 1235). Ist der Gesellschafter eine Gesellschaft, ist ihr Geschäftsleiter empfangszuständig, nicht ein Gesellschafter oder die Gesellschafterversammlung (vgl. KG Berlin 5.1.2012 – 25 W 44/11, GmbHR 2012, 517). Für eine einvernehmliche Amtsniederlegung zwischen Geschäftsführer und Gesellschafterversammlung sowie zwischen Vorstand und Aufsichtsrat ist ein Beschluss der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrats erforderlich.
- 15 **ee) Keine rechtsmissbräuchliche Amtsniederlegung, Niederlegung zur Unzeit.** Die rechtsmissbräuchliche Amtsniederlegung und die Niederlegung zur Unzeit sind sich überlappende Begriffe einer treuwidrigen (§ 242 BGB) Niederlegung der Organstellung (vgl. Holthausen GmbHR 2020, 1205, 1210). In Ausnahmefällen ist die Niederlegung des Amtes durch den Vorstand/Geschäftsführer unwirksam. Das gilt etwa, wenn die Gesellschaft durch die Amtsniederlegung handlungsunfähig wird, was bei der sofortigen Niederlegung durch einen Alleinvorstand/-geschäftsführer der Fall sein kann (vgl. BGH 25.10.2010 – II ZR 115/09, NZG 2011, 26; OLG Zweibrücken 15.2.2006 – 3 W 209/05, GmbHR 2006, 430). Rechtsmissbräuchlich ist die Amtsniederlegung, wenn es sich bei dem sein Amt niederlegenden Geschäftsführer um den einzigen handelt, dieser zugleich alleiniger Gesellschafter ist und er zudem davon absieht, einen neuen Geschäftsführer zu bestellen. Angesichts der Personenidentität von Geschäftsführungs- und Willensorganen in der Ein-Mann-GmbH ist es im Interesse der Rechtssicherheit geboten, höhere Anforderungen an die Amtsniederlegung oder die Abberufung des Gesellschafters/Geschäftsführers zu stellen (OLG Bamberg 17.7.2017 – 5 W 51/17, GmbHR 2017, 1144; OLG Düsseldorf 10.6.2015 – I-25 Wx 18/15, GmbHR 2015, 1271). Auch die Amtsniederlegung in einer wirtschaftlichen Krisensituation, insbesondere bei einer Insolvenzsreife der Gesellschaft und einer negativen Fortführungsprognose, muss ggf. als Niederlegung zur Unzeit gewertet werden (BGH 8.10.2009 – IX ZR 235/06). Nach Auffassung des OLG Bamberg (17.7.2017 – 5 W 51/17, GmbHR 2017, 1144) bleibt die Amtsniederlegung durch einen Fremd-Geschäftsführer, der weder unmittelbar noch mittelbar an der Gesellschaft beteiligt ist, dagegen selbst dann wirksam, wenn diese in der wirtschaftlichen Krise oder Insolvenz erklärt wird und zur Führungslosigkeit der Gesellschaft führt. Denn hier hätten es dann allein die personenverschiedenen Gesellschafter selbst in der Hand, zur Überwindung der Führungslosigkeit einen neuen Geschäftsführer zu bestellen. Rechtsfolge der missbräuchlichen Amtsniederlegung ist, dass die Organstellung und die Verantwortlichkeit des Vorstands/Geschäftsführers fortbesteht und sich aus seiner Untätigkeit bzw. dem Negieren der Amtspflichten erhebliche, uU

existenzvernichtende Schadensersatzpflichten ergeben können. Dass in einem solchen Fall eine D&O-Versicherung zugunsten des Managers Deckungsschutz gewährt, ist ausgeschlossen. Bei wissentlicher Pflichtverletzung und vorsätzlichem Handeln ist die Versicherung nicht eintrittspflichtig. Folglich muss der Vorstand/Geschäftsführer im wohlverstandenen Eigeninteresse durch Einholung qualifizierten Rechtsrats im Vorfeld sicherstellen, dass in seinem konkreten Einzelfall auf der Grundlage des zu beurteilenden Sachverhalts die Amtsniederlegung gerechtfertigt ist, was im Umkehrschluss eine Niederlegung zur Unzeit oder rechtsmissbräuchliche Niederlegung ausschließt.

Immer wenn die Gesellschaft nicht in der Lage ist, sich die dringend benötigten Dienste des Geschäftsführers oder Vorstands kurzfristig anderweitig zu beschaffen, ist der Tatbestand „zur Unzeit“ erfüllt. Allerdings können AGs von Gesetzes wegen Aufsichtsratsmitglieder vorübergehend zu Vorständen berufen, sodass gerade bei der AG zumeist eine weitgehend lückenlose Nachbesetzung der Vorstandsposition möglich ist. Die Amtsniederlegung des Alleinvorstands einer AG führt auch dann nicht zur Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft, wenn nur noch ein Aufsichtsratsmitglied verblieben ist, denn sowohl dieses Mitglied als auch jeder Aktionär können die gerichtliche Ergänzung des Aufsichtsrats gemäß § 104 Abs. 1 S. 1 AktG beantragen und der Aufsichtsrat sodann einen neuen Vorstand bestellen (OLG Hamburg 27.6.2016 – 11 W 30/16, NZG 2016, 1070). Rechtsmissbräuchlich ist die Amtsniederlegung, wenn durch diese Handlung Änderungen oder Verbesserungen der Anstellungsbedingungen herbeigeführt werden sollen.

Die Gesellschaft muss im Rechtsverkehr ordnungsgemäß vertreten werden. Daher muss insbesondere bei Amtsniederlegung eines einzelnen Geschäftsführers Vorsorge getroffen werden, dass die Gesellschafterversammlung umgehend einen neuen GmbH-Geschäftsführer bestellt. Die Niederlegung des Geschäftsführeramtes ist deshalb auf einen Zeitpunkt auszusprechen, welche der Gesellschaft die Möglichkeit eröffnet, einen neuen Geschäftsführer, ggf. einen Notgeschäftsführer, zu bestellen. Mit sofortiger Wirkung sollte die Amtsniederlegung deshalb nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes und dessen gerichtsverwertbarer Beweisbarkeit erfolgen. Durch die Amtsniederlegung kann sich der GmbH-Geschäftsführer nicht den ihm obliegenden Verpflichtungen entziehen. Ist die Gesellschaft im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Amtsniederlegung bereits zahlungsunfähig oder überschuldet, besteht für ihn gleichwohl noch die Pflicht zur Beantragung der Insolvenz der Gesellschaft, § 64 I GmbHG (Schuhmann NZG 2002, 706). Wenn nahezu zeitgleich erfolgte, gleichzeitig zur Registereintragung, angemeldete Amtsniederlegungen mehrerer Geschäftsführer die Führungslosigkeit der Gesellschaft zur Folge haben, ist dieses als rechtsmissbräuchlich anzusehen, sodass die Amtsniederlegungen unwirksam sind. Dem stehen die durch das MoMiG erfolgten Rechtsänderungen nicht entgegen (OLG Nürnberg 12.5.2021 – 12 W 502/21, NZG 2021, 1552).

Rechtsmissbräuchlich und **strafrechtlich relevant** ist die Amtsniederlegung durch den Manager im Zusammenhang mit einer gezielten „**Firmenbestattung**“ (vgl. Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2022, Rn. 1112ff.). Diese Form des Rechtsmissbrauchs tritt sowohl bei der GmbH als auch bei der AG auf. Dabei folgt der Gestaltungsmissbrauch folgendem Grundmuster: Um den Gläubigern der Gesellschaft die Durchsetzung ihrer Ansprüche zu erschweren oder bestenfalls unmöglich zu machen und sich des Stigmas eines Insolvenzverfahrens zu entziehen, beauftragt der Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer insolvenzbedrohten oder insolventen GmbH einen Firmenbestatter. Sodann werden alle Geschäftsanteile der GmbH an einen durch den Firmenbestatter vermittelten Dritten zu einem symbolischen Kaufpreis verkauft und übertragen. Gleichzeitig entrichtet der Verkäufer ein „Bestattungsentgelt“ an den Firmenbestatter, das sich üblicherweise nach der Höhe der bestehenden Verbindlichkeiten richtet, üblicherweise 10%. Im Folgenden legt der Alt-Geschäftsführer, verbunden mit der Bestellung eines neuen Geschäftsführers, bei dem es sich in der Regel um den Käufer handelt, sein Amt nieder oder wird hiervon abberufen. Der durch den Firmenbestatter vermittelte Neugeschäftsführer als Strohhalm zeichnet sich dabei regelmäßig durch Vermögenslosigkeit, nicht vorhandene Er-

fahrung hinsichtlich des Führens eines Unternehmens und fehlende Erreichbarkeit aus. Der neue Geschäftsführer verlegt dann idR zeitnah den Geschäftssitz in weit entfernte kleine Orte oder ins Ausland. Hierdurch sollen Probleme bei der Identifizierung des zuständigen Insolvenzgerichts ausgelöst werden, eine Insolvenzeröffnung soll nicht am Ursprungssitz der Gesellschaft publik werden und generell sollen „lästige“ Gläubiger abgeschüttelt werden. Um diese Folgen zu verschärfen, werden Anteilsübertragung, Geschäftsführer- und Sitzwechsel mitunter wiederholt vorgenommen (sog. „Kettenübertragung“). Gleichermaßen werden gezielt noch vorhandene Vermögensgegenstände liquidiert und wichtige Geschäfts- und Buchhaltungsunterlagen gehen wie bestellt verloren.

- 19 **ff) Amtsniederlegung in der Ein-Mann-GmbH.** Die Amtsniederlegung eines Geschäftsführers wurde dann als rechtsmissbräuchlich und unwirksam angesehen, wenn sie zur Führungslosigkeit der Gesellschaft führt, etwa wenn der einzige Geschäftsführer, der zugleich alleiniger Gesellschafter oder maßgeblicher Mehrheitsgesellschafter ist, sein Amt niederlegt, ohne zugleich einen neuen Geschäftsführer zu bestellen (ausf. zum alten Meinungsstand Lohr DStR 2002, 2173, 2177f.). Dies verlange das Interesse des Rechtsverkehrs an der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft, die anderenfalls vollständig beseitigt würde. Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 wurde geregelt, dass es im Falle der Führungslosigkeit der Gesellschaft möglich ist, Willenserklärungen an diese gegenüber jedem Gesellschafter und an die im Handelsregister eingetragene inländische Geschäftsanschrift der Gesellschaft abzugeben sowie Schriftstücke dorthin zuzustellen wie auch, dass im Falle der Führungslosigkeit der Gesellschaft jeder Gesellschafter verpflichtet ist, bei Vorliegen der Voraussetzungen Insolvenzantrag zu stellen. Ob im Hinblick hierauf weiterhin von der Unwirksamkeit einer Amtsniederlegung wegen Rechtsmissbrauchs auszugehen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich gesehen (vgl. Altmeppen, 10. Aufl. 2021, GmbHG § 38 Rn. 81 ff. mwN; OLG Nürnberg 12.5.2021 – 12 W 502/21, NZG 2021, 1552). Wenn nahezu zeitgleich erfolgte, gleichzeitig zur Registereintragung, angemeldete Amtsniederlegungen mehrerer Geschäftsführer die Führungslosigkeit der Gesellschaft zur Folge haben, ist dieses als rechtsmissbräuchlich anzusehen, sodass die Amtsniederlegungen unwirksam sind. Dem stehen die durch das MoMiG erfolgten Rechtsänderungen nicht entgegen. Wenn mehrere selbstständige registerfähige Tatsachen zur Eintragung angemeldet sind und zur gemeinsamen Erledigung vorliegen, dann sind sie gleichzeitig zu vollziehen, selbst wenn verschiedene, getrennt eingegangene Eintragungsanträge vorliegen (OLG Nürnberg 12.5.2021 – 12 W 502/21, NZG 2021, 1552).

2. Erläuterungen

a) Fehlerhafte, unberechtigte und unwirksame Niederlegung

- 20 Die Rechtsfolgen einer unwirksamen Amtsniederlegung sind für den Geschäftsführer und die GmbH einschneidend (zu den Rechtsfolgen der missbräuchlichen Amtsniederlegung Holthausen GmbHHR 2020, 1205, 1212f.). Der Geschäftsführer bleibt Geschäftsführer der Gesellschaft, verbunden mit allen Rechten und Pflichten: Er bleibt vertretungsberechtigt für die Gesellschaft und unterliegt insbesondere den steuerrechtlichen und den strafbewehrten insolvenzrechtlichen Pflichten. Jahresabschlüsse, die nicht von allen Geschäftsführern aufgestellt werden, sind fehlerhaft. Rechtsgeschäfte, die ein weiterer oder neu bestellter Geschäftsführer als vermeintlich alleiniger Geschäftsführer abschließt, sind gemäß § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam, sofern dieser nicht allein vertretungsberechtigt ist (§ 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG) und sich dies aus dem Handelsregister ergibt (andernfalls kann das Rechtsgeschäft unter Rechtsscheingesichtspunkten gemäß § 15 Abs. 1 HGB dennoch wirksam sein). Liegen diese Voraussetzungen vor, hat der vermeintlich alleinige Geschäftsführer bei allen unternehmensbezogenen Rechtsgeschäften ab der unwirksamen Amtsniederlegung seines Amtskollegen als falsus procurator gehandelt und ist – nach Maßgabe des

§ 179 BGB – sogar einer persönlichen Haftung ausgesetzt (Stenzel/Lühr NZG 2015, 743, 744). Ohne Vorliegen eines rechtfertigenden wichtigen Grundes kann die Amtsniederlegung Leistungspflichten aus dem Dienstverhältnis verletzen und eine Vertragsverletzung darstellen (vgl. BGH 8.2.1993 – II ZR 58/92, NJW 1993, 1198, 1200).

b) Amtsniederlegung und Handelsregister

Das Registergericht hat die Pflicht, darüber zu wachen, dass Eintragungen im Handelsregister den gesetzlichen Erfordernissen und der tatsächlichen Rechtslage entsprechen (BGH 21.6.2011 – II ZB 15/10, NJW-RR 2011, 1184; 24.6.1982 – III ZR 19/81, NJW 1983, 222). Dabei ist es aber nicht verpflichtet, verwickelte Rechtsverhältnisse oder zweifelhafte Rechtsfragen zu klären. Dadurch würden die Registergerichte überlastet und es bestünde die Gefahr, dass Handelsregistereintragungen auf unangemessene Zeit blockiert würden. Eine Pflicht zur Amtsermittlung nach §§ 26, 382 FamFG besteht nur dann, wenn entweder die formalen Mindestanforderungen für eine Eintragung nicht erfüllt sind oder wenn begründete Zweifel an der Wirksamkeit der zur Eintragung angemeldeten Erklärungen oder an der Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen bestehen (vgl. OLG München 9.12.2008 – 31 Wx 106/08, NZG 2009, 1315; OLG Düsseldorf 15.12.2000 – 3 Wx 432/00, NZG 2001, 229; BayObLG, 6.8.1981 – BReg. 1 Z 39/81, BayObLGZ 1981, 266).

Die Amtsniederlegung kann hinsichtlich ihrer Wirksamkeit mit einem in der Zukunft liegenden Termin versehen und auf die Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister bedingt werden (BGH 21.6.2011 – II ZB 15/10, NZG 2011, 907; MüKo GmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl. 2019, GmbHG § 38 Rn. 64). Grundsätzlich kann der sein Amt niederlegende Geschäftsführer selbst die Eintragung der Amtsniederlegung anmelden. Dabei ist zu beachten, dass ein ausgeschiedener Geschäftsführer sein Ausscheiden nach hM nicht mehr selbst zum Handelsregister anmelden kann. Entsprechendes gilt nach wirksamer Amtsniederlegung für das Vorstandsmitglied, auch wenn es sich um einen Alleinvorstand handelt (Koch, 16. Aufl. 2022, AktG § 84 Rn. 79). Als Konsequenz muss das Ausscheiden dieses (ehemaligen) Geschäftsführers von den anderen satzungsgemäß bestellten Geschäftsführern oder, wenn solche fehlen, von einem Notgeschäftsführer angemeldet werden, der entsprechend § 29 BGB zu bestellen wäre (Wicke MittBayNot 2014, 13, 17). Die Anmeldung des Ausscheidens eines GmbH-Geschäftsführers ist nicht lediglich ein Geschäft des „laufenden Betriebs“, sondern betrifft mit Rücksicht auf die dem Geschäftsführer zukommende Organstellung und die damit einhergehende umfassende Vertretungsbefugnis die Grundlagen des kaufmännischen Unternehmens. Der gesetzliche Umfang von Prokura und Handlungsvollmacht reicht als Bevollmächtigung für die Anmeldung des Ausscheidens eines Geschäftsführers einer GmbH zum Handelsregister nicht aus (OLG Düsseldorf 16.3.2012 – I-3 Wx 296/11, NZG 2012, 1223). Die Amtsniederlegung des Geschäftsführers kann aufschiebend bedingt oder befristet werden, insbesondere unter der Bedingung der Eintragung der Löschung des Geschäftsführers im Handelsregister erklärt werden (OLG Nürnberg 12.5.2021 – 12 W 502/21, NZG 2021, 1552). Dies hat zur Folge, dass der Geschäftsführer erst zu diesem späteren Zeitpunkt seine Organstellung verliert, damit bis dahin noch die Befugnisse eines Geschäftsführers ausüben und insbesondere die Anmeldung seines Ausscheidens zum Handelsregister noch selbst vornehmen kann (OLG Nürnberg 12.5.2021 – 12 W 502/21, NZG 2021, 1552). Nicht mehr selbst anmeldeberechtigten Geschäftsführern steht nach hM die Möglichkeit offen, im Klagewege durchzusetzen, dass die Pflicht der Gesellschaft (vgl. OLG Brandenburg v. 5.6.2012 – 7 Wx 13/12, NotBZ 2013, 475), ihr Ausscheiden im Handelsregister eintragen zu lassen, erfüllt wird (vgl. Karlsfeld ArbRB 2012, 353, 355). Die Vollstreckung erfolgt nach § 894 ZPO. Daneben kann der auszutragende „Geschäftsführer“ auch beim Registergericht beantragen, die Gesellschaft durch gegenüber den vorhandenen Geschäftsführern anzudrohende Zwangsgelder (§ 14 HGB) zur Anmeldung zu bewegen (vgl. Holthausen GmbHHR 2020, 1205, 1210).

- 23 Zum Nachweis der Beendigung der Vertretungsbefugnis durch Amtsniederlegung eines Geschäftsführers hat der anmeldende Geschäftsführer Unterlagen vorzulegen, aus denen sich der Zugang der Niederlegungserklärung bei dem Bestellungsorgan bzw. dem zuständigen Erklärungsempfänger ergibt. Als Unterlage kommt auch das rein elektronisch erstellte Protokoll einer Gesellschafterversammlung in Betracht (30.6.2022 – 22 W 36/22, GmbHR 2022, 1191; BGH 17.9.2001 – II ZR 378/99, NZG 2002, 43). Bei der AG sollte der Aufsichtsrat nach einer Amtsniederlegung durch das Vorstandsmitglied unverzüglich veranlassen, dass die Amtsniederlegung im Handelsregister eingetragen wird. Solange der Vorstand noch im Register eingetragen ist, können Rechtshandlungen durch ihn aufgrund der öffentlichen Publizität des Registers immer noch für und gegen die AG wirken.

3. Taktische Hinweise

- 24 Obwohl die Amtsniederlegung grundsätzlich keiner Form bedarf, sind gemäß § 39 Abs. 2 GmbHG der Anmeldung die Urkunden über die Beendigung der Vertretungsbefugnis in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.
- 25 Eine Schadensersatzhaftung des Geschäftsführers kommt bei einer treuwidrigen (insbesondere zur Unzeit) oder missbräuchlichen Amtsniederlegung in Betracht. Legt der Geschäftsführer sein Amt im Rahmen eines entgeltlichen Dienstvertrages nieder, verletzt er seine Hauptpflicht zur Geschäftsführung. Er muss daher grundsätzlich zugleich den Anstellungsvertrag wirksam kündigen (§§ 626, 627 BGB), um einer Haftung zu entgehen (vgl. Noack/Servatius/Haas/Beurskens GmbHG § 38 Rn. 78). Als Alternative zur einseitigen Niederlegungserklärung ist daher stets die einvernehmliche Niederlegung der Organstellung in einem Aufhebungsvertrag zu prüfen.
- 26 Legt der Geschäftsführer sein Amt nieder, verliert die GmbH ihre Prozessfähigkeit. Hieran ändert der seit dem 1.11.2008 geltende § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG nichts (Holthausen GmbHR 2020, 1205, 1214). Nach dieser Vorschrift wird die Gesellschaft bei einer Führungslosigkeit, also beim Fehlen eines Geschäftsführers, von ihren Gesellschaftern gesetzlich vertreten, wenn ihr gegenüber Willenserklärungen abzugeben oder Schriftstücke zuzustellen sind. Das betrifft etwa die Zustellung einer Klageschrift. Darin erschöpft sich die Prozessführung aber nicht. Einen Prozess kann die GmbH nur führen, wenn ihre Vertreter nicht nur zur Passivvertretung, sondern auch zur Aktivvertretung befugt sind, also auch Willenserklärungen mit Wirkung für die Gesellschaft abgeben können. Eine solche Rechtsmacht haben die Gesellschafter in den Fällen des § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG nicht (BFH 28.8.2012 – I B 69/12, GmbHR 2013, 167; BGH 25.10.2010 – II ZR 115/09, NZG 2011, 26).
- 27 Vorsicht ist im Fall eines Wettbewerbsverstoßes und eines damit einhergehenden unlauteren Wettbewerbs geboten. Hat zB ein Wettbewerbsunternehmen den Vorstand/Geschäftsführer abgeworben und ihm zugesichert, etwaige Schäden beim früheren Dienstherrn abzudecken, wenn das Organ sein Amt niederlegt und sofort den Dienstgeber wechselt, liegt ein vertragswidriges Verhalten auf Seiten des Vorstands/Geschäftsführers und ein Verleiten zum Vertragsbruch auf Seiten des einstellenden Konkurrenzunternehmens (unlauterer Wettbewerb) vor, was in der Regel Schadensersatzansprüche einerseits und empfindliche Strafen und Unterlassungsansprüche andererseits nach sich zieht. Auch die Pflicht zur weiteren Einhaltung eines vertraglichen Wettbewerbsverbots bei (unwirksamer) Amtsniederlegung und die Rechtsfolgen für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot wollen mit Blick auf das Trennungsprinzip und ggf. fortbestehende dienstvertragliche Verpflichtungen wohl durchdacht sein. An dieser Stelle besteht mit Blick auf die Beratungspraxis erhebliches Störfall- und Schadenspotenzial (vgl. OLG Oldenburg 17.2.2000 – 1 U 155/99, NZG 2000, 1038; Karlsfeld ArbRB 2012, 353). Nach Auffassung des OLG Celle (OLG Celle 24.9.2013 – 9 U 121/12, BeckRS 2014, 14762) kann die Gesellschaft ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot des Geschäftsführers aus dem Dienstvertrag nicht mehr mit Erfolg durchsetzen, wenn der Geschäftsführer berechtigt aus wichtigem Grund

sein Amt niedergelegt hat. Zur Begründung führt das OLG Celle an, der Geltendmachung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots durch einen Dienstherrn, der sich selbst so vertragsuntreu verhalten habe, dass er seinem Geschäftsführer Anlass für eine außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags gegeben habe, stünde jedenfalls der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) entgegen.

Als Fazit und grundlegende taktische Empfehlung bleibt festzuhalten: Die sofortige Niederlegung der Organstellung und die zeitgleiche fristlose Eigenkündigung des Dienstvertrags müssen gut überlegt und mit Blick auf die weitreichenden Folgen sorgsam durchdacht sein. Das gilt in besonderem Maße, wenn sich das Unternehmen in der Krise befindet. Unbedachtes, vorschnelles Handeln kann nicht nur Schadensersatz nach sich ziehen, sondern auch Wettbewerbsbeschränkungen und Tätigkeitsverbote. In der Regel stellt sich erst mit rechtskräftigem Abschluss eines mehrjährigen Schadensersatzprozesses heraus, ob die einseitige Amtsniederlegung und fristlose Eigenkündigung des Organs von einem wichtigen Grund getragen war. Eine Prognose zum Niederlegungs- oder Kündigungszeitpunkt bezüglich des Vorliegens eines wichtigen Grundes ist in der Praxis so gut wie immer mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Etwaige Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer/Vorstand sind nicht von einer D&O-Versicherung gedeckt. Auch die rechtsmissbräuchlich oder zur Unzeit erklärte Amtsniederlegung und Kündigung sind rechtswirksam, aber mit hohen, unkalkulierbaren Schadensersatzfolgen verbunden. Mit Blick auf diese Hintergründe und Risiken ist die einvernehmliche Trennung und Amtsniederlegung idR der vorzugswürdigere, konfliktärmere Weg.

III. Alternative Klauseln

Niederlegung mit Angabe von Gründen:

29



Sehr geehrte Damen und Herren,

mit heutigem Datum ... und sofortiger Wirkung lege ich, ... [Vorname, Nachname], wohnhaft in ... [Adresse], hiermit das Amt des Geschäftsführers der (Firmenbezeichnung) GmbH nieder.

Aufgrund aufgetretener unüberbrückbarer Differenzen im Hinblick auf die grundlegende Unternehmensstrategie, die Führung der Geschäfte der Gesellschaft sowie die Ausübung des Amtes der Geschäftsführung durch meine Person, sehe ich mich mangels Entgegenkommen der Gesellschafter nicht mehr in der Lage, das Amt des Geschäftsführers zum Wohle der Gesellschaft weiter auszuüben.

Unter diesen, Ihnen bekannten Umständen und nach mehrfachen, erfolglosen, auch schriftlich dokumentierten Versuchen zur Herstellung eines einvernehmlichen Miteinanders, halte ich es für angemessen und zwingend notwendig, das Amt des Geschäftsführers mit sofortiger Wirkung niederzulegen.

Mit freundlichen Grüßen

... Geschäftsführer

Amtsniederlegung als Geschäftsführer und Kündigung des Dienstvertrags:

30



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit lege ich das Amt als Geschäftsführer der ... [Firmenbezeichnung] GmbH mit Sitz ... [Adresse], eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts ... [Ort], HRB ... mit Wirkung zum Ablauf des ... [Datum] nieder.

Gleichzeitig künde ich meinen Geschäftsführer-Dienstvertrag ordentlich mit Wirkung zum Ablauf des ... [Datum].

Ich bitte Sie, mir den ordnungsgemäßen Empfang der Niederlegungs- und Kündigungserklärung auf der beigegefügtten Kopie dieses Schreibens unter anschließender Rücksendung an mich zu bestätigen.

Zudem bitte ich Sie, die Amtsniederlegung unverzüglich zur Eintragung in das zuständige Handelsregister anzumelden, und mir sowohl eine Kopie der entsprechenden Anmeldung als auch eine Bestätigung der Austragung in Kopie zeitnah zur Verfügung zu stellen.

Mit freundlichen Grüßen

... Geschäftsführer

IV. Weiterführende Literatur

Deilmann, Fehlen einer Directors & Officers (D&O) Versicherung als Rücktrittsgrund für die Organmitglieder einer Aktiengesellschaft, NZG 2005, 54; Freyler, Der gesellschaftsrechtliche Mutterschutz der GmbH-Geschäftsführerin, NZG 2021, 1348; Holthausen, Die Niederlegung des Geschäftsführeramtes – Rechtliches Umfeld, Risikohinweise und Handlungsempfehlungen, GmbHR 2020, 1205; Janzen, Vorzeitige Beendigung von Vorstandsamt und -vertrag, NZG 2003, 468; Karlsfeld, Beendigung von Mandat und Anstellungsvertrag durch Organmitglieder, ArbRB 2012, 353; Leuring/Rubner, Die Amtsniederlegung durch ein Vorstandsmitglied, NJW-Spezial 2019, 719; Lohr, Die Amtsniederlegung des GmbH-Geschäftsführers – Voraussetzungen der Niederlegung und Folgen für das Anstellungsverhältnis, DStR 2002, 2173; Lohr, Die Amtsniederlegung des GmbH-Geschäftsführers, RNotZ 2002, 164; Mielke/Heinemann, Die wirksame Amtsniederlegung des Fremdgeschäftsführers bei Führungslosigkeit, ZIP 2017, 1466; Münch, Amtsniederlegung, Abberufung und Geschäftsunfähigkeit des Geschäftsführers einer GmbH, DStR 1993, 916; Reichert, Die unberechtigte Amtsniederlegung aus wichtigem Grund, ZWE 2002, 438; Röcken, Der Rücktritt des Vorstandes, ZStV 2014, 236; Schuhmann, Zur Amtsniederlegung eines GmbH-Geschäftsführers, NZG 2002, 706; Stenzel/Lühr, Zum richtigen Erklärungsempfänger der Amtsniederlegung eines Geschäftsführers bei einem Gesellschafterwechsel, NZG 2015, 743; Wicke, Aktuelle Fragen der GmbH-Praxis, MittBayNot 2014, 13.