

Theorie und Praxis des Arbeitsrechts

Herausgegeben von der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts

Johannes Götz

# Der fehlerhaft angewiesene GmbH-Geschäftsführer

Remonstration als Ausweg aus der  
persönlichen Verantwortung



**Nomos**

**Theorie und Praxis des Arbeitsrechts**

herausgegeben von der Stiftung Theorie und Praxis  
des Arbeitsrechts (Wolfgang-Hromadka-Stiftung)

**Band 21**

Johannes Götz

# Der fehlerhaft angewiesene GmbH-Geschäftsführer

Remonstration als Ausweg aus der  
persönlichen Verantwortung



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-8487-8952-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-3227-7 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung sind bis Mai 2022 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Frank Maschmann, für die hervorragende Betreuung und vorbehaltlose Förderung. Mit seinen kurzweiligen Vorlesungen, praxisnahen Seminaren und zahlreichen Veranstaltungen an seinem Lehrstuhl konnte er mich nachhaltig für das Arbeitsrecht begeistern. Herrn Professor Dr. Wolfgang Servatius danke ich für das zügig erstellte Zweitgutachten.

Der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts (Wolfgang-Hromadka-Stiftung) danke ich für die Aufnahme in ihre Schriftenreihe und den großzügig gewährten Druckkostenzuschuss.

Meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht danke ich für den freundschaftlichen Zusammenhalt und die erlebnisreiche Zeit der letzten sechs Jahre am Lehrstuhl.

Besonders danke ich meiner Schwester und meinen Eltern für ihre Hilfe bei der Endkorrektur dieser Arbeit und ihre stets unermüdliche Unterstützung. Anna Gottwald danke ich ebenso für ihre Hilfe bei der Endkorrektur, ihre Geduld und ihren liebevollen Rückhalt.

Regensburg, im Mai 2022

Johannes Götz



## Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
I. Problemaufriss: Amtsniederlegung als einziger Ausweg?	17
II. Zielsetzung	21
III. Begriffsklärung	22
1. Einfache Weisung und Weisungsbeschluss	22
2. Fehlerhafte Weisungen	22
3. Geschäftsführer	22
4. Remonstration	23
IV. Gang der Untersuchung	23
B. Weisungsfolgepflichten in der GmbH	25
I. Grundlagen der Weisungsfolgepflicht	25
1. Weisungsfolgepflicht in der GmbH	26
2. Weisungsfolgepflicht in der konzernangehörigen GmbH	27
a. Vertragskonzern	28
b. Faktischer Konzern	28
3. Anstellungsvertragliche Weisungsfolgepflicht	29
a. Anstellungsvertrag als Arbeitsvertrag nach § 611a BGB	31
b. Anstellungsvertragliches Weisungsrecht im Übrigen	32
c. Abgrenzung organschaftliches und anstellungsvertragliches Weisungsrecht	33
4. Mittelbare schuldrechtliche Weisungsrechte Dritter	34
II. Art und Inhalt der Weisungen und Weisungsbeschlüsse	34
1. Einzelweisungen, allgemeine Richtlinien oder Geschäftsordnung	35
2. Gebote und Verbote	35
3. Billigung und Zustimmung	35
4. Handlungsempfehlungen	36
III. Person des Weisungsgebers	36
1. Gesetzlicher Regelfall: Gesellschafterversammlung	37
2. Statutarische Übertragung des Weisungsrechts	37
a. Übertragung des Weisungsrechts auf Aufsichtsräte	40

*Inhaltsverzeichnis*

b. Übertragung auf gesellschaftsexterne Dritte	41
c. Übertragung durch bloßen Beschluss	44
3. Weisungsgeber im Konzern	45
a. Vertragskonzern	45
b. Faktischer Konzern	47
4. Anstellungsvertragliches Weisungsrecht	49
C. Rechtsnatur der Weisung an den Geschäftsführer	50
I. Weisung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung	51
1. Begriff des Weisungsbeschlusses	51
2. Rechtsnatur des Weisungsbeschlusses	52
3. Wirkung des Weisungsbeschlusses	53
4. Konsequenzen für die tatsächliche Weisungserteilung	54
5. Konsequenzen für mangelhafte Weisungsbeschlüsse	55
II. Einfache Weisung und Weisungen ohne „Beschluss“	57
1. Weisung durch einen Beirat	58
a. Beiratsentscheidung als Beschluss	58
b. Konsequenzen für Beschlussmängel	59
2. Weisung eines rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten	61
3. Weisung in der Einpersonen-GmbH	62
a. Entscheidung des Alleingeschafters als Beschluss	62
b. Konsequenzen für Beschlussmängel	64
4. Weitere Weisungen durch Einzelpersonen	66
5. Weisung im Vertragskonzern	66
6. Anstellungsvertragliche Weisung	67
7. Schuldrechtliche Weisung Dritter	67
D. Fehlerhafte Weisungen und Weisungsbeschlüsse	68
I. Fehlerhaftigkeit der Weisungsbeschlüsse, §§ 241 ff. AktG analog	68
1. Nichtigkeitsbeschlüsse, § 241 AktG analog	68
a. Nichtigkeitsgrund	69
(i) Formelle Mängel, § 241 Nr. 1, 2 AktG analog	69
(ii) Materielle Mängel, § 241 Nr. 3, 4 AktG analog	69
(1) Verstöße gegen das Wesen der GmbH	70
(2) Verstöße gegen Vorschriften im öffentlichen Interesse	70
(a) Nichtigkeitsfolge bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten	71



(b) Arbeitnehmerbelange betreffende Weisungsbeschlüsse	73
(c) Verstoß gegen gläubigerschützende Vorschriften	74
(3) Sittenwidrigkeit, § 241 Nr. 4 AktG analog	75
(iii) Weitere Nichtigkeitsgründe	76
b. Rechtsfolge der Nichtigkeit	76
2. Anfechtbare Weisungsbeschlüsse, § 243 AktG analog	76
a. Anfechtungsgrund	77
(i) Formelle Mängel	77
(ii) Materielle Mängel	78
b. Rechtsfolge der Anfechtbarkeit	79
(i) Wirksam angefochtene Weisungsbeschlüsse	79
(ii) Unanfechtbare Weisungsbeschlüsse	80
(iii) Noch anfechtbare Weisungsbeschlüsse	81
3. Schwebend unwirksame Weisungsbeschlüsse	82
4. Nicht- und Scheinweisungsbeschlüsse	83
a. Weisungsbeschluss durch Nichtgesellschafter	84
b. Ablehnungsbeschluss	85
c. Fälschlich behaupteter Beschluss	86
d. Ergebnis	86
II. Fallgruppen fehlerhafter Weisungen und Weisungsbeschlüsse	87
1. Gesetzes- und sittenwidrige Weisungen	87
a. Verstoß gegen ausländische Normen	88
b. Umgehungsweisung	89
c. Weisung zum Vertragsbruch	89
2. Kompetenzwidrige Weisungen	92
a. Weisungsgeber ohne Weisungsrecht	92
b. Überschreitung der Weisungsbefugnis	93
c. Gefälschte Weisungen	95
3. Unmögliche Weisungen	96
4. Nichtige Einzelstimmen und stimmlose Weisungsbeschlüsse	97
5. Treuwidrige Weisungen	98
6. Widersprüchliche Weisungen	99
a. Unklare oder in sich widersprüchliche Einzelweisungen	99
(i) Auslegung der Weisung	99
(ii) Tatsächliche Perplexität	102
b. Weisungswiderspruch eines Weisungsgebers und Weisungswiderruf	103

*Inhaltsverzeichnis*

c.	Weisungswiderspruch mehrerer Weisungsgeber	105
(i)	Grundfall mehrerer Weisungsgeber	106
(1)	Rechtsgedanke der § 711 BGB und § 115 Abs. 1 HGB	106
(2)	Bewusster oder unbewusster Widerspruch	107
(3)	Perplexes Pflichtenregime	108
(4)	Hierarchie der Weisungsgeber	109
(5)	Weitere Kollisionsregeln	110
(ii)	Vertragskonzernangehörige GmbH	110
(iii)	„Geschäftsführer im Nebenamt“	111
7.	Satzungswidrige Weisungen	112
a.	Materielle Satzungswidrigkeit	113
b.	Punktuelle Satzungsdurchbrechung	113
c.	Verstoß gegen statutarische Geschäftsführungsbefugnis	114
8.	Anstellungsvertragswidrige Weisungen	114
a.	Wirksamkeit der anstellungsvertraglichen Regelung	115
b.	Vorrang der Organstellung	116
9.	Nachteilige Weisungen	118
a.	Bloß schädigende Weisung	119
b.	Existenzgefährdende Weisung	120
c.	Untreue, § 266 StGB	121
d.	Nachteilige Weisungen im Vertragskonzern	121
10.	Unbillige, unverhältnismäßige und unzumutbare Weisungen	122
a.	Anwendbarkeit des § 106 GewO und des § 315 BGB auf Weisungsbeschlüsse	123
b.	Billigkeit anstellungsvertraglicher Weisungen	123
c.	Unbillige Weisungsbeschlüsse	125
d.	Grob unverhältnismäßige und unzumutbare Weisungen	125
(i)	Grobe Unverhältnismäßigkeit i.S.d. § 275 Abs. 2 BGB	126
(ii)	Unzumutbarkeit i.S.d. § 275 Abs. 3 BGB	127
(iii)	Anwendbarkeit des § 275 BGB auf Weisungsbeschlüsse	127
11.	Moralisch oder ethisch verwerfliche Weisungen	128
III.	Beschlussmängelrecht der §§ 110 ff. HGB n.F.	129

E. Geschäftsführerrisiko durch fehlerhafte Weisungen	131
I. Haftungsrisiko durch Ausführung der Weisung	132
1. Keine Pflichtverletzung bei pflichtgemäßer Weisungsausführung	132
a. Begründung der Haftungsbefreiung	133
(i) Gebote von Treu und Glauben, § 242 BGB	134
(ii) Normierung des Rechtsgedankens	134
(iii) Umkehrschluss aus § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG	135
(iv) Disponibilität der Geschäftsführerhaftung	136
b. Voraussetzungen und Wirkung der Haftungsbefreiung	137
(i) Weisungsbeschluss	137
(ii) Einverständnis oder Billigung	139
(iii) Zustimmung	141
c. Grenzen der Haftungsbefreiung	142
(i) Weisungsbezogene Pflichten und Restverantwortung	142
(1) Pflicht zur sorgfältigen Beschlussvorbereitung	142
(2) Fortlaufende Hinweis- und Informationspflicht	143
(3) Pflicht zur sorgfältigen Weisungsausführung	143
(ii) Fehlende Folgepflicht	144
(iii) Erforderlichkeit für die Gläubigerbefriedigung	144
2. Ausführung auf eigene Verantwortung	146
a. Nichtige Weisungsbeschlüsse	147
b. Noch anfechtbare Weisungsbeschlüsse	151
c. Schwebend unwirksame Weisungsbeschlüsse	153
3. Kein Verschulden	154
a. Vertrauen auf Rat Dritter	154
b. Unklare oder umstrittene Rechtslage	156
c. Erkennbarkeit der Fehlerhaftigkeit	158
d. Haftungsprivilegierung entsprechend arbeitsrechtlicher Grundsätze	159
4. Kein zurechenbarer, ersatzfähiger Schaden	163
a. Vorteilsausgleichung	163
b. Bußgelder als Schaden	163
c. Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens	164
5. Einwand unzulässiger Rechtsausübung	167
6. Mitverschulden, § 254 BGB	171
7. Privatautonome Haftungserleichterungen	175
8. Freistellungsansprüche des Geschäftsführers	176
a. Freistellung durch Weisungsgeber (Gesellschafter)	176

*Inhaltsverzeichnis*

b. Freistellung durch nicht weisungsbefugten Weisungsgeber	178
c. Freistellung durch die Gesellschaft	179
d. Freistellung durch Mitgeschäftsführer	180
e. Freistellung durch Aufsichtsrat und Arbeitnehmer der Gesellschaft	181
9. Haftung im Außenverhältnis zu Gesellschaftern und Dritten	181
10. Haftung im Vertragskonzern	182
II. Haftungsrisiko durch Verweigerung der Weisung	182
1. Fehlende Folgepflicht	182
2. Bestehende Folgepflicht	183
3. Haftung im Außenverhältnis	183
III. Leistungs- oder Unterlassungsklage	184
IV. Abberufung und Kündigung	184
V. Strafbarkeit und Ordnungswidrigkeit	188
1. Strafbarkeit wegen Untreue, § 266 StGB	188
2. Vermeidbarer Verbotsirrtum	190
3. Nötigungsnotstand	190
4. Strafbarkeit durch Unterlassen	191
VI. Bewertung des Geschäftsführerrisikos	191
F. Remonstration als Ausweg aus der persönlichen Verantwortung	193
I. Funktionen der Remonstration	193
1. Risikovermeidung zugunsten des Geschäftsführers	194
2. Kontrolle zugunsten der Gesellschaft	195
a. Zweistufige Remonstration	196
b. Selbstkontrolldruck des Weisungsgebers	197
c. Interne Konfliktlösung	198
d. Remonstration als Rechtsschutzersatz	198
3. Offene Remonstrationskultur	199
II. Herleitung der Remonstration als Recht und Pflicht	200
1. Bisherige Ansätze einer Remonstration des Geschäftsführers	200
2. Anwendbarkeit beamten- und zivilrechtlicher Remonstrationsregeln	202
a. Remonstration im Beamtenrecht	203

b. Remonstration im Zivilrecht	205
(i) Abweichungsbefugnis und Hinweispflicht nach §§ 665 f. BGB	205
(1) Materielle Abweichungsvoraussetzungen, § 665 S. 1 BGB	206
(2) Formelle Abweichungsvoraussetzungen, § 665 S. 2 BGB	206
(3) Weisungsfolgepflicht des Beauftragten	207
(4) Melde- und Warnpflicht nach § 666 Var. 1 BGB	207
(ii) Hinweispflichten bei handelsrechtlichen Frachtgeschäften	208
c. Anwendung auf den Geschäftsführer	208
(i) Direkte Anwendung des § 665 BGB	209
(ii) Planwidrige Regelungslücke als Voraussetzung einer Analogie	211
d. Übertragbarkeit des Rechtsgedankens der Remonstration	213
(i) Ähnlichkeit zwischen GbR- und GmbH- Geschäftsführung	213
(1) Beschlussbindung der GbR-Geschäftsführung	213
(2) Sorgfaltsmaßstab der Geschäftsführung	216
(ii) Ähnlichkeit zwischen Beamten und GmbH- Geschäftsführer	217
3. Remonstrationspflichten	219
a. Prüfpflicht hinsichtlich des ursprünglichen Weisungsbeschlusses	219
b. Pflicht zur (vorläufigen) Ausführungsverweigerung	220
c. Pflicht zur sofortigen Ausführung bei Gefahr im Verzug	221
d. Pflicht zur Anzeige der Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit	222
(i) Hinweispflicht	222
(1) Hinweispflicht als Teil der weisungsbezogenen Pflichten	223
(2) Keine Herleitung aus § 51a Abs. 1 GmbHG oder § 46 Nr. 6 GmbHG	224
(3) Falsche Informationsgrundlage des Weisungsgebers	224
(4) Nachträglich geänderte Umstände	225
(5) Umfang der Hinweispflicht	226

*Inhaltsverzeichnis*

(ii) Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung	227
(1) Einberufung im Interesse der Gesellschaft erforderlich	227
(2) Vorlagepflicht bei ungewöhnlichen Maßnahmen	228
e. Prüfpflicht hinsichtlich des Remonstrationsbeschlusses	229
f. Pflicht zur Eskalation der Remonstration	230
4. Remonstrationsrecht	230
III. Fallgruppen der Remonstration	231
1. Neuer fehlerfreier Beschluss als Abhilfe der Remonstration	232
a. Aufhebung oder Änderung fehlerhafter Weisungsbeschlüsse	232
(i) Anwendungsbereich	233
(ii) Zulässigkeit und Rechtsfolgen	234
(iii) Einfache Weisungen	236
b. Neuvernahme und Bestätigung fehlerhafter Weisungsbeschlüsse	236
(i) Neuvernahme des Weisungsbeschlusses	237
(ii) Bestätigung des anfechtbaren Weisungsbeschlusses, § 244 AktG analog	237
c. Klarstellung und Bestätigung wirksamer Weisungsbeschlüsse	240
2. Remonstration ohne neuen Beschluss	241
a. Heilung des Beschlussfehlers	241
b. Nachholung bestimmter Wirksamkeitsvoraussetzungen	242
3. Zurückweisung der Remonstration	243
a. Sicherung der Einwände gegen die Haftung	243
(i) Einwand unzulässiger Rechtsausübung	243
(ii) Mitverschuldenseinwand	245
b. Privatautonome Enthftung	246
c. Absolute Grenzen der Remonstration	246
d. Freistellungsansprüche	247
IV. Ausgestaltung des Remonstrationsverfahrens	248
1. Remonstration an die Gesellschafterversammlung	248
a. Anzeige der Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit	249
b. Remonstrationsbeschluss der Gesellschafter	249
2. Zweistufige Remonstration	250
a. Remonstrationsempfänger auf erster Stufe	251
b. Beirat als fakultatives Weisungsorgan	251

c. Aufsichtsrat	253
d. Remonstrationsrat	255
e. Vertragskonzern	257
f. Faktischer Konzern	257
g. Widersprüchliche Weisungen mehrerer Weisungsgeber	258
h. Kombinationen	259
3. Dokumentation der Remonstration	260
V. Privatautonome Remonstrationsgrundlage	260
G. Handlungsalternativen nach erfolgloser Remonstration	262
I. Klagemöglichkeiten des Geschäftsführers	263
1. Anfechtungsklage	263
a. Kein Anfechtungsrecht der Geschäftsführung, § 245 Nr. 4 AktG analog	264
b. Anfechtungsrecht des Geschäftsführungsmitglieds, § 245 Nr. 5 AktG analog	265
c. Anfechtungsrecht der Geschäftsführung bei auszuführenden Beschlüssen	266
d. Pflicht zur Erhebung einer Anfechtungsklage	269
2. Nichtigkeitsklage	270
3. Allgemeine Feststellungsklage	271
II. Externes Whistleblowing und Strafanzeige	272
1. Bisherige Maßstäbe der externen Meldung von Rechtsverstößen	272
2. Schutz des Geschäftsführers als Hinweisgeber	274
III. Amtsniederlegung	276
1. Recht zur Amtsniederlegung	276
2. Pflicht zur Amtsniederlegung	278
3. Amtsniederlegung und Anstellungsverhältnis	278
4. Bewertung der Amtsniederlegung als Ausweg	281
H. Zusammenfassende Ergebnisse	283
I. Weisungsfolgepflicht des GmbH-Geschäftsführers	283
II. Rechtsnatur der Weisung an den Geschäftsführer	283
III. Fehlerhafte Weisungen und Weisungsbeschlüsse	284
IV. Geschäftsführerrisiko durch fehlerhafte Weisungen	285
V. Remonstration als Ausweg aus der persönlichen Verantwortung	286

*Inhaltsverzeichnis*

VI. Handlungsalternativen nach erfolgloser Remonstration	287
Literaturverzeichnis	289