

GmbH-Musterformulierungen

■ Nebentätigkeiten des Geschäftsführers

Empfehlenswerte Regelungen im Geschäftsführervertrag

von Ulrich Weber, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Dr. Frank Dahlbender, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, beide Köln

Rechtsgrundlagen: Nach § 88 AktG dürfen Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft ohne Einwilligung des Aufsichtsrats weder ein Handelsgewerbe betreiben noch im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Die Vorschrift ist § 60 Abs. 1 HGB nachgebildet, die Entsprechendes für den „Handlungsgehilfen“ und übergreifend für das gesamte Arbeitsrecht bestimmt. Das GmbH-Gesetz dagegen enthält zu Lasten des GmbH-Geschäftsführers kein ausdrückliches Nebentätigkeits- bzw. Wettbewerbsverbot. Der Dienstvertrag sollte daher insofern klare Regeln vorsehen. Andernfalls ist der Geschäftsführer nicht verpflichtet, seine Arbeitskraft ausschließlich der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen. Allein die Nebentätigkeit zu Gunsten eines Wettbewerbers ist auch ohne besondere Abrede unzulässig. Die allgemein aus dem Dienstverhältnis folgende Pflicht zu loyalen Verhalten gegenüber der Gesellschaft verbietet dies ohnehin.

Begriff der Nebentätigkeit: Nebentätigkeit ist jede Tätigkeit, in der der Geschäftsführer außerhalb seines Dienstverhältnisses mit der Gesellschaft seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Die Tätigkeit kann dabei im Rahmen eines Dienst-, Werk- oder Arbeitsvertrages erbracht werden. Auch unentgeltliche oder ehrenamtliche Tätigkeit unterfällt dem Begriff der Nebentätigkeit.

Abgrenzung zum Wettbewerb: Wettbewerbstätigkeit ist nicht jede Nebentätigkeit, sondern nur die Nebentätigkeit, die in Konkurrenz zu dem Geschäftszweck der Gesellschaft steht. Gemeint ist an dieser Stelle allein das vertragliche Wettbewerbsverbot für die Dauer des Dienstvertrages. Bislang branchenfremde Geschäfte werden von dem vertraglichen Wettbewerbsverbot erfasst, wenn die Gesellschaft beschließt, nunmehr ebenfalls auf dem betreffenden Markt tätig zu werden. Dies geht dann zu Lasten des Geschäftsführers. Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot, also die fortbestehende Einschränkung der Berufsfreiheit des (ehemaligen) Geschäftsführers trotz Beendigung seines Anstellungsvertrages, wurde in Heft 12/98 behandelt (*Weber/Müller*, GmbH-StB 1998, 358).

Beraterhinweise zu den Regelungen über Nebentätigkeiten

Die Übernahme von Nebenämtern ist sicherlich nicht die Hauptaufgabe eines GmbH-Geschäftsführers. Ohne besondere Abrede ist der Geschäftsführer hierzu überdies nicht *verpflichtet*.

Beraterhinweis: Auf der anderen Seite wird sich gerade im Fall größerer GmbHs regelmäßig das Bedürfnis ergeben, den Geschäftsführer auch in Nebenämtern einzusetzen. Es macht also Sinn, im Dienstvertrag das Aufgabenfeld des Geschäftsführers entsprechend zu erweitern.

Eine gesonderte Vergütung für die Übernahme von Nebenämtern ist in der Praxis *unüblich* bzw. von Dritten gewährte Zahlungen sind regelmäßig an die Gesellschaft abzuführen. Die Übernahme der Nebenämter steht in einem inneren Zusammenhang mit der Geschäftsführungsaufgabe, die ohnehin gemäß Dienstvertrag vergütet wird.

Musterformulierung zu den Regelungen über Nebentätigkeiten

§ X Nebentätigkeiten

- (1) *Auf Wunsch der Gesellschafter wird der Geschäftsführer Aufsichtsratsmandate und ähnliche Ämter/Funktionen in Unternehmen, an denen die Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, sowie in Verbänden und ähnlichen Zusammenschlüssen, denen die Gesellschaft aufgrund ihrer geschäftlichen Tätigkeit angehört, übernehmen. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, die vorgenannten Ämter unverzüglich niederzulegen, sobald dieser Vertrag endet und/oder die Gesellschafter dies verlangen.*
- (2) *Soweit der Geschäftsführer aus der Übernahme von Nebenämtern im Sinne des Abs. 1 eine Vergütung und/oder Aufwandsentschädigung erhält, ist diese an die Gesellschaft abzuführen. Ausgenommen hiervon sind Aufwendungen, die dem Geschäftsführer von der Gesellschaft nicht erstattet werden.*

Beraterhinweis: Zur Vermeidung von Missverständnissen ist eine *ausdrückliche* Regelung im Dienstvertrag empfehlenswert.

Arbeitskraft: Ohne besondere Abrede ist der Geschäftsführer nicht verpflichtet, seine Arbeitskraft allein der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen. Dies gilt nur im Fall von *Wettbewerbsaktivitäten*. Jedoch ist anzuerkennen, dass infolge weiterer Nebentätigkeiten – auch soweit sie keinen Wettbewerb betreffen – die Arbeitskraft des Geschäftsführers zugunsten der Gesellschaft u.U. leidet.

Beraterhinweis: Ein rechtliches Interesse an einer grundsätzlichen Genehmigungspflicht ist damit anzuerkennen und sollte im Dienstvertrag *ausdrücklich* verankert werden.

Folge: Setzt sich der Geschäftsführer über das Wettbewerbsverbot hinweg, droht außerordentliche/fristlose Kündigung des Dienstvertrages (§ 626 BGB). Handelt es sich dagegen um eine sonstige Nebentätigkeit, wird auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen sein. Dabei ist zu beachten, dass gerade in jüngster Zeit der BGH mehrfach entschieden hat, der Geschäftsführer einer GmbH bedürfe grundsätzlich keiner Hinweise, dass er die Gesetze und die Satzung der Gesellschaft zu achten und seine organschaftlichen Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen habe (zuletzt BGH v. 10.9.2001, ZIP 2001, 1957). Die Wirksamkeit der Kündigung seines Dienstvertrages aus wichtigem Grund setze deswegen eine vorherige Abmahnung nicht voraus.

Das Beteiligungsverbot in Abs.4 steht in einem Zusammenhang mit dem Wettbewerbsverbot. Interessenkollisionen können auch im Fall der maßgeblichen Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen oder einem Unternehmen mit Geschäftsbeziehungen zu der Gesellschaft entstehen. Dies gilt gleichermaßen, wenn *nahe Angehörige* insofern wirtschaftlich aktiv werden.

Eine Beteiligung naher Angehöriger kann der Dienstvertrag zwar nicht verbieten – dies wäre ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter –, jedoch erscheint jedenfalls eine Unterrichtung der Gesellschafter hierüber sinnvoll. Im Fall der Zuwiderhandlung ist je nach den Umständen des Einzelfalles wiederum die außerordentliche Kündigung gemäß § 626 BGB verwirkt.

Veröffentlichungen/Vorträge: Mögliche Interessenkollisionen ergeben sich schließlich im Zusammenhang mit Veröffentlichungen und Vorträgen des Geschäftsführers. Die Geschäftsführung repräsentiert die Gesellschaft nach außen, so dass das vom Geschäftsführer öffentlich gesprochene Wort der Gesellschaft ohne weiteres zugerechnet wird. Das Genehmigungserfordernis ist damit ohne weiteres anzuerkennen.

(3) *Der Geschäftsführer wird seine Arbeitskraft, seine fachlichen Kenntnisse und Erfahrungen ausschließlich zum Wohle und im Interesse der Gesellschaft und mit ihr verbundener Unternehmen einsetzen. Die Übernahme einer anderweitigen Tätigkeit im beruflichen Bereich – entgeltlich oder unentgeltlich – bedarf der vorherigen und jederzeit mit angemessener Frist widerruflichen Zustimmung der Gesellschafter. Dies gilt insbesondere für die Übernahme von Aufsichtsratsmandaten oder ähnlichen Ämtern. Die Beendigung von Mandaten ist den Gesellschaftern unverzüglich mitzuteilen.*

(4) *Der Geschäftsführer wird während der Dauer des Dienstvertrages ohne vorherige schriftliche Zustimmung der Gesellschafter nicht an einem Unternehmen beteiligt sein, dass mit der Gesellschaft oder einem mit ihr verbundenen Unternehmen in Konkurrenz steht oder in wesentlichem Umfang Geschäftsbeziehungen zu der Gesellschaft oder einem mit ihr verbundenen Unternehmen unterhält. Der Geschäftsführer wird die Gesellschafter überdies unterrichten, falls ein Mitglied seiner Familie – Angehöriger im Sinne von § 15 AO – eine Beteiligung an einem solchen Unternehmen hält. Anteilsbesitz im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung, der keinen Einfluss auf die Organe des betreffenden Unternehmens ermöglicht, gilt nicht als Beteiligung im Sinne dieser Bestimmung.*

(5) *Veröffentlichungen und/oder Vorträge, die den Interessenbereich der Gesellschaft berühren oder sonstige Rückschlüsse auf die Gesellschaft zulassen oder das Fach-/Arbeitsgebiet des Geschäftsführers betreffen, sind zur Genehmigung den Gesellschaftern zuvor anzuzeigen.*