

Der Geschäftsführer der GmbH

Pflichten – Rechte – Risiken

von

Dr. Wolfgang Beckmann

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht



6. Auflage - Stand Juni 2010

Vorbemerkung

Die vorliegende Publikation ist das Ergebnis verschiedener Vortrags- und Seminarveranstaltungen, die ich vor Geschäftsführern und Führungskräften aus Unternehmen gehalten habe. Ihr Ziel ist es, juristisch komplexe Inhalte in eine für die Praxis verständliche und nachvollziehbare Form zu bringen. Ich habe deshalb auf den üblichen Apparat von juristischen Zitaten und weiterführenden Literaturhinweisen verzichtet. Stattdessen habe ich mich bemüht, den Gang der Darstellung juristischer Sachverhalte durch Beispiele und Hinweise für die tägliche Praxis im Unternehmen aufzulockern.

Reutlingen, im Juni 2010

Wolfgang Beckmann

Fragen & Antworten

Kontakt:

VOELKER

Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer

Dr. Wolfgang Beckmann

Am Echazufer 24, Dominohaus

D – 72764 Reutlingen

Telefon: +49 7121 9202 - 42

Telefax: +49 7121 9202 – 29

E-Mail: w.beckmann@voelker-gruppe.com

www.voelker-gruppe.com

Inhaltsverzeichnis

A. Grundsätzliches zur GmbH	4
B. Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers	8
1. Begründung des Bestellungsverhältnisses	9
2. Beendigung des Bestellungsverhältnisses	11
3. Begründung des Dienstverhältnisses	13
4. Exkurs: Die Geschäftsführervergütung.....	16
5. Beendigung des Dienstverhältnisses.....	19
C. Rechte und Pflichten des Geschäftsführers im täglichen Geschäft.....	21
1. Aufgaben und Pflichten.....	21
2. Grundfragen zur Haftung.....	27
D. Risiken für den Geschäftsführer bei Gründung und Kapitalaufbringung	30
1. Die Gründung der GmbH	30
2. Risiken bei der Vorgründungsgesellschaft.....	31
3. Risiken bei der Vorgesellschaft	32
4. Die Tücken von Sachkapitalmaßnahmen	34
E. Risiken für den Geschäftsführer in der Unternehmenskrise	35
1. Die Krise der Gesellschaft aus rechtlicher Sicht	35
2. Pflichten des Geschäftsführers in der Krise.....	37

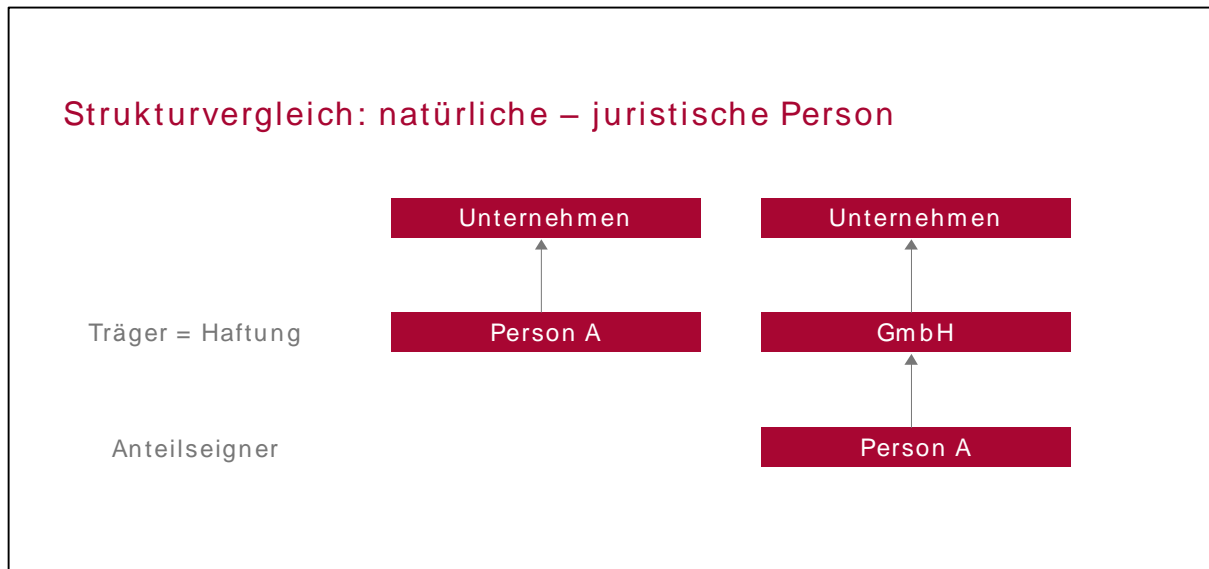
A. Grundsätzliches zur GmbH

Wer die Funktion des Geschäftsführers einer GmbH hinreichend verstehen will, muss sich zunächst eine Übersicht über die grundsätzliche Struktur dieser Unternehmensform verschaffen. Denn auch eine so komplexe Rechtsfigur wie die des Geschäftsführers baut letztlich auf einfachen und leicht nachvollziehbaren Grundüberlegungen auf.

Der Jurist unterscheidet begrifflich zwischen dem Unternehmen als der Summe aller Wirtschaftsgüter, Rechtsverhältnisse und Personen, die das Unternehmen als wirt-

Person Unternehmensträger. Dieser Unternehmensträger ist Eigentümer und Inhaber aller Sachen und Rechte des Unternehmens, aber auch Schuldner aller unternehmerischen Verbindlichkeiten.

Bei der GmbH tritt an die Stelle der natürlichen Person als Haftungsträger eine virtuelle Rechtseinheit, die juristische Person. Die GmbH als juristische Person ist Träger des Unternehmens und Träger der Haftung. Sie selbst wiederum „gehört“ ihrem Anteilseigner, der im einfachsten Fall aus einer natürlichen Person bestehen kann.



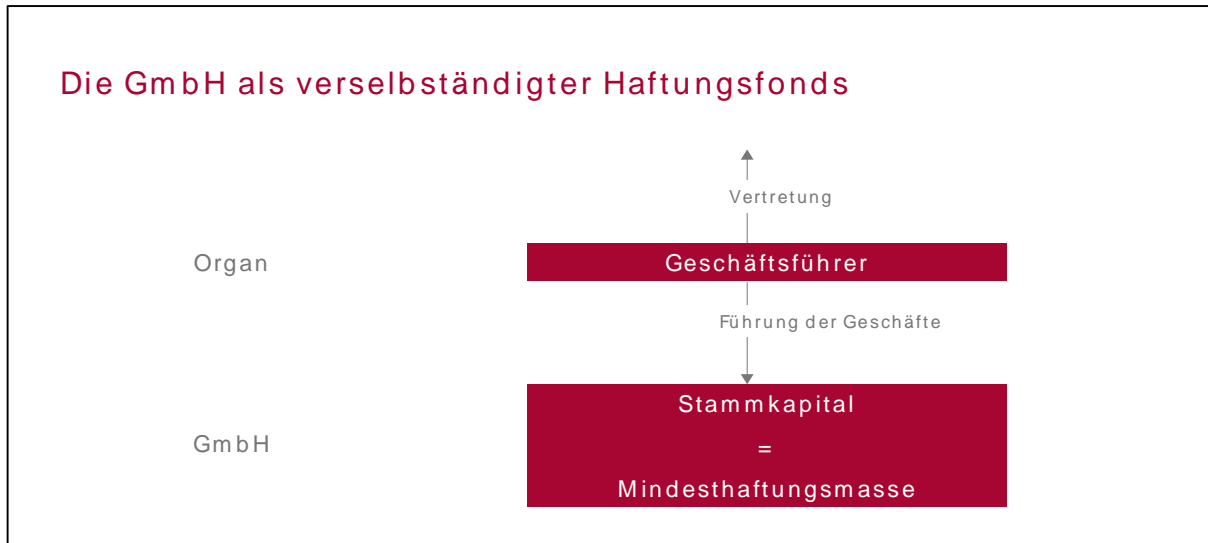
schaftliche Einheit kennzeichnen, und dem Unternehmensträger, dem das Unternehmen rechtlich gehört und der für das Unternehmen im Regelfall haftet.

In der Urform unternehmerischen Handelns, dem Einzelunternehmen, ist eine natürliche

Bei genauer Betrachtung ist die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ für diese Konstruktion sprachlicher Unsinn. Zum einen haftet die GmbH mit ihrem Vermögen als Unternehmensträger nicht etwa nur beschränkt, sondern gänzlich unbeschränkt. Die gesetzgeberische Idee

der GmbH liegt vielmehr darin, dass die Haftung des Anteilseigners auf Grund gesetzlicher Anordnung ausgeschlossen ist,

rechtlich zugeordnet ist, also die Anteilseigner, persönlich nicht haften.



weil er nicht als Unternehmensträger fungiert. Die korrekte Bezeichnung würde deshalb eigentlich lauten: „Gesellschaft ohne Haftung der Anteilseigner“.

§ 13 Abs. 2 GmbHG lautet: „Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft als solche haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen.“

Zum anderen ist seit langem anerkannt und seit 1980 auch gesetzlich vorgesehen, dass die „Gesellschaft“ mit einer einzigen Person als Gesellschafter auskommt (sogenannte „Einpersonen-GmbH“), was den Begriff der „Gesellschaft“ eigentlich obsolet macht. Im Ergebnis ist die GmbH damit eine auf Grund gesetzlicher Anordnung verselbständigte Haftungsmasse mit dem Privileg, dass die Personen, denen diese Haftungsmasse

Die GmbH als verselbständiger Haftungsfonds handelt durch ein hierfür gesetzlich zwingend vorgesehenes Organ, den oder die Geschäftsführer. Nach deutschem Recht muss Geschäftsführer notwendigerweise eine (oder mehrere) natürliche Person sein. Eine juristische Person, etwa eine andere GmbH, kann nicht als Geschäftsführer amtieren. Der oder die Geschäftsführer verfügen über die Befugnis, die Geschäfte der GmbH führen zu können (Geschäftsführungsbefugnis) und die GmbH zu diesem Zweck nach außen vertreten zu dürfen (Vertretungsmacht).

Das Gesetz und die Rechtsprechung sehen den Geschäftsführer dabei als Treuhänder, der im Interesse der von ihm geführten Gesellschaft die Einhaltung der gesetzlichen Regeln zu überwachen hat. Verletzt er diese

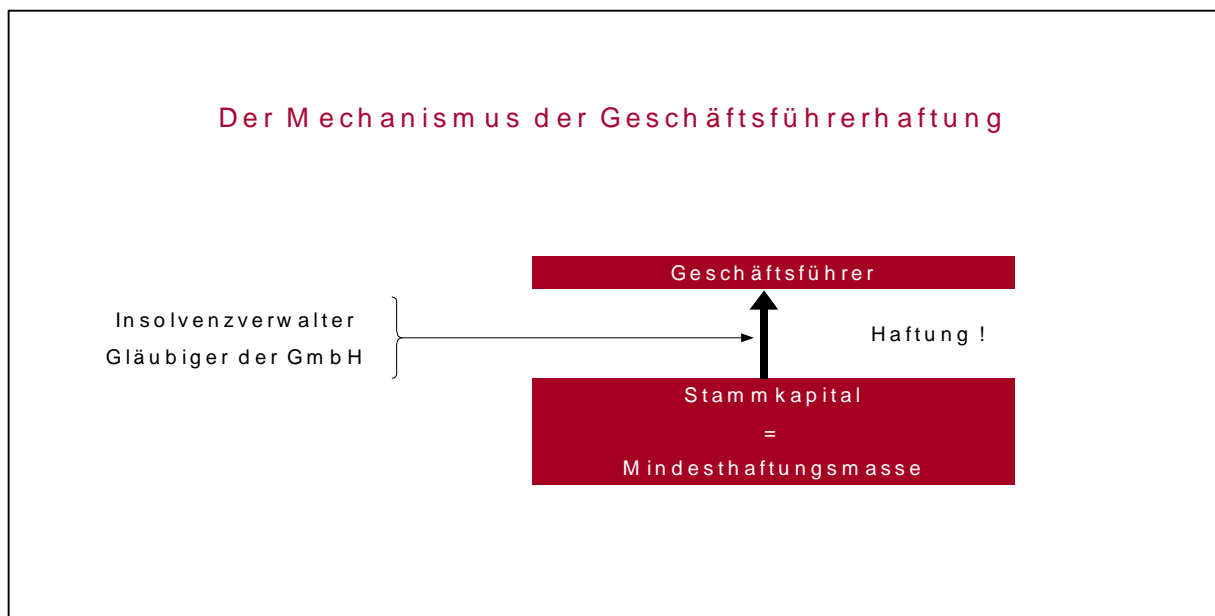
Funktion als Treuhänder, so ist er für eingetretene Schäden in der Regel persönlich haftbar.

Durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zieht sich wie ein roter Faden der ständige Hinweis, dass das Haftungsprivileg der Anteilseigner eine Gegenleistung verlangt. Das GmbH-Gesetz fordert in der Tat als Gegenleistung für diese Privilegierung eine korrekte Aufbringung des Stammkapitals, den korrekten Umgang mit den Regeln zur Erhaltung des Stammkapitals und schließlich die Einhaltung eines geregelten Verfahrens bei Kapitalverzehr durch den Zwang zur rechtzeitigen Einleitung des

auch ihn regelmäßig die Haftung.

Aus dieser Erkenntnis ergibt sich ein für die GmbH kennzeichnendes fundamentales Haftungsverhältnis: Verletzt der Geschäftsführer bei seiner Tätigkeit gesetzliche Vorgaben und ist er in dessen Folge einer Haftung unterworfen, so ist Haftungsgläubiger die GmbH selbst, als deren Treuhänder er fungiert (Innenhaftung). Daneben haftet der Geschäftsführer gegenüber Dritten, etwa Gläubigern der Gesellschaft oder den Anteilseignern, in bestimmten Fällen persönlich.

Allerdings können Gläubiger der Gesellschaft oder etwa wie in der Praxis häufig ein



Insolvenzverfahrens. Wird diese Gegenleistung nicht erbracht, können sich die betroffenen Anteilseigner regelmäßig nicht mehr auf das Haftungsprivileg berufen. Soweit der Geschäftsführer diese Regelverletzung geduldet oder an ihr mitgewirkt hat, trifft

Insolvenzverwalter auf dieses interne Haftungsschuldverhältnis zugreifen und den Anspruch gegenüber dem Geschäftsführer geltend machen. Dies ist der klassische Weg, auf dem der Geschäftsführer in die Haftung genommen wird.

Neben diesen Haftungsmechanismus tritt in besonderen Fällen der direkte Anspruch eines Gläubigers gegenüber dem Geschäftsführer einer GmbH.

Die hier dargestellten Haftungsrisiken sind mit Einschränkungen durch eine sog. „D&O-Versicherung“ abdeckbar. Eine solche „directors & officers“-Versicherung wird regelmäßig von der Gesellschaft abgeschlossen und deckt vor allem Schadensersatzforderungen Dritter gegen das Unternehmen wegen fehlerhafter Geschäftsführung ab. Die Versicherungsbedingungen schließen üblicherweise Vorsatztaten aus (Wissentlichkeitsklausel) und sehen Selbstbehalt und Prämienanpassungsklauseln vor. Nach der Praxis der Finanzverwaltung sind die Aufwendungen für die Versicherung nur dann kein steuerpflichtiger Arbeitslohn des versicherten Geschäftsführers, wenn die Versicherung in erster Linie Schadensersatzforderungen Dritter gegen das Unternehmen betrifft, die Versicherungsleistung dem Unternehmen zusteht, regelmäßig das Management als Ganzes versichert ist und sich die Prämienkalkulation nicht nach den Merkmalen der versicherten Organmitglieder, sondern nach den Betriebsdaten des Unternehmens richtet. Der Abschluss einer D&O-Versicherung gehört immer mehr zu den üblichen Ausstattungsmerkmalen eines Geschäftsführerdienstvertrages.

Der dargestellte Mechanismus der internen Haftung provoziert eine naheliegende Frage: Kann die Gesellschaft nicht bereits im Voraus, am besten schon in der Satzung, auf eine Inanspruchnahme ihres Geschäftsfüh-

ners verzichten, dies jedenfalls für fahrlässige Fehlleistungen?

Die Antwort auf diese Frage fällt unübersichtlich aus, nachdem in der juristischen Literatur hierzu sehr unterschiedliche Meinungen geäußert werden. Überwiegend folgt man jedoch der Linie des BGH, der eine Einschränkung der gewöhnlichen Geschäftsführerhaftung in der Satzung der GmbH für zulässig hält, solange nicht gläubigerschützende Normen wie z.B. die Vorschriften über die verbotene Eigenkapitalrückgewähr nach § 43 Abs. 3 GmbHG verletzt werden. So hat der BGH beispielsweise im Jahre 2002 eine Satzungsklausel für zulässig gehalten, die die Verjährungsfrist für die Haftung des Geschäftsführers gegenüber der von ihm geführten GmbH von der gesetzlichen Dauer von fünf Jahren auf sechs Monate reduziert hatte.

Für die Vertragspraxis spricht deshalb nichts dagegen, solche Klauseln vorsorglich in die Satzung aufzunehmen. Denkbar sind die Verkürzung von Verjährungsfristen oder ein Ausschluss der Haftung etwa für leichte Fahrlässigkeit. Die Beteiligten sollten sich aber über die Tatsache im Klaren sein, dass die juristische Diskussion auf diesem Feld in Bewegung ist und der BGH seine Rechtsprechung ändern könnte. In diesem Falle wären die Klauseln nutzlos.

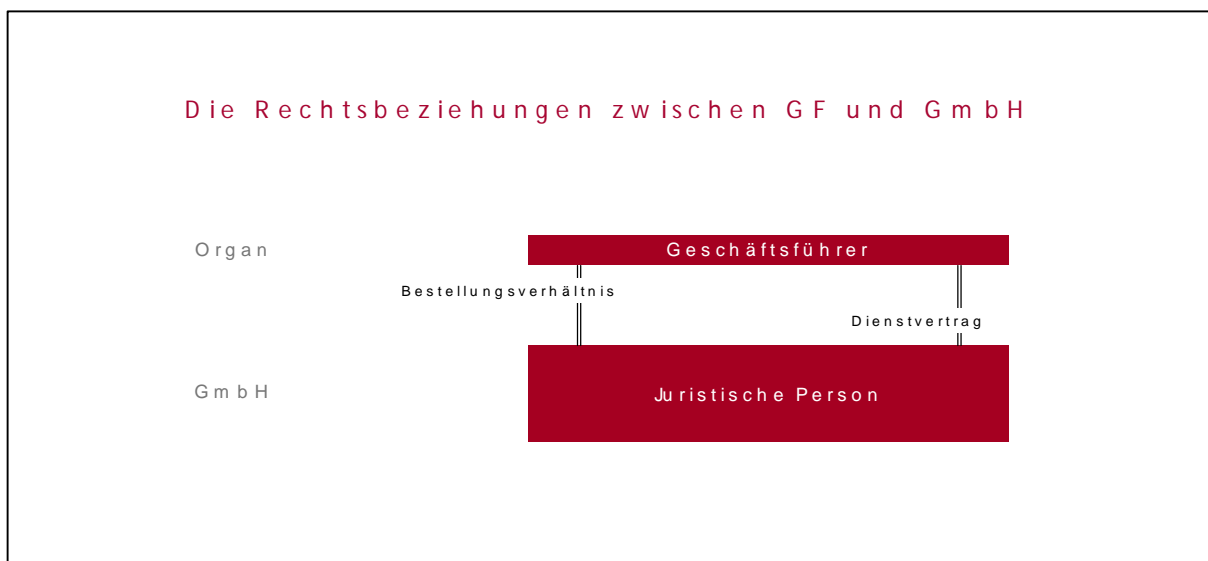
Mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), das am 01. November 2008 in Kraft getreten ist, hat der Gesetzgeber das Recht der GmbH einer grundlegenden Reform unterzogen. Diese Reform hat eine besondere Spielart der GmbH geschaffen, die sogenannte „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“. Die UG (haftungsbeschränkt) ist eine GmbH, für die in einigen Bereichen Sondervorschriften gelten, während im Übrigen für sie das allgemeine GmbH-Recht gilt. Der wichtigste Unterschied zur üblichen GmbH besteht in der Möglichkeit, die Gesellschaft mit einem geringeren Stammkapital als der für die GmbH notwendige Summe von 25.000,00 EUR auszustatten. Sogar eine Gründung mit einem Stammkapital von nur 1,00 EUR ist möglich. Im Gegenzug muss die UG (haf-

Ist der Geschäftsverlauf also positiv und werden über mehrere Jahre Gewinne geschrieben, so sammelt sich bei der UG (haftungsbeschränkt) auf diese Weise ein Kapitalstock an, der irgendwann einmal die Möglichkeit eröffnet, die UG (haftungsbeschränkt) in eine übliche GmbH zu überführen.

In dem hier verhandelten Zusammenhang gilt das, was für die GmbH beschrieben wird, stets auch für die UG (haftungsbeschränkt). Nur wenn insoweit Besonderheiten gelten, sind diese im Text angesprochen.

B. Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers

Immer wieder erklärungsbedürftig ist der Umstand, dass nach deutschem Recht die



tungsbeschränkt) jeweils 1/4 ihres Jahresgewinns in eine gesetzliche Rücklage buchen, die nicht ausgeschüttet werden darf.

Rechtsbeziehungen zwischen Geschäftsführer und GmbH aus einer „Doppelbindung“ bestehen.

Unterschieden wird zwischen dem Bestellungsverhältnis (auch „Organverhältnis“ genannt), das sich aus der Berufung des Geschäftsführers als Organ der Gesellschaft ergibt, und dem Dienstverhältnis, das regelmäßig aus dem Abschluss eines Dienstvertrags zwischen der Gesellschaft und ihrem Geschäftsführer besteht.

Beide Rechtsverhältnisse stehen nebeneinander. Eine Komplikation ergibt sich deshalb regelmäßig dann, wenn ein Bestellungsverhältnis ohne Dienstvertrag oder ein Dienstvertrag ohne paralleles Bestellungsverhältnis vorliegt.

1. Begründung des Bestellungsverhältnisses

Jede natürliche Person kann zum Geschäftsführer berufen werden. Die Person sollte im Regelfall geschäftsfähig sein, allerdings kann auch ein Betreuer ohne Einwilligungsvorbehalt des Betreuers als Geschäftsführer berufen werden. Anders als bei Personengesellschaften muss der Geschäftsführer nicht Gesellschafter sein (auch wenn das in der Praxis der kleinen und mittleren GmbH's häufig der Fall ist).

In der Welt der Personengesellschaften gilt das Prinzip der sogenannten „Selbstorganshaft“: Geschäftsführer kann grundsätzlich nur sein, wer mit seinem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbegrenzt haftet. Geschäftsführer einer GbR

oder einer OHG können daher grundsätzlich nur Gesellschafter sein. Die Einstellung eines sogenannten Fremdgeschäftsführers, der nicht an der Gesellschaft beteiligt ist, scheidet aus. Bei der KG kann nur der Komplementär Geschäftsführer werden, weil nur dieser mit seinem Vermögen unbegrenzt haftet. Kommanditisten sind von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Gibt es bei einer Personengesellschaft keine natürliche Person, die unbegrenzt haftet, obliegt die Geschäftsführung dem jeweiligen Geschäftsführer der voll haftenden Körperschaft. Bei der GmbH & Co. KG ist daher der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auch Geschäftsführer der KG. Auf diese Weise lässt sich auf der Plattform der Personengesellschaft also Fremdgeschäftsführung organisieren. In der Praxis ist dies oft ein wichtiger Grund, aus der Rechtsform der Personengesellschaft in die spezifische Rechtsform der GmbH & Co. KG zu gehen.

Auch Ausländer können zu Geschäftsführern berufen werden soweit sie tatsächlich und rechtlich in der Lage sind, die Pflichten eines Geschäftsführers zu erledigen. Anders als nach früher herrschender Auffassung setzt dies nach aktueller Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte nicht mehr voraus, dass der Ausländer jederzeit legal in die Bundesrepublik einreisen kann. Denn seit der Änderung des § 4a GmbHG durch das MoMiG muss sich der Sitz der Verwaltung einer GmbH nicht mehr zwingend im Inland befinden, so dass sie ihre Geschäfte auch vom Ausland aus betreiben kann.

Zu beachten sind aber die gesetzlichen Amtsverbote nach § 6 Abs. 2 GmbHG, über die der Geschäftsführer bei Eintragung

seiner Person in das Handelsregister regelmäßig eine Negativerklärung abzugeben hat. So kann eine Person, die wegen einer Insolvenzstraftat (§§ 283 bis 283 d StGB) rechtskräftig verurteilt worden ist, auf die Dauer von fünf Jahren seit Rechtskraft des Urteils nicht Geschäftsführer sein. Das neue GmbH-Recht (MoMiG) hat den Kreis der schädlichen Vorstrafen darüber hinaus auf zentrale Vorschriften des Wirtschaftsstrafrechts ausgeweitet.

Schließlich kann der Gesellschaftsvertrag selbst bestimmte Personen zu Geschäftsführern berufen oder ihre Berufung ausschließen, etwa dann, wenn einem Gesellschafter als Sonderrecht das Recht zur Geschäftsführung zugestanden werden soll oder wenn der Gesellschaftsvertrag nur die Berufung von Familienmitgliedern als Geschäftsführer erlaubt.

Die wirksame Berufung zum Geschäftsführer setzt regelmäßig einen Beschluss der Gesellschafterversammlung voraus. Ist der Geschäftsführer selbst auch Gesellschafter, ist er nicht daran gehindert, bei der Beschlussfassung über seine eigene Wahl mitzustimmen. Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch vorsehen, dass die Berufung des Geschäftsführers nach dem Vorbild der Aktiengesellschaft durch einen Aufsichtsrat oder Beirat erfolgt. Ist nach dem Mitbestimmungsgesetz (nicht nach dem Drittelbeteiligungsgesetz) ein Aufsichtsrat zu bilden,

obliegt diesem zwingend die Bestellung des Geschäftsführers.

Wirksam ist die Bestellung nicht schon durch den Beschluss als solchen, sondern erst durch die Annahme des Beschlusses durch den bestellten Geschäftsführer selbst. Eine solche Annahmeerklärung kann auch konkludent geschehen, etwa durch Unterzeichnung des Geschäftsführer-Dienstvertrags oder durch schlichte Aufnahme der Tätigkeit. Um Missverständnisse auszuschließen, sollte die Annahme der Berufung jedoch schriftlich dokumentiert werden.

Die Befugnisse des Geschäftsführers können im Rahmen gesetzlicher Spielräume eingeengt oder ausgeweitet werden. Sind mehrere Geschäftsführer berufen, so ist für jeden einzelnen von ihnen zu bestimmen, ob er die Gesellschaft als Einzelner vertreten kann (Einzelvertretungsbefugnis) oder nur zusammen mit einem Mitgeschäftsführer oder Prokuristen (Gesamtvertretungsbefugnis). Existiert nur ein Geschäftsführer, hat dieser notwendigerweise Alleinvertretungsbefugnis.

Bei der Bestellung des Geschäftsführers ist ferner zu klären, ob er von den Beschränkungen des § 181 BGB ganz oder teilweise befreit sein soll. Die zitierte Vorschrift erfasst die beiden denkbaren Fälle einer Interessenkollision in der Person des Vertreters. So ist es dem Vertreter und damit dem Geschäftsführer grundsätzlich untersagt,

mit sich selbst einerseits und der Gesellschaft, die er vertritt, andererseits Rechtsgeschäfte einzugehen (Fall des sogenannten „In-Sich-Geschäfts“). Darüber hinaus ist es dem Vertreter und damit dem Geschäftsführer grundsätzlich verboten, ein Rechtsgeschäft zwischen zwei von ihm selbst vertretenen Personen einzugehen (Fall der sogenannten „Doppel-Vertretung“). Soll der Geschäftsführer bei der Berufung oder später von einem oder beiden dieser Verbote entbunden werden, muss dies durch die Satzung oder durch Gesellschafterbeschluss bestimmt und zum Handelsregister angemeldet sein. Dies gilt auch für den Gesellschafter-Geschäftsführer der Einpersonen-GmbH (§ 35 Abs. 4 S. 1 GmbHG).

Letzter Akt der Bestellung eines Geschäftsführers ist eine Anmeldung zum Handelsregister. Dort ist er mit Namen einzutragen zusammen mit den oben näher bezeichneten Vertretungsbefugnissen. Die Eintragung ist freilich nicht konstitutiv: Der Geschäftsführer wird zum Organ der Gesellschaft allein durch seine Bestellung. Zur Aufnahme seiner Tätigkeit muss er nicht warten, bis er im Handelsregister eingetragen ist.

Weiteren Einschränkungen unterliegt die Vertretungsmacht des Geschäftsführers nicht. Die in Gesellschafts- und Dienstverträgen häufig anzutreffenden Genehmigungskataloge, die den Geschäftsführer zwingen sollen, vor Eingehung bestimmter

Rechtsgeschäfte den Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung einzuholen, beschränken den Geschäftsführer also nur intern. Im Außenverhältnis ist er nicht gehindert, ohne Vorliegen eines solchen Gesellschafterbeschlusses oder sogar gegen den erklärten Willen der Gesellschafter zu handeln. Inwieweit eine solche Konfliktsituation Haftungsansprüche gegen den Geschäftsführer auslösen kann, ist an anderer Stelle zu erörtern.

Der ordnungsgemäß berufene Geschäftsführer kann die Anmeldung seiner Person zum Handelsregister selbst vornehmen.

2. Beendigung des Bestellungsverhältnisses

Wird der Geschäftsführer nach dem Vorbild der aktienrechtlichen Vorschriften nur auf eine bestimmte Zeit berufen, so endet seine Bestellung durch bloßen Zeitablauf, ohne dass es eines weiteren Rechtsakts bedarf. Wird die Berufung nicht erneuert, ist das Handelsregister nach Beendigung des Bestellungsverhältnisses zu korrigieren. Die Löschung im Handelsregister kann der Geschäftsführer nur dann selbst vornehmen, solange er noch im Amt ist. Ist die Amtszeit abgelaufen, muss die Löschung durch einen anderen Geschäftsführer bewirkt werden.

Das Bestellungsverhältnis endet von Gesetzes wegen in den Fällen der Amtsunfähigkeit, etwa im Fall einer rechtskräftigen

Verurteilung wegen eines Insolvenzdelikts.

Der Geschäftsführer kann durch Beschluss der Gesellschafterversammlung jederzeit abberufen werden. Ist er bei der Versammlung nicht anwesend, wird die Abberufung erst wirksam, wenn sie ihm formell erklärt wurde. Allerdings hat eine solche Abberufung nicht automatisch die Beendigung des Dienstvertrags zur Folge (hierzu später).

Nach der Logik des Gesetzes ist die Möglichkeit, jeden Geschäftsführer stets abberufen zu können, die Kehrseite seiner uneingeschränkten Vertretungsmacht. Die Gesellschafter sollen frei sein, sich vom Geschäftsführer jederzeit trennen zu können. Die Abberufung bedarf daher keiner Begründung. Ein Fremdgeschäftsführer, der abberufen werden soll, hat nicht einmal das Recht, zuvor von den Gesellschaftern angehört zu werden.

Bei der Abberufung des Geschäftsführers ohne die Inanspruchnahme eines wichtigen Grundes kann der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer mitstimmen. Es ist auch möglich, die Abberufung des Geschäftsführers ohne wichtigen Grund in der Satzung der Gesellschaft auszuschließen oder für bestimmte Personen zu verbieten.

Hiervon abzugrenzen ist die Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund, die unabhängig von jeder Satzungsregelung

nicht verboten werden kann. Wird über eine solche Abberufung abgestimmt, unterliegt der Gesellschafter-Geschäftsführer dem Stimmverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG.

Ein wichtiger Grund zur Abberufung liegt immer dann vor, wenn der Gesellschaft eine Fortsetzung der Tätigkeit des oder der Geschäftsführer nicht mehr zugemutet werden kann. Das Gesetz zählt als Beispielsfälle die grobe Pflichtverletzung oder die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Amtsführung auf (§ 38 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Auch ein unheilbares Zerwürfnis zwischen den Geschäftsführern kann ein wichtiger Grund sein, sie alle abberufen zu können. Wichtige Abberufungsgründe sind regelmäßig auch Untreuehandlungen zu Lasten der Gesellschaft, so beispielsweise bei Spesenabrechnungen.

In solchen Konfliktsituationen werden dann plötzlich organisationsrechtliche Regelungen des Gesellschaftsvertrags wichtig, von denen man vorher möglicherweise keine ausreichende Notiz genommen hat. Ist im Gesellschaftsvertrag nichts anderes geregelt, wirkt der Beschluss über die Abberufung aus wichtigem Grund sofort. Der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer ist dann darauf verwiesen, den Beschluss gerichtlich anzufechten und sich daneben im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes als Geschäftsführer wieder einsetzen zu lassen. Es ist deshalb sinnvoll, wenn der

Gesellschafter–Geschäftsführer bei Amtsantritt überprüft, welche Wirkungsmöglichkeiten er in einem solchen Konfliktfall hat. Gegebenenfalls empfiehlt sich vorher eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags.

Auch der Geschäftsführer hat das Recht, sein Amt jederzeit und ohne Begründung niederzulegen. In diesem Fall sollte er dafür sorgen, dass seine Niederlegungserklärung jedenfalls einem Gesellschafter beweisbar zugeht. Besteht kein wichtiger Grund für eine Amtsniederlegung und erfolgt die Amtsniederlegung rechtsmissbräuchlich (etwa zu kurzfristig, „zur Unzeit“), so verletzt er jedoch seine dienstvertraglichen Pflichten und kann von der Gesellschaft gegebenenfalls auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

Auch die Beendigung der Bestellung ist im Handelsregister anzumelden. Wie erwähnt kann dies der betroffene Geschäftsführer nur dann vornehmen, wenn er selbst noch im Amt ist. Bei einer sofortigen Amtsniederlegung oder bei einem Widerruf durch die Gesellschafterversammlung ist dies nicht mehr möglich. Der Geschäftsführer kann dem vorbeugen, indem er sein Amt erst aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister niederlegt.

Dieser zunächst einmal sehr formal erscheinende Aspekt gewinnt erheblich praktische Bedeutung dann, wenn sich die Gesellschaft

in einer Krise befindet und der ehemalige Geschäftsführer ein dringendes Interesse daran hat, sich im Handelsregister löschen zu lassen, die Gesellschafter dieser Bitte aber nicht nachkommen.

3. Begründung des Dienstverhältnisses

Neben dem Bestellungsverhältnis ist der Geschäftsführer mit seiner GmbH durch eine weitere Rechtsbeziehung verbunden, die als „Dienstverhältnis“ bezeichnet wird. Das Dienstverhältnis ist ein privatrechtlicher Vertrag zwischen Geschäftsführer und GmbH, sollte aber nicht leichtfertig mit einem üblichen Dienstvertrag oder gar einem Arbeitsvertrag verwechselt werden. Das Dienstverhältnis ist vielmehr ein Vertrag eigener Art, der gelegentlich als „freies Dienstverhältnis mit Geschäftsbesorgungscharakter“ bezeichnet wird.

Diese begriffliche Differenzierung ist notwendig, um alle Spielarten des Dienstverhältnisses ansprechen zu können. Denn die Praxis kennt sowohl entgeltliche Geschäftsführer-Dienstverträge, die sich in ihrer rechtlichen Struktur sehr stark dem Dienstvertrag nähern. Die Praxis kennt aber auch den unentgeltlich tätigen Geschäftsführer, der dem Unternehmen möglicherweise nicht einmal täglich zur Verfügung steht. In diesem Fall orientiert sich das Dienstverhältnis am Recht des Auftrags, das dadurch bestimmt ist, dass der Auftragnehmer unent-

geltlich tätig ist, aber eine Aufwandsentschädigung für die ihm entstehenden Kosten erhält.

Eine Besonderheit ergibt sich, wenn die Tätigkeit des Geschäftsführers nicht durch die GmbH selbst, sondern durch Dritte, etwa eine Konzernmutter, vergütet wird. In diesen Fällen der sogenannten „Drittanstellung“, die häufig in Konzernverhältnissen zu finden ist, besteht ein rechtliches Dreiecksverhältnis zwischen dem Geschäftsführer und seiner GmbH einerseits und dem Geschäftsführer und dem Drittunternehmen andererseits. Die Zulässigkeit solcher Konstruktionen ist inzwischen anerkannt, setzt aber einen wirksamen Gesellschafterbeschluss auf Ebene der GmbH voraus, soweit bei der GmbH Gesellschafter vorhanden sind, die nicht im Verbund zum Drittunternehmen stehen.

Nach allgemeinem Vertragsrecht kann das Dienstverhältnis durch schriftlichen, mündlichen oder auch nur konkludent geschlossenen Vertrag zustande kommen. Allein die steuerliche Anerkennung des Dienstverhältnisses setzt voraus, dass die vertragliche Vereinbarung ordnungsgemäß dokumentiert und nicht nachträglich abgeschlossen worden ist. Diese Restriktionen sind insbesondere für die Ein-Personen-Gesellschaft von Belang.

Das Dienstverhältnis kann unbefristet oder

auf Zeit abgeschlossen werden, sodass kein Problem damit besteht, die Laufzeit des Dienstverhältnisses mit der des Bestellungsverhältnisses zu synchronisieren.

In der Praxis bedeutsam und leider nicht immer klar beantwortbar ist die Frage, ob der Geschäftsführer der Sozialversicherungspflicht unterliegt. Das Sozialgesetzbuch kennt einen eigenen Begriff des „sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses“ (§ 7 Abs. 1 SGB IV). Auch wenn der Geschäftsführer kein Arbeitnehmer der GmbH ist, macht das Gesetz seine Tätigkeit sozialversicherungspflichtig, wenn er gegenüber der GmbH eine arbeitnehmerähnliche Stellung einnimmt. Sozialversicherungspflichtig ist daher regelmäßig der Fremdgeschäftsführer, der keine eigenen Anteile an der GmbH hält und daher in vollem Umfang der Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung unterworfen ist. Gleiches gilt für den Gesellschafter-Geschäftsführer, der nach den konkreten Regeln des Gesellschaftsvertrags über nicht genügend Stimmen verfügt, um einen Weisungsbeschluss der Gesellschafterversammlung zu verhindern. Ist die Freistellung eines minderheitlich beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführers gewünscht, kann dies erreicht werden, wenn die Satzung der GmbH in Annäherung zum Recht der Aktiengesellschaft eine Weisungsfreiheit für den Geschäftsführer vorsieht. Im konkreten Fall ist es gelegentlich schwer, zu einer klaren

Entscheidung zu gelangen. Die Sozialversicherungsträger orientieren sich an einem Katalog von Merkmalen, der bei der Beurteilung und Gestaltung der eigenen Situation nützlich sein kann. Weiterführende Informationen finden sich auf der Homepage der Deutschen Rentenversicherung Bund (www.deutsche-rentenversicherung-bund.de) unter den Stichworten „GmbH“ und „Geschäftsführer“.

Vertragspartner des Geschäftsführers bei Gestaltung und Abschluss des Dienstverhältnisses ist die GmbH, diese vertreten durch die Gesellschafterversammlung. Anderes gilt dann, wenn die GmbH über einen Aufsichtsrat verfügt, dem nach den Statuten die Befugnis eingeräumt ist, den Geschäftsführer zu berufen. Der Abschluss des Geschäftsführer-Dienstvertrags setzt somit einen Beschluss der Gesellschafterversammlung voraus. Sinnvollerweise wird in diesem Beschluss ein Mitglied der Gesellschafterversammlung ermächtigt, den Geschäftsführer-Dienstvertrag für die GmbH und die Gesellschafterversammlung zu unterzeichnen. Unterbleibt diese Ermächtigung, so kommt es zu der gelegentlich unbequemen Folge, dass der Geschäftsführer-Dienstvertrag von allen Gesellschaftern unterzeichnet werden muss.

Besonderheiten können sich ergeben, wenn der Geschäftsführer im Zuge eines sogenannten „betrieblichen Aufstiegs“ aus

einem laufenden Arbeitsverhältnis zum Geschäftsführer berufen wird. Grundsätzlich stellt sich hier die Frage, ob das alte Arbeitsverhältnis mit der Berufung endet oder nach dem Willen der Parteien nur für die Zeit der Wahrnehmung des Geschäftsführeramts ruhen soll („ruhendes Arbeitsverhältnis“). Im Ergebnis geht es darum, ob dem bisherigen Arbeitnehmer auch nach Berufung zum Geschäftsführer sein bis dort erworbener arbeitsrechtlicher Besitzstand erhalten bleiben soll oder nicht. Blicke der Besitzstand erhalten, hätte der Geschäftsführer nach Abberufung regelmäßig Kündigungsschutz auf Grund des während der Amtsperiode ruhenden, nach Amtsbeendigung wieder aufgelebten Arbeitsverhältnisses. Ohne solchen Besitzstand bestünde ein solcher Kündigungsschutz nicht. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geht inzwischen in Zweifelsfällen, in denen die Vertragsparteien die Frage des Ruhens des alten Arbeitsverhältnisses nicht eindeutig geregelt haben, von einer stillschweigenden Aufhebung des alten Arbeitsverhältnisses aus. Auch die Vorschrift des § 623 BGB, die für die Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses eine schriftliche Vereinbarung verlangt, soll dem nicht entgegenstehen; dies gilt jedenfalls dann, wenn ein schriftlicher Dienstvertrag abgeschlossen wird. Anders sind Fälle zu beurteilen, bei denen der Mitarbeiter eines Konzerns zum Geschäftsführer einer konzernabhängigen GmbH bestellt wird. Liegen keine abweichenden Vereinba-

rungen vor, wird hier weder das bestehende Arbeitsverhältnis noch sein Arbeitnehmerstatus gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber aufgehoben.

In der Praxis ist immer wieder festzustellen, dass sich die Beteiligten über die Rechtslage des ruhenden Arbeitsverhältnisses nicht im Klaren sind.

4. Exkurs: Die Geschäftsführervergütung

Um die Dienste des Geschäftsführers angemessen zu vergüten, steht ein ganzes Arsenal von Vergütungsinstrumenten zur Verfügung. Neben Festgehalt und variabler Vergütung (Tantieme) stehen rechtlich nicht geschuldete, meist einmalige Leistungen (Gratifikationen), die Bezahlung einer Direktversicherung, die Pensionszusage und weitere Vergütungsbestandteile, die regelmäßig als Nebenleistungen bezeichnet werden. Hierzu gehört die Gewährung von Urlaub, die Leistung von Urlaubs- oder Weihnachtsgeld, die Stellung eines firmeneigenen Pkw, die (teilweise) Übernahme privater Telefon- und Kommunikationskosten, die Stellung einer Dienstwohnung, die Übernahme von Reisekosten oder gar die Gewährung eines Darlehens (sog. „Organdarlehen“). Die Aufzählung ist nicht erschöpfend. Wesentlich ist, dass alle hier wiedergegebenen Leistungselemente in ihrer Addition Bestandteile einer einheitlichen Geschäftsführervergütung sind.

Anders als im Aktienrecht (§ 87 AktG) fehlt im Recht der GmbH eine gesetzliche Vorgabe zur Höhe und zur Struktur der Geschäftsführervergütung. Die Gesellschafter der GmbH sind daher im Grundsatz frei, welche Vergütungsregelung sie mit dem Geschäftsführer treffen. Dies gilt selbst für den Fall, dass die GmbH mitbestimmt ist und in Analogie zu den aktienrechtlichen Vorschriften ein Aufsichtsrat bestehen muss. Die aktienrechtlichen Vorschriften sind auch nach ihrer aufgrund der Finanzmarktkrise erfolgten Neuregelung nicht entsprechend anwendbar.

Trotz dieses gesetzlichen Ausgangspunkts herrscht aber bei der Bemessung der Geschäftsführervergütung in der Welt der GmbH alles andere als Freiheit und Ungebundenheit. Jedenfalls das Gehalt des Geschäftsführers, der auch Gesellschafter ist, muss sich am Prüfstein der Grundsätze der Verdeckten Gewinnausschüttung (vGA) messen lassen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs entwickelten Definition ist verdeckte Gewinnausschüttung „jede Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens der GmbH auswirkt und nicht auf einem ordnungsgemäßen Gewinnverteilungsbeschluss beruht“.

Mit dem Tatbestand der vGA will das Steuerrecht verhindert, dass die Gesellschafter einer Körperschaft wie bspw. einer GmbH steuerliche Gewinne nicht offen, sondern unter Umgehung der Regeln der Gewinnermittlung und der Gewinnausschüttung verdeckt ausschütten. Die Vergütung des Gesellschafter-Geschäftsführers bietet besondere Möglichkeiten, eine solche vGA zu gestalten. Die Ausstattung der Geschäftsführervergütung unterliegt in solchen Fällen der besonderen Aufmerksamkeit der Finanzverwaltung.

Beispiel: Der einzige Gesellschafter einer GmbH, der auch ihr einziger Geschäftsführer ist, gestaltet den mit sich selbst abgeschlossenen Geschäftsführerdienstvertrag nachträglich stets so, dass ein Jahresüberschuss nicht entsteht. Mangels Einkommen zahlt die Gesellschaft keine Körperschaftsteuer. Stattdessen versteuert der Geschäftsführer sein (überhöhtes) Gehalt in der privaten Einkommensteuererklärung.

Es liegt auf der Hand, dass ein solches Vorgehen die gesetzlichen Regelungen zur Gewinnfeststellung und -ausschüttung unterläuft, und im Ergebnis auf der Ebene des Gesellschafter-Geschäftsführers Einkünfte aus Kapitalvermögen in Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit umqualifiziert.

Auf Ebene der Gesellschaft führt eine vGA regelmäßig zu steuerlich nachteiligen Effekten. Die Finanzverwaltung qualifiziert die Zuflüsse, die der Gesellschaft im Wege einer vGA aus der Gesellschaft erhalten hat, als Gewinnausschüttung. Die GmbH kann diese

Zahlung deshalb nicht als Betriebsausgabe gewinnmindernd verwerten.

Im oben genannten Beispiel setzt der Gesellschafter bei seiner Gestaltung gedanklich voraus, dass die gesamte Vergütung betrieblicher Aufwand ist und damit das Ergebnis drückt. Deckt die Finanzverwaltung den Vorgang als vGA auf, werden die Vergütungsleistungen der Gesellschaft an den Geschäftsführer als Gewinnausschüttungen qualifiziert. Sie unterliegen damit der Gewerbesteuer und der Körperschaftsteuer.

Umgekehrt ist der Effekt regelmäßig auf der Ebene des von der vGA betroffenen Gesellschafters: Wird die Leistung der Gesellschaft an ihn als Gewinnausschüttung qualifiziert, profitiert er von den Vergünstigungen der Abgeltungssteuer.

Im Beispielsfall versteuert der Gesellschafter-Geschäftsführer in seiner privaten Steuererklärung nicht mehr Einkünfte aus Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit, sondern Einkünfte aus Kapitalvermögen. Für diese gilt die Abgeltungssteuer mit einem Steuersatz von 25 % (zzgl. SolZ und ggf. Kirchensteuer).

Diese unterschiedliche Auswirkung der vGA auf Ebene der Gesellschaft und des betroffenen Gesellschafters kann zum Sprengsatz werden, wenn mehrere Gesellschafter vorhanden sind und nur einer oder einige von der vGA betroffen sind. In diesem Fall erleiden die außenstehenden Gesellschafter durch die höhere Steuerbelastung auf Ebene der Gesellschaft einen mittelbaren Nachteil, während der von der vGA betroffene Mitge-

sellschafter steuerlich profitiert.

Die Satzungen solcher Gesellschaften sollten daher eine Steuerklausel enthalten, die solche Effekte ggf. zwischen den Gesellschaftern ausgleicht.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die Ausstattung der Geschäftsführervergütung in der Welt der GmbH jedenfalls dann einen genauen Abgleich mit den steuerrechtlichen Vorgaben benötigt, wenn der tätige Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter ist. Die rote Linie, die das Steuerrecht hier zieht, ist der Tatbestand der vGA. Damit eröffnet sich ein weites Feld von Einzelfallentscheidungen der Finanzverwaltung und der Finanzgerichte, die sich nicht immer leicht in allgemeine Regeln fassen lassen. Bei der Beurteilung solcher Regelungen ist stets zu beachten, wie sich die Beweislast bei der Beurteilung der vGA zwischen Fiskus und Steuerbürger verteilt: Das Finanzamt hat zu beweisen, dass eine vGA objektiv gegeben ist. Die GmbH muss ihrerseits den Beweis führen, dass die vom Finanzamt aufgegriffenen Aufwendungen betrieblich veranlasst sind und damit keine vGA darstellen.

Dies vorausgeschickt, lassen sich für die Ausstattung der Geschäftsführervergütung folgende Leitsätze aufstellen:

- a. Maßgeblich ist die Angemessenheit der Bezüge sowohl in ihrer Gesamtheit wie auch für jeden einzelnen Gehaltsbestandteil. Eine unangemessen hohe Gesamtvergütung oder unangemessen hohe Vergütungsbestandteile lösen den Tatbestand der vGA aus.
- b. Im Einzelfall orientiert sich die Angemessenheit an bestimmten Bezugsgrößen. Dies sind Art und Umfang der Tätigkeit des Geschäftsführers, die Größe und die künftigen Ertragsaussichten des Unternehmens und das Verhältnis der vereinbarten Gesamtvergütung zum Gesamtgewinn. Wichtig ist auch, ob sich die konkret verabredete Vergütung in den Korridor vergleichbarer Fälle einordnen lässt.
- c. Die Grenze zur vGA ist jedenfalls dann überschritten, wenn die Vergütung zur vollständigen Gewinnabsaugung auf Ebene der GmbH führt.
- d. Die Zahlung einer Überstundenvergütung ist regelmäßig vGA.
- e. Eine vGA liegt nahe, wenn die Vergütungsabrede nicht zivilrechtlich wirksam, schriftlich und in ihren Regelungen begrifflich eindeutig gefasst ist.
- f. Besondere Schwierigkeiten in der betrieblichen Praxis bereitet die Bemessung

einer Tantieme des Gesellschafter-Geschäftsführers, der die Gesellschaft beherrscht. Für sie gilt das Gebot nach e. in besonderem Maße. Tantiemen von mehr als der Hälfte des Jahresüberschusses der Gesellschaft (vor Abzug der Tantieme und Ertragsteuern) führen grundsätzlich zu einer verdeckten Gewinnausschüttung. Eine vGA liegt nahe, wenn mehr als ein Viertel der Gesamtbezüge über eine erfolgsabhängige Tantieme abgedeckt wird.

Die hier dargestellten Leitlinien sind allgemein, nicht einzelfallbezogen, unvollständig und unterliegen einer ständigen Fortentwicklung durch die Steuerpraxis. Sie mögen aber als erste Orientierung für die Bemessung einer Geschäftsführervergütung ausreichen.

5. Beendigung des Dienstverhältnisses

Das Dienstverhältnis des Geschäftsführers steht selbständig neben dem Bestellungsverhältnis. Die Abberufung des Geschäftsführers oder eine durch ihn erklärte Niederlegung des Amtes berührt daher das Dienstverhältnis nicht. Dieses Rechtsverhältnis endet vielmehr erst, wenn ein eigener Beendigungstatbestand vorliegt.

Eine für den Geschäftsführer gefährliche, aber zulässige Regelung ist eine Klausel im Dienstvertrag, wonach dieser endet, wenn der Geschäftsführer abberufen wird. In

diesem Fall kann aber eine kürzere Beendigungsfrist als die des § 622 Abs. 2 BGB nicht vereinbart werden.

Ein solcher Tatbestand ist neben anderen etwa die Befristung des Geschäftsführer-Dienstvertrags, die zur Folge hat, dass der Vertrag ohne weitere Erklärung, insbesondere ohne Kündigung, nach dem Kalender ausläuft.

Daneben kann der Geschäftsführer-Dienstvertrag gekündigt werden, und zwar bei Vorliegen eines wichtigen Grundes stets, ohne Vorliegen eines solchen Grundes nur dann, wenn eine solche Kündigung vertraglich vorgesehen ist und wenn die vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfristen eingehalten wurden. Dabei stehen dem Geschäftsführer die Rechte aus dem Kündigungsschutzgesetz regelmäßig nicht zu (vgl. § 14 Abs. 1 Satz 1 Kündigungsschutzgesetz).

Unabhängig von seiner konkreten Gestaltung kann ein Dienstverhältnis von jeder Seite stets dann gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt. Der Begriff des „wichtigen Grundes“ ist gesetzlich nicht weiter definiert und inzwischen durch eine nahezu unübersehbare Einzelfallrechtsprechung konkretisiert worden. Zusammenfassend nimmt die Rechtsprechung das Vorliegen eines solchen wichtigen Grundes immer dann an,

wenn der einen Vertragsseite das Festhalten am Vertragsverhältnis nicht mehr weiter zugemutet werden kann. Diese Unzumutbarkeit muss sich keineswegs stets aus einem schuldhaften Fehlverhalten des Geschäftsführers ergeben. Ausreichend sind auch gravierende Gründe, die der Geschäftsführer nicht beeinflussen kann, so etwa der Fall der dauerhaften Erkrankung.

Will die Gesellschaft das Dienstverhältnis aus einem solchen wichtigen Grund kündigen, gilt zum Schutz des Geschäftsführers die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB: Danach ist die Kündigung aus wichtigem Grund spätestens zwei Wochen nach Kenntnisnahme dieses Grundes auszusprechen. In der Welt der GmbH, in der die Gesellschafterversammlung als Kollektivorgan für die Kündigung zuständig ist, ergibt sich hierbei üblicherweise das Problem, wann von einer Kenntnis und damit von einem Beginn des Fristablaufs auszugehen ist: Reicht die Kenntnis nur eines Gesellschafters aus? Müssen alle Gesellschafter über die Kenntnis verfügen? Inzwischen ist sich die Rechtsprechung einig darüber, dass die Frist mit der Kenntnis des Vorgangs durch die Gesellschafterversammlung beginnt (sieht man einmal von dem Sonderfall ab, dass alle oder der einzige Gesellschafter zur gleichen Zeit und nachweislich von dem wichtigen Grund Kenntnis erhalten, noch bevor eine solche Gesellschafterversammlung einberufen ist). Die Frist wird nach

herrschender Auffassung aber nur dann in Gang gesetzt, wenn die für die Einberufung zuständigen Personen nach Kenntnisnahme des wichtigen Grundes diese Gesellschafterversammlung unverzüglich, also unter Wahrnehmung der kürzesten Ladungsfrist, einberufen haben. Der Praktiker erlebt deshalb immer wieder Fälle, an denen die Beendigung des Dienstverhältnisses aus wichtigem Grund misslingt, weil die sehr kurze Zwei-Wochen-Frist nicht eingehalten worden ist.

Soll ordentlich gekündigt werden, gelten die vertraglich vereinbarten Kündigungsfristen, bei Fehlen einer solchen Vereinbarung die gesetzlichen Fristen des § 622 BGB. Danach kann mit einer Frist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Ist der Geschäftsführer schutzbedürftig (was sich in der Regel in seiner Sozialversicherungspflichtigkeit manifestiert), so gelten zu seinem Schutz die besonderen Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB. Danach hat die Gesellschaft im Falle der ordentlichen Kündigung eine Kündigungsfrist von einem Monat bis zu sieben Monaten je nach Dauer des Dienstverhältnisses zu gewähren.

Stets möglich bleibt die Beendigung des Dienstverhältnisses durch Aufhebungsvertrag, der in der Praxis oft unter Zahlung einer Abfindung zu Stande kommt.

C. Rechte und Pflichten des Geschäftsführers im täglichen Geschäft

Der Geschäftsführer ist Organ seiner Gesellschaft. Er und sonst niemand (allenfalls die weiteren, neben ihm berufenen Geschäftsführer) sind dazu befugt, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen und die Gesellschaft nach außen zu vertreten. Die Vertretungsmacht nach außen kann allenfalls dadurch beschränkt sein, dass sie der Geschäftsführer nicht allein sondern nur gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer (oder Prokuristen) ausüben kann. Weitere Beschränkungen, etwa inhaltlicher Art, sind nach außen hin unwirksam. Der Geschäftsführer verkörpert damit im Ergebnis seine, von ihm geführte Gesellschaft.

Auch der Prokurist ist ein im Handelsregister eingetragener Vertreter der Gesellschaft. Im Gegensatz zum Geschäftsführer ist seine Vertretungsmacht inhaltlich aber begrenzt, sie kann etwa auf das Handeln für eine bestimmte Zweigniederlassung beschränkt werden oder Grundstücksgeschäfte ausnehmen. Solchen Einschränkungen unterliegt der Geschäftsführer nach außen nicht.

1. Aufgaben und Pflichten

Spricht man von den Pflichten des Geschäftsführers, so liegt es nahe, sie in zwei Programmsätzen zu formulieren: Der Ge-

schäftsführer hat

- den wirtschaftlichen Vorteil der Gesellschaft wahrzunehmen und zu bewahren und dies
- bei Beachtung der in der Rechtsordnung gesetzten Regeln und Grenzen.

Auf diese Ziele hin hat er seine Tätigkeit auszurichten, seine Gesellschaft zu organisieren und seine Mitarbeiter anzuleiten und zu überwachen.

a. Der Geschäftsführer ist dafür verantwortlich, dass die Gesellschaft ordnungsgemäße Bücher führt und den Jahresabschluss zeitgerecht aufstellt. Das Gesetz sieht für die Aufstellung des Jahresabschlusses eine Regelfrist von drei Monaten nach Beendigung des jeweiligen Geschäftsjahres vor. Entspricht das Geschäftsjahr dem Kalenderjahr, wäre der Abschluss also bis Ende März des folgenden Kalenderjahres aufzustellen. Für kleine Kapitalgesellschaften gewährt der Gesetzgeber eine Fristverlängerung: Die Abschlüsse dieser Gesellschaften sind bis zum Ablauf des sechsten Monats nach Beendigung des Geschäftsjahrs aufzustellen.

Diese Frist wird oft nicht eingehalten. Man sollte sie jedoch ernst nehmen. Gerät die Gesellschaft in Insolvenz, so führt die verspätete Aufstellung des Jahresabschlusses zur Strafbarkeit des Geschäftsführers ganz gleich, ob durch die Verspätung ein Schaden entstanden ist oder nicht.

§ 267 HGB lautet:

„(1) Kleine Kapitalgesellschaften sind solche, die mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale nicht überschreiten:

1. 4.840.000,00 EUR Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags (268 Abs. 3).
2. 9.680.000,00 EUR Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag.
3. Im Jahresdurchschnitt 50 Arbeitnehmer.“

Für Kleine Kapitalgesellschaften gelten wichtige Erleichterungen im Bereich der handelsrechtlichen Rechnungslegung. So muss der Jahresabschluss keinen Lagebericht enthalten. Für Kleine Kapitalgesellschaften gilt in der Regel auch keine Prüfungspflicht, d. h., der Jahresabschluss muss nicht von einem Wirtschaftsprüfer testiert werden.

Von der fristgebundenen Aufstellung ist die Feststellung des Jahresabschlusses zu unterscheiden: Erst mit der wirksamen Feststellung wird der Jahresabschluss verbindlich. Bei der GmbH erfolgt die Feststellung regelmäßig durch Beschluss der Gesellschafterversammlung. Ein solcher Beschluss wird regelmäßig mit einem Gewinnverwendungsbeschluss verbunden, der darüber befindet, wie ggf. mit einem festgestellten Gewinn umzugehen ist. Vom Sonderfall der Vorabausschüttung abgesehen handelt ein Geschäftsführer also pflichtwidrig, wenn er Gewinne an die Gesellschaft ausschüttet, ohne dass ein Gewinnverwendungsbeschluss gefasst wäre.

Ein besonderes Problem für den Jahresabschluss stellt sich bei der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt). Sie hat in der Bilanz eine gesetzliche Rücklage zu bilden, die nur für bestimmte Zwecke, im Wesentlichen für Zwecke der Kapitalerhöhung, verwandt werden darf (§ 5 a Abs. 3 GmbHG). Wird diese Rücklage vergessen, ist der aufgestellte Jahresabschluss in Analogie zu den aktienrechtlichen Vorschriften nichtig, ebenso der Gewinnverwendungsbeschluss. Ausgeschüttete Gewinne wären damit rechtsgrundlos ausbezahlt und müssten an die Gesellschaft zurück bezahlt werden. Geschieht dies nicht, haftet der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft für diesen Betrag.

b. Der Geschäftsführer ist auch diejenige Person, über die die Gesellschaft mit dem Handelsregister kommuniziert. Das Handelsregister kann regelmäßig nur solche Erklärungen entgegennehmen, die der aktuell bestellte Geschäftsführer für die Gesellschaft abgibt oder in seiner Vertretung abgeben lässt.

Ein Thema mit ständiger Aktualität ist die Frage, ob der Geschäftsführer die Abschlüsse der Gesellschaft beim Handelsregister einzureichen hat und damit der Öffentlichkeit zugänglich machen muss. Die Frage ist mit einem klaren „Ja“ zu beantworten. Jede Kapitalgesellschaft, also auch die kleine Kapitalgesellschaft, ist nach § 325 HGB zur

Offenlegung verpflichtet. Dies gilt inzwischen auch für die GmbH & Co. KG und ähnliche Rechtsformen (§ 264 a HGB). Die Offenlegung geschieht auf elektronischem Wege, indem der Geschäftsführer den Jahresabschluss beim Elektronischen Bundesanzeiger einreicht. Erfolgt eine Offenlegung nicht, so belegt das Bundesamt für Justiz den Geschäftsführer mit einem Ordnungsgeld.

Nach § 325 Abs. 1 HGB ist der Jahresabschluss unverzüglich nach der Vorlage an die Gesellschafter, spätestens jedoch vor Ablauf des zwölften Monats des dem Abschlussstichtag nachfolgenden Geschäftsjahres einzureichen. Das Handelsgesetzbuch gibt dem Geschäftsführer also bis zu zwölf Monate Zeit, um den Abschluss in Dateiform dem Elektronischen Bundesanzeiger zu übermitteln. Der Abschluss wird sodann im Elektronischen Handelsregister wie auch im (elektronischen) Unternehmensregister veröffentlicht und sind damit für jedermann im Internet einsehbar.

Mit der GmbH-Reform ist auch die Verpflichtung des Geschäftsführers zur Pflege und Einreichung aktueller Gesellschafterlisten in den Blickpunkt geraten. Seit dem MoMiG ist vorgesehen, dass die beim Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste eine verlässliche Aussage über die Beteiligungsverhältnisse an der GmbH beinhalten mit der Folge, dass sich der Käufer eines GmbH-Anteils auf die Richtigkeit der beim Register verzeichneten Anteilsinhaber verlassen kann. Unter bestimmten Voraussetzungen

ist ein wirksamer (gutgläubiger) Erwerb also selbst dann möglich, wenn der im Register verzeichnete Gesellschafter schon längst nicht mehr tatsächlicher Inhaber der Anteile ist. Diese Neuregelung soll den Handel mit GmbH-Anteilen erleichtern.

Durch diese Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs wird die Gesellschafterliste aber zu einem zentralen Dokument des Handelsregisters. Schon immer war der Geschäftsführer einer GmbH verpflichtet, eine korrekte Liste der Gesellschafter zu führen und diese Liste bei jeder Veränderung im Gesellschafterbestand unverzüglich beim Handelsregister einzureichen. Nunmehr ist jeder Notar, der an einer Veränderung der Gesellschafterverhältnisse etwa durch Beurkundung eines Anteilskaufvertrags mitgewirkt hat, dazu verpflichtet, beim Handelsregister eine aktualisierte Gesellschafterliste einzureichen. In allen anderen Fällen, etwa dann, wenn sich die Beteiligungsverhältnisse durch einen Erbfall ändern, verbleibt diese Pflicht aber beim Geschäftsführer. Versäumt der Geschäftsführer diese Pflicht, so haftet er den Gläubigern der Gesellschaft auf Ersatz des daraus entstandenen Schadens. Durch das MoMiG ist diese Haftung erweitert worden: Der Geschäftsführer haftet nunmehr auch denjenigen Personen auf Schadensersatz, deren Beteiligung sich geändert hat, ohne dass die Änderung vom Geschäftsführer durch Einreichung einer neuen Gesellschafterliste beim Handelsre-

gister eingereicht worden wäre.

c. Nach dem gesetzlichen Modell ist ausschließlich der Geschäftsführer berechtigt, eine Gesellschafterversammlung einzuberufen. Dieses Einberufungsrecht kann in der Satzung jedoch erweitert werden, indem einzelne Gesellschafter, Gesellschaftergruppen oder ein Aufsichtsrat oder Beirat neben dem Geschäftsführer zur Einberufung berechtigt sind. Das Recht zur Einberufung kann dem Geschäftsführer jedoch nicht genommen werden, und jeder Geschäftsführer kann es ausüben, ganz gleich, ob er nach außen alleinvertretungsbefugt ist oder nur in Gemeinschaft mit einem Dritten.

Aus dem Einberufungsrecht wird häufig der Fehlschluss gezogen, dass der Geschäftsführer damit auch ein Recht habe, an Gesellschafterversammlungen teilzunehmen. Dies ist nicht der Fall. Es ist Sache der Gesellschafter, darüber zu entscheiden, ob der Geschäftsführer bei der Gesellschafterversammlung anwesend sein soll oder nicht. Ein Recht zur Anwesenheit ergibt sich nur dann, wenn dies in der Satzung so vorgesehen ist oder wenn der Geschäftsführer auch Gesellschafter ist, sodass ihm ein Anwesenheitsrecht als Gesellschafter zusteht.

Kommt es zwischen den Gesellschaftern zum Streit, kann die Frage der Einberufungskompetenz erhebliche praktische Bedeutung erlangen. Sieht die Satzung nichts besonders vor, können die Gesellschafter, wenn sie mindestens 10 % des Stammkapitals auf

sich vereinigen, eine Gesellschafterversammlung zwar selbst einberufen, dies jedoch erst, nachdem sie dies vom Geschäftsführer unter Angabe des Zwecks und der Gründe für die Einberufung verlangt haben und der Geschäftsführer diesem Verlangen nicht Folge geleistet hat. Im Streitfall kann deshalb die Einberufungskompetenz fraglich sein, dies insbesondere dann, wenn der Geschäftsführer auf das Einberufungsverlangen nicht reagiert. Es empfiehlt sich daher, diesen Punkt in der Satzung vorsorglich einer klaren Regelung zu unterwerfen, etwa der, dass die Einberufung auch den Gesellschaftern möglich ist, wenn der Geschäftsführer auf ein Einberufungsverlangen binnen acht Tagen nicht reagiert hat.

d. Der Gesellschafter einer GmbH hat das Recht, sich jederzeit über die geschäftlichen Verhältnisse informieren zu lassen. Dieses Informationsrecht wird insbesondere dann relevant, wenn in der Gruppe der Gesellschafter Streit entstanden ist. Adressat der Informationspflicht ist der Geschäftsführer, der im konkreten Fall zu entscheiden hat, ob und gegebenenfalls welche Informationen er an den Gesellschafter weitergibt.

In der Praxis können sich für den Geschäftsführer delicate Situationen ergeben, weil etwa eine Gruppe der Gesellschafter von ihm Auskunft verlangt, die andere ihm diese Auskunft aber gerade untersagen will. Dem Geschäftsführer ist in dieser Situation zu empfehlen, die Gesellschafterversammlung entscheiden zu lassen - § 51 a Abs. 2 GmbHG. Gegebenenfalls muss er die Frage der Auskunftserteilung gerichtlich klären lassen.

e. Der Informationspflicht nach innen entspricht die Geheimhaltungspflicht nach außen: Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich ihre Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, dürfen durch den Geschäftsführer Dritten nicht offenbart werden. Pflichtverstöße sind strafbar, wenn die geschädigte Gesellschaft dies beantragt.

Die Beachtung der Geheimhaltungspflicht bekommt besondere Relevanz dann, wenn der Geschäftsführer auf eigene Initiative oder auch im Auftrag der Gesellschafter nach Möglichkeiten sucht, externe Kapitalgeber am Unternehmen zu beteiligen oder gar einen Verkauf von Geschäftsanteilen zu organisieren. Im Zuge solcher Beteiligungs- und Transaktionsverhandlungen wird es regelmäßig nötig sein, vor Vertragsabschluss sensible interne Daten aus dem Unternehmen an den interessierten Externen weiterzugeben. Der Geschäftsführer sollte in einer solchen Situation darauf achten, solche Verhandlungen nur zu führen, nachdem mit dem Externen eine schriftliche Geheimhaltungsvereinbarung unterzeichnet ist und die Gesellschafter diesem Vorgehen zugestimmt haben. Dies gilt auch dann, wenn der Geschäftsführer selbst über die Mehrheit der Stimmen in der Gesellschafterversammlung verfügt.

In den gleichen Zusammenhang gehört die Pflicht des Geschäftsführers, die gesetzlichen Vorschriften zur Datensicherheit zu

beachten und ggf. einen von der Geschäftsleitung unabhängigen Datenschutzbeauftragten zu berufen. Die Risiken aus mangelhaften Datenschutzmaßnahmen werden in der Praxis regelmäßig unterschätzt. Ihre Missachtung kann den Geschäftsführer zur Unzeit einholen, etwa dann, wenn die Gesellschafter nach Gründen suchen, ihn abzuberufen.

f. Nach den Vorschriften der Abgabenordnung hat der Geschäftsführer die steuerlichen Pflichten der von ihm geführten Gesellschaft zu erfüllen. Er hat insbesondere dafür zu sorgen, dass im Festsetzungsverfahren über die Steuer Steuererklärungen und Steueranmeldungen richtig und rechtzeitig abgegeben werden. Ferner hat er dafür zu sorgen, dass die geschuldeten Steuern auch tatsächlich entrichtet werden. Reichen die in der Gesellschaft vorhandenen Mittel hierfür nicht aus, so hat der Geschäftsführer dafür Sorge zu tragen, dass der Fiskus neben den anderen Gläubigern in Höhe der Steuerforderung anteilig befriedigt wird.

Kommt der Geschäftsführer diesen Pflichten vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht nach, haftet er für die ausgefallenen Steuern und die darauf entfallenden Nebenansprüche wie etwa Verspätungszuschläge etc. persönlich unbeschränkt mit seinem gesamten Vermögen.

Vergleichbare Haftungsregelungen gelten für den Bereich der Sozialversicherung. Hier macht sich der Geschäftsführer bei Pflichtversäumnissen überdies strafbar.

Gestaltet der Geschäftsführer Leistungsbeziehungen zu einem Gesellschafter oder zu Dritten so, dass sie als eine Verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren sind, so liegt darin i.d.R. keine Verletzung von Geschäftsführungspflichten. Insbesondere ist die vGA kein Haftungstatbestand, der den Geschäftsführer gegenüber dem Fiskus etwa persönlich verpflichten würde. Die Dinge können anders liegen, wenn die vGA nach Aufdeckung zu einer unterschiedlichen steuerlichen Belastung zwischen den Gesellschaftern führt und der Geschäftsführer dadurch – etwa zu seinem eigenen Vorteil – das Gebot der Gleichbehandlung aller Gesellschafter verletzt. Komplikationen entstehen auch dann, wenn durch die vGA der Effekt entsteht, dass aus dem Stammkapital ausgeschüttet wird und eine Unterdeckung (Unterbilanz) entsteht oder wenn der Geschäftsführer durch die Gestaltung einer vGA die gesellschaftsrechtliche Kompetenzverteilung unterläuft, indem er allein und nicht etwa die Gesellschafterversammlung oder ein Aufsichtsrat über die Verteilung des Gewinns beschließen.

g. Anders als der Vorstand einer Aktiengesellschaft unterliegt der Geschäftsführer der GmbH den Weisungen der Gesell-

schafterversammlung. Diesen Weisungen hat er zu folgen, solange keine rechtswidrigen Handlungen von ihm verlangt werden. Damit hat er im Regelfall selbst solchen Weisungen zu folgen, die die Gesellschaft schädigen. Die Weisungen können im Einzelfall erfolgen. Häufig ist jedoch in dem bereits erwähnten Katalog von Zuständigkeiten geregelt, welche Gegenstände der Geschäftsführung der Geschäftsführer selbst entscheiden kann und wann er die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen hat. Dieser Katalog kann sowohl Bestandteil des Gesellschaftsvertrags sein wie auch in eine Geschäftsordnung ausgelagert werden, die die Gesellschafter neben der Satzung beschließen.

Es empfiehlt sich stets, den Weg über die Geschäftsordnung zu gehen und die Satzung von allzu detaillierten Katalogen über die Zustimmung freizuhalten: Bedarf der Zustimmungskatalog – wie häufig – der Anpassung, genügt für die Änderung der Geschäftsordnung ein einfacher Gesellschafterbeschluss. Befindet sich der Katalog in der Satzung, muss ein Satzungsänderungsbeschluss gefasst werden, der nur wirksam ist, wenn ein Notar mitwirkt.

h. Als Folge seiner Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft unterliegt der Geschäftsführer für die Dauer seiner Tätigkeit einem umfassenden Wettbewerbsverbot. Von diesem Wettbewerbsverbot kann Dispens erteilt werden.

Das Wettbewerbsverbot findet seine Entsprechung im Gebot der sogenannten „Geschäftschancenlehre“: Jeder Geschäftsführer ist verpflichtet, zum Wohl der Gesellschaft alle Geschäftschancen wahrzunehmen, die sich der Gesellschaft bieten. Er darf sich nicht etwa deshalb zurückhalten, weil er demnächst nach Beendigung seines Amtes an der Wahrnehmung des Geschäfts zu seinem Vorteil interessiert ist.

Früher hat der Bundesfinanzhof aus dieser Konstellation den Schluss gezogen, dass der Geschäftsführer, der gleichzeitig beherrschender Gesellschafter ist, stets einem Wettbewerbsverbot unterliege, das nur gegen gesondertes Entgelt abbedungen werden könne, und andernfalls eine verdeckte Gewinnausschüttung gegeben sei. Dieses Problem hat sich erfreulicherweise verflüchtigt: Nach neuer Rechtsprechung kann das Wettbewerbsverbot auch gegenüber dem Gesellschafter-Geschäftsführer jederzeit und folgenlos aufgehoben werden, solange er der GmbH kein Vermögen entzieht, das zur Deckung des Stammkapitals benötigt wird. Dies gilt auch dann, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer der einzige Gesellschafter der GmbH ist.

Anders beurteilt sich die Rechtslage dann, wenn bei der Gesellschaft eine Unterdeckung vorliegt (dazu später).

Nach wie vor hält die Rechtsprechung an dem Grundsatz fest, dass im Dienstverhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer auch ein nachwirkendes Wettbewerbsverbot vereinbart werden kann, welches dem Geschäftsführer für eine definierte

Zeit Wettbewerbstätigkeiten auch dann noch verbietet, wenn er bereits aus dem Amt ausgeschieden ist. Festgehalten wird insbesondere an dem Grundsatz, dass ein solch nachwirkendes Wettbewerbsverbot im Falle des Geschäftsführers ohne sog. „Karenzentschädigung“ wirksam vereinbart werden kann, also ohne die Verpflichtung der Gesellschaft, dem Geschäftsführer in der nachwirkenden Karenzzeit eine Entschädigung bezahlen zu müssen. Allerdings verfolgen die Gerichte inzwischen die Tendenz, solche nachwirkenden Wettbewerbsverbote einer genauen Inhaltskontrolle zu unterwerfen. Dabei orientieren sich die Urteile regelmäßig an den handelsrechtlichen Grundsätzen (§ 74 a HGB). Danach ist ein nachwirkendes Wettbewerbsverbot nur dann verbindlich, wenn es ein berechtigtes geschäftliches Interesse der Gesellschaft schützt und das berufliche Fortkommen des ausgeschiedenen Geschäftsführers nicht unbillig erschwert. Nachwirkende Verbote, die sich über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren erstrecken sollen, werden regelmäßig als unwirksam angesehen.

2. Grundfragen zur Haftung

Kommt der Geschäftsführer seinen Pflichten schuldhaft nicht nach, haftet er der Gesellschaft auf Ersatz des daraus entstehenden Schadens. Haftungsmaßstab ist dabei in der Sprache des Gesetzes „die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns“.

Die zentrale Haftungsnorm des GmbH-Gesetzes (§ 43 GmbHG) lautet in Abs. 1: „Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.“

Dieser unbestimmte Rechtsbegriff löst bei den Betroffenen in der Regel Unbehagen aus. In der Praxis hört der Anwalt von den betreffenden Geschäftsführern dann oft das Argument, man stehe ohnedies „mit einem Bein im Gefängnis“. Diese Sicht der Dinge ist aber zu oberflächlich. Wer sich mit dem Pflichtenkatalog des Geschäftsführers näher beschäftigt, wird feststellen, dass es sich um eine begrenzte Anzahl gesetzlicher Anforderungen handelt, die meist einen sehr formalen Charakter tragen. Sie lassen sich von einem gewissenhaften und informierten Geschäftsführer in der Regel unproblematisch einhalten, dies jedenfalls dann, wenn eine gewisse Routine eingetreten ist.

Im zentralen Wirkungsbereich des Geschäftsführers, also auf dem Feld seiner geschäftlichen Einschätzungen und Entscheidungen, verteidigt die Rechtsprechung hingegen beharrlich den Freiraum eines „unternehmerischen Ermessens“, auf dem der Geschäftsführer notwendigerweise Risiken eingehen muss, um Chancen zu nutzen. Kommt es hier zu Fehleinschätzungen und wirtschaftlichen Nachteilen für das Unternehmen, hat dies mit dem Thema einer

Haftung des Geschäftsführers regelmäßig nichts zu tun.

In Anlehnung an das angelsächsische Recht spricht man von „Business Judgement Rule“: Für Fehler im Rahmen des unternehmerischen Entscheidungsspielraums wird nicht gehaftet. In § 93 I 2 Aktiengesetz ist dieses Prinzip für den Vorstand der Aktiengesellschaft inzwischen Gesetz geworden. Die Vorschrift lautet:

„Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“.

Die Grenze zur Haftung wäre erst dann überschritten, wenn die geschäftliche Fehleinschätzung grob leichtfertig und ohne hinreichende Entscheidungsgrundlage getroffen worden wäre.

So kann ein Geschäftsführer etwa Leistungen seiner Gesellschaft auf Kredit gewähren, solange er sich um marktübliche Sicherheiten (etwa einen Eigentumsvorbehalt) bemüht und die Bonität des Geschäftspartners geprüft hat.

Die Härte der Regelungen über die Geschäftsführerhaftung ergibt sich deshalb nicht etwa aus einem übermäßig engen Korsett rechtlicher Pflichten, sondern aus der Regelung über die Beweislast bei der gerichtlichen Beurteilung möglicher Haftungsfälle: Analog zu den aktienrechtlichen Vorschriften genügt es, wenn die Gesell-

schaft gegenüber dem Geschäftsführer die Möglichkeit einer Pflichtverletzung, den eingetretenen Schaden und die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden nachweist. Dem Geschäftsführer obliegt es dann, das Gericht davon zu überzeugen, dass er keine Pflichtverletzung begangen und nicht schuldhaft gehandelt hat. Zu einer solchen Beweisführung ist der Geschäftsführer aber regelmäßig nur dann in der Lage, wenn er sein Handeln und seine Entscheidungen sorgfältig dokumentiert. Zur Vermeidung von Haftungslagen benötigt der Geschäftsführer deshalb nicht nur die Kenntnis seiner rechtlichen Pflichten sondern auch eine gute und nachhaltige Dokumentation seiner Tätigkeit und seiner Entscheidungen.

Ist für einen eingetretenen Schaden die Pflichtverletzung mehrerer Geschäftsführer ursächlich, so haften diese Geschäftsführer der Gesellschaft gesamtschuldnerisch. Die Gesellschaft hat demnach die Wahl, ob sie ihren Schadensersatzanspruch bei nur einem oder bei beiden Geschäftsführern befriedigt.

In der Praxis entsteht an dieser Stelle häufig die Diskussion, ob die Haftung eines Geschäftsführers deshalb ausgeschlossen sein kann, weil er nach dem ihm zugewiesenen Geschäftsbereich für den Haftungsvorgang keine Verantwortung trug. Dies mag in vielen Fällen so sein.

Eine GmbH, die sich mit der Entwicklung, Produktion und dem weltweiten Vertrieb von elektronischen Bauteilen befasst, verfügt über eine dreiköpfige Geschäftsführung. Der eine Geschäftsführer ist für Forschung und Entwicklung, der andere für die Produktion zuständig. Der dritte Geschäftsführer, der gleichzeitig als Sprecher der Geschäftsleitung fungiert, verwaltet die Geschäftsbereiche Vertrieb, Organisation und Finanzen. Im täglichen Geschäftsbetrieb wird möglicherweise nur der Sprecher der Geschäftsleitung einen aktuellen Überblick über die Lage des Unternehmens haben.

Andererseits verbietet die Rechtsprechung bei zentralen Pflichten des Geschäftsführers die „Flucht ins Ressort“. Droht die Überschuldung, kommt es zu einer verbotenen Rückgewähr von Eigenkapital oder sind bei der Gründung der Gesellschaft Fehler vorgekommen, so haften die Geschäftsführer hierfür stets persönlich ganz gleich, für welchen Geschäftsbereich sie zuständig sein sollten. Im Ergebnis müssen sich deshalb alle Geschäftsführer über die wesentlichen Geschäftsvorfälle informiert halten. Der Bundesgerichtshof spricht in diesem Zusammenhang von einer Informationspflicht des Geschäftsführers, die zu seinen grundlegenden Leitungsaufgaben gehört.

Auch hieraus ergibt sich der praktische Rat, bei der Leitung des Unternehmens durch mehrere Geschäftsführer regelmäßige Geschäftsführersitzungen abzuhalten, dort alle wichtigen Geschäftsvorfälle quer durch die Ressorts zu behandeln und den Inhalt der

Sitzungen zu protokollieren. Geschieht dies nicht, dürfte es den beteiligten Geschäftsführern im Regelfall unmöglich sein, sich im Falle eines Pflichtverstoßes aus der Haftung zu nehmen.

Die Haftung des Geschäftsführers kann in bestimmten Fällen ausgeschlossen oder beseitigt werden.

So ist anerkannt, dass der Geschäftsführer dann von jeder Haftung frei ist, wenn er einer Weisung der Gesellschafterversammlung folgt (und diese Weisung selbst nicht Recht und Gesetz verletzt).

In Zweifelsfragen wird sich ein Geschäftsführer deshalb dadurch absichern, dass er die Gesellschafterversammlung um eine Weisung bittet. Sieht der Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit einer Beschlussfassung auch durch elektronische Medien vor, kann die zeitliche Verzögerung in Grenzen gehalten werden. Der formale Gesellschafterbeschluss ist allerdings unumgänglich. Die Einholung einer Weisung nur beim Mehrheitsgesellschafter reicht hierfür nicht.

Möglichkeiten einer Haftungsfreistellung bieten die Entlastung und die Generalbereinigung. Die Entlastung ist ein Beschluss der Gesellschafterversammlung, durch die die Tätigkeit des Geschäftsführers bis zum Tag der Entlastung als ordnungsgemäß gebilligt wird. Der Entlastungsbeschluss blockiert deshalb die nachträgliche Geltendmachung von Haftungsansprüchen insoweit, als den Gesellschaftern der zu Grunde liegende

Sachverhalt bei der Entlastung bekannt war.

Die Generalbereinigung ist ein Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer, mit dem die Gesellschafter namens der Gesellschaft bindend erklären, gegenüber dem Geschäftsführer keine Haftungsansprüche geltend machen wollen. Erfasst sind dabei auch solche Sachverhalte, von denen die Gesellschafterversammlung keine Kenntnis hat. Eine solche Vereinbarung ist zulässig, soweit auf mögliche Haftungsansprüche nach Gesetz oder Satzung verzichtet werden kann.

Die Haftung des Geschäftsführers verjährt nach fünf Jahren (§ 43 Abs. 4 GmbHG).

D. Risiken für den Geschäftsführer bei Gründung und Kapitalaufbringung

In bestimmten Lebensphasen der Gesellschaft treffen den Geschäftsführer besondere Pflichten und Risiken. Allgemein bekannt ist dies für die Phase der Unternehmenskrise (hierzu unten Teil E.). Aber auch schon bei der Gründung selbst oder bei späteren Kapitalmaßnahmen sollte der Geschäftsführer über deren rechtlichen Hintergrund und seine besonderen Pflichten informiert sein.

1. Die Gründung der GmbH

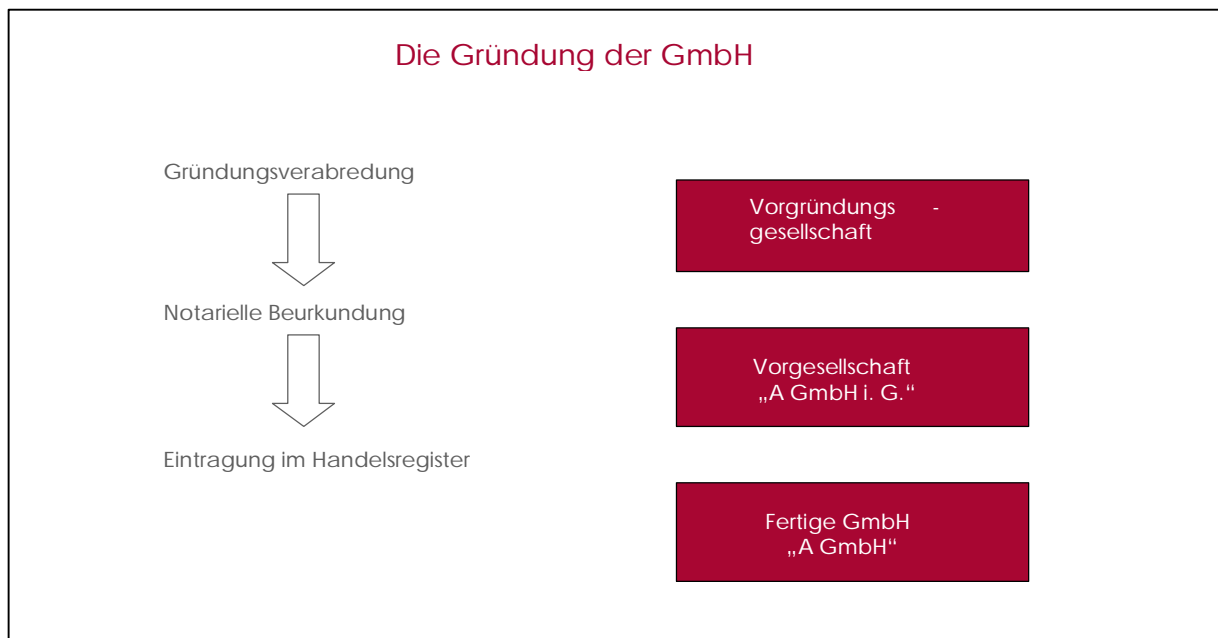
Die GmbH ist ein verselbständiger Haftungsfonds mit eigener Rechtspersönlichkeit. Die gesetzlichen Vorschriften zur Gründung der GmbH müssen daher einen Weg finden, wie aus dem Privatvermögen der Gründer der Haftungsfonds herausgelöst und rechtlich verselbständigt wird. Das GmbH-Gesetz löst dieses Problem, indem es für die Gründung der Gesellschaft ein mehrstufiges System vorsieht.

In der Zeitspanne zwischen dem Gründungsbeschluss der Gesellschafter (Gründungsverabredung) und der notariellen Beurkundung des Gründungsakts und des Gesellschaftsvertrags bildet sich eine juristische Einheit, die als „Vorgründungs-

Einheit, die als „Vorgesellschaft“ bezeichnet wird. Diese Vorgesellschaft kann bereits eine Firma führen, sofern sie durch den Zusatz „in Gründung“ oder „i. G.“ klarstellt, dass sie zwar gegründet aber noch nicht im Handelsregister eingetragen ist. Mit Eintragung in das Handelsregister ist die Gesellschaft durchgegründet und als vollwertige GmbH existent.

2. Risiken bei der Vorgründungsgesellschaft

Die Rechtsnatur der Vorgründungsgesellschaft war in Rechtsprechung und Schrifttum lange umstritten. Inzwischen ist anerkannt, dass es sich bei der Vorgründungs-



gesellschaft“ bezeichnet wird. In der Zeitspanne zwischen der notariellen Beurkundung und der Eintragung im Handelsregister entsteht eine juristische

gesellschaft um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt, deren Unternehmensgegenstand darin besteht, zur Gründung einer GmbH zu kommen.

Dieser rechtliche Ansatz ist folgenreich: Durch den Rückgriff auf die Rechtsfigur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist klargestellt, dass jeder Gründer für die von der Vorgründungsgesellschaft begründeten Rechtspflichten mit seinem Privatvermögen unbegrenzt haftet. Gleichzeitig ist klargestellt, dass die Vorgründungsgesellschaft nur von allen Gründern gemeinsam oder von einem oder mehreren Geschäftsführern vertreten werden kann, die selbst auch Gründer sind. Anderenfalls wäre das Prinzip der Selbstorganschaft verletzt. Wird in dieser Phase eine dritte Person, die nicht zu den Gründern gehört, bereits als zukünftiger Geschäftsführer tätig, kann dies nur im Rahmen eines einfachen Vertretungsverhältnisses geschehen; das für den Geschäftsführer so prägende Treuhandverhältnis zu seiner Gesellschaft existiert noch nicht.

Die Vorgründungsgesellschaft wird mit Beurkundung des Gesellschaftsvertrags, also mit dem Übergang zur Vorgesellschaft, durch Zweckerfüllung beendet. Sie wandelt sich nicht etwa Kraft Gesetzes in eine Vorgesellschaft um. Begründet also die Vorgründungsgesellschaft bereits Forderungen oder Verbindlichkeiten, so gehen diese nicht automatisch auf die Vorgesellschaft über. Vielmehr bedarf es eines besonderen Übertragungsakts, der beim Übergang von Verbindlichkeiten die Zustimmung des Gläubigers voraussetzt.

gers voraussetzt.

Aus dieser Situation können sich für Gründer extreme und überraschende Haftungslagen ergeben: Wird bereits die Vorgründungsgesellschaft tätig, mietet sie etwa zukünftige Geschäftsräume für die GmbH an und wird das Mietverhältnis im Einverständnis mit dem Vermieter nicht formal auf die GmbH übergeleitet, so kann der Vermieter die Gründer auf persönliche Haftung in Anspruch nehmen, wenn die GmbH, etwa insolvenzbedingt, mit Mietzahlungen in Rückstand kommt.

Gründern ist deshalb dringend zu raten, in der Phase der Vorgründungsgesellschaft möglichst keinerlei geschäftliche Tätigkeit der neuen Gesellschaft zu beginnen oder dann, wenn dies unvermeidlich ist, sorgfältig darauf zu achten, dass die so entstandenen Verbindlichkeiten „aufgeräumt werden“, also auf die zukünftige GmbH übertragen werden. Ohne die Zustimmung des Gläubigers ist dies freilich nicht möglich.

3. Risiken bei der Vorgesellschaft

Eine gänzlich andere Haftungsstruktur besteht bei der Vorgesellschaft, also dann, wenn die Gründung der GmbH bereits bis zur Beurkundung des notariellen Gesellschaftsvertrags vorangeschritten ist.

Die so entstandene Vorgesellschaft mutiert mit dem Zeitpunkt der Eintragung automatisch zur fertigen GmbH. Die von der Vorgesellschaft begründeten Rechte und Pflichten gehen daher automatisch auf die neue Gesellschaft über, ohne dass es irgendeines Übertragungsakts und irgendeiner Zustimmung bedarf.

mung eines Gläubigers bedarf.

Dennoch leben Gründer und Geschäftsführer in dieser Phase nicht risikolos.

Die Vorgesellschaft ist aus rechtlicher Sicht ein Gesellschaftstyp der besonderen Art, für den bereits die Vorschriften des GmbH-Gesetzes gelten, soweit diese nicht die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister voraussetzen. Die Vorgesellschaft kann deshalb bereits einen Geschäftsführer haben, insbesondere auch einen Fremdgeschäftsführer, der also nicht persönlich zum Gründerkreis gehört. Handelt der Geschäftsführer für die zukünftige GmbH, so haftet er für dieses Handeln persönlich. Die Haftung erlischt jedoch im Zeitpunkt der Eintragung. Gleiches gilt für alle anderen Personen, die für die Vorgesellschaft handelnd tätig werden.

*§ 11 des GmbH-Gesetzes lautet:
(1) Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche nicht.
(2) Ist vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch.*

Für die Gründer besteht daneben ein eigener Haftungstatbestand, der auf den Umstand reagiert, dass die Vorgesellschaft, wenn sie bereits vor Eintragung der GmbH mit den Geschäften beginnt, das bei ihr einbezahlte

Stammkapital verwirtschaftet haben könnte, noch bevor überhaupt eine Eintragung stattfindet. Vor diesem Verlust des Stammkapitals müssen die Gläubiger geschützt werden. Die Rechtsprechung hat hierzu in den letzten Jahren den Haftungstatbestand der sogenannten „Verlustdeckungshaftung“ entwickelt. Danach haften die Gründer für die von der Vorgesellschaft begründeten Verbindlichkeiten persönlich mit ihrem Privatvermögen, dies allerdings nur quotale in Höhe des für sie im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Anteils am Stammkapital. Abgesehen von dieser Quotierung ist die Haftung der Höhe nach jedoch unbegrenzt.

*Beispiel:
Eine Vorgesellschaft hat zwei Gesellschafter, die mit je 15.000,00 EUR am Stammkapital von 30.000,00 EUR beteiligt sind. Nimmt diese Gesellschaft vor Eintragung ein Darlehen von 300.000,00 EUR auf und wird dieser Betrag noch vor Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister verwirtschaftet, so haftet jeder Gesellschafter im Fall der Unterdeckung auf 150.000,00 EUR. Die Begrenzung auf das Haftkapital ist also noch nicht wirksam!*

Die Verlustdeckungshaftung erlischt nicht mit Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister. Vielmehr kann die Gesellschaft oder ein für die Gesellschaft tätig werdender Insolvenzverwalter diese Ansprüche geltend machen. Eine direkte Inanspruchnahme der Gesellschafter durch externe Gläubiger ist freilich nicht möglich (sog. „Unterdeckungs-

haftung“).

4. Die Tücken von Sachkapitalmaßnahmen

Die gesetzlichen Vorschriften über die GmbH zeigen Flexibilität, indem sie erlauben, dass bei Gründung oder späterer Kapitalerhöhung der Haftungsfonds (Stammkapital) nicht nur durch Barvermögen, sondern auch durch Sachgüter gebildet werden kann. Gründung und Kapitalaufstockung sind damit auch dann möglich, wenn die Gründer oder Gesellschafter anstelle von Geld Sachen oder Rechte einlegen. Dieser Vorgang wird unter dem Begriff der Sachkapitalmaßnahme zusammengefasst. Im Detail spricht man von Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung.

Im Einzelfall kann problematisch sein, welche Sachen oder Rechte „sacheinlagefähig“ sind. Klar ist, dass Grundstücke, bewegliche Sachen oder sogar ganze Unternehmen einlagefähig sind ebenso wie Forderungen an Dritte. Nicht einlagefähig sind Forderungen der Gründungsgesellschaft gegen ihre Gründer selbst sowie Dienstleistungen der Gesellschafter an die Gesellschaft.

Sachkapitalmaßnahmen sind missbrauchsanfällig. Anders als bei der Bareinlage kann das Handelsregister in vielen Fällen nicht oder nur schwer einschätzen, ob die eingebrachten Sachen tatsächlich auch den angegebenen Wert haben.

Das Gesetz reagiert auf dieses Risiko mit einer zweifachen Vorsichtsmaßnahme: Zum einen müssen die Gründer bei der Sachkapitalmaßnahme dem Handelsregister einen Bericht überlassen, aus dem sich ersehen lässt, wie die Bewertung für die einzelnen Sachgüter zustande gekommen ist (Sachgründungsbericht). Zum anderen kann das Handelsregister vor Eintragung der Gründung oder der Kapitalerhöhungsmaßnahme verlangen, dass die Gründer oder Gesellschafter den Wert der eingebrachten Wirtschaftsgüter gutachterlich nachweisen. Kommt es trotz dieser gesetzlichen Maßnahmen zur Eintragung der Sachkapitalmaßnahme, ergibt sich also zu Lasten der Gesellschaft eine Differenz zwischen dem deklarierten Stammkapital und dem tatsächlichen Wert der eingebrachten Wirtschaftsgüter, so haften die Gründer bzw. Gesellschafter der Gesellschaft neben dem Geschäftsführer persönlich im Wege der sogenannten „Differenzhaftung“. Ein solcher sogenannter „Gründungsschwindel“ ist im Übrigen strafbar.

Trotz dieser Sanktionen wird in der Praxis immer wieder versucht, die komplizierten Regeln der Sachgründung zu umgehen. Auf diese Weise kommt es zu Vorgängen, die in der Rechtsprechung als sogenannte „verschleierte Sachgründung“ bezeichnet werden.

Ein einfacher aber auch sehr plastischer Fall einer solchen verschleierte Sachgründung läge beispielsweise dann vor, wenn ein Gründer die Sachgründungsvorschriften dadurch umgeht, dass er von der Einlage etwa eines Grundstücks in die GmbH abzieht, dieses Grundstück aber sogleich nach Eintragung durch die GmbH von sich selbst – möglicherweise noch zum überhöhten Preis – abkaufen lässt. Im Ergebnis hat die GmbH damit ihr Barkapital gegen eine Sache ausgetauscht, deren Wert das im Handelsregister vermerkte Stammkapital nicht erreicht.

Aus dieser Risikolage hatte die Rechtsprechung komplexe Regelungen abgeleitet, die der Gesetzgeber mit der GmbH-Reform in vereinfachter Form in das neue GmbH-Recht übernommen hat. Jeder Geschäftsführer sollte die Grundzüge dieser Regeln kennen, um nicht aus bloßer Unkenntnis in unangenehme Haftungssituationen zu kommen.

§ 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG definiert die verdeckte Sacheinlage als „eine Geldeinlage eines Gesellschafters“, die „bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten“ ist.

Liegt der Fall einer verschleierte Sachkapitalmaßnahme vor, so befreit dies den Gesellschafter nicht von seiner Bareinlageverpflichtung. Er muss der Gesellschaft also die bei Übernahme der Anteile versprochene Bareinlage bezahlen. Allerdings kann er sich den Wert der verdeckten

Sacheinlage anrechnen lassen. Die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes trägt der Gesellschafter.

Stellt der Geschäftsführer einer GmbH fest, dass es in der Vergangenheit zu einer solchen verschleierte Sachkapitalmaßnahme gekommen ist, sollte er die Gesellschafter pflichtgemäß dazu bewegen, den Fehler zu beseitigen. Die Rechtsprechung hat hierzu inzwischen Wege entwickelt, die es erlauben, eine solche verfehlte Sachkapitalmaßnahme nachträglich zu „reparieren“.

Für den Geschäftsführer haftungsträchtig sind auch die Fälle des sogenannten „Hin- und Herzählens“. Dabei werden die Mittel, die der Gesellschafter bei der Gründung auf seinen Anteil bar einzahlte, sogleich wieder an den Gesellschafter zurückgereicht, etwa im Wege eines Darlehensvertrags. Nach neuem GmbH-Recht ist der Gesellschafter in einem solchen Fall nur dann von seiner Einlageverpflichtung befreit, wenn die Gesellschaft einen vollwertigen Rückgewähranspruch hat, den sie jederzeit fällig stellen kann. Allerdings und dies ist sehr wichtig: Die Befreiung tritt nur ein, wenn die vorgesehene Rückzahlung bei der Anmeldung gegenüber dem Handelsregister offengelegt wurde (§ 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG).

E. Risiken für den Geschäftsführer in der Unternehmenskrise

1. Die Krise der Gesellschaft aus rechtlicher Sicht

Die überwältigende Mehrheit aller Fälle, bei denen der Geschäftsführer einer GmbH in die persönliche Haftung genommen werden soll, resultiert aus Krisenlagen der von ihm geführten GmbH. Die Krise, in der das Unternehmen um sein Überleben kämpft, ist regelmäßig der Zeitraum, in dem aus der Not heraus rechtliche Regelungen gerne in den Hintergrund geschoben oder überdehnt werden. Häufig fehlt auch nur der notwendige Überblick, um neben dem betriebswirtschaftlichen Krisenmanagement auch noch die rechtlichen Eckpunkte des Notwendigen und Erlaubten zu erkennen.

Ein Geschäftsführer mit Überblick wird sich in einer solchen Situation bemühen, die jeweilige Lage des Unternehmens im Licht von vier Rechtsbegriffen zu prüfen. Er wird sich fragen, ob das von ihm geführte Unternehmen eine Unterdeckung hat, ob Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit vorliegen oder ob die Zahlungsunfähigkeit droht (drohende Zahlungsunfähigkeit). Diese vier Rechtsbegriffe umschreiben den Begriff der Unternehmenskrise aus rechtlicher Sicht. Ist einer dieser Tatbestände gegeben, so folgen daraus für den Geschäftsführer unterschiedliche Rechtspflichten aber auch gewisse Handlungsoptionen.

Von Unterdeckung (oder „Unterbilanz“) spricht man, wenn ein Vergleich der Aktiva und Passiva ergibt, dass ein Vermögen zwar

noch vorhanden ist, der Höhe nach aber das im Handelsregister eingetragene Stammkapital nicht mehr erreicht. Dabei ist von den Bewertungsansätzen der Bilanz auszugehen, eine Hinzurechnung Stiller Reserven findet also nicht statt. Der Begriff der „Unterdeckung“ kennzeichnet damit einen Teilverbrauch des Stammkapitals.

Weiterer Schlüsselbegriff der Unternehmenskrise ist die „Zahlungsunfähigkeit“. Sie liegt vor, wenn das Unternehmen fällige Forderungen auf Sicht nicht mehr begleichen kann. Um die Zahlungsunfähigkeit zu prüfen, sind in einer Liquiditätsvorschau fällige Forderungen und eingehende Erlöse gegeneinander zu stellen. Lassen sich die Zahlungsprobleme innerhalb eines Zeitfensters von ca. drei Wochen bereinigen, liegt nur eine „Zahlungsstockung“ vor, die keine weiteren Folgen hat. Lassen sich die Zahlungsschwierigkeiten innerhalb dieses Zeitraums nicht beseitigen, ist im Regelfall von einer Zahlungsunfähigkeit auszugehen. Eine verbleibende Liquiditätslücke von bis zu 10 % würde wiederum ausreichen, um im Regelfall eine Zahlungsunfähigkeit zu vermeiden. Die hier genannten Kriterien stehen nicht im Gesetz sondern sind von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelt worden. Sie können daher in der Zukunft Veränderungen unterliegen.

In der Praxis ist eine solche Berechnung häufig überflüssig, weil sich die Zahlungs-

unfähigkeit bereits aus anderen, sehr prägnanten Sachverhalten ergibt, etwa aus geplatzten Schecks oder Wechseln, aus gerechtfertigten und nicht bedienten Mahnbescheiden oder durch eine Kündigung der Linien durch die Bank.

Der Zahlungsunfähigkeit gedanklich vorge- lagert ist ein Zeitfenster, in dem von „dro- hender Zahlungsunfähigkeit“ gesprochen werden kann. Gemeint ist der Zustand, in dem die Geschäftsleitung der GmbH anhand einer Liquiditätsplanung feststellt, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zwar nicht sicher, aber auf Sicht konkret möglich er- scheint.

Zentraler Rechtsbegriff der Unternehmens- krise ist schließlich der Begriff der Über- schuldung. Eine Überschuldung liegt vor, wenn der Geschäftsführer bei Vergleich des aktuellen Gesellschaftsvermögens mit den aktuellen Gesellschaftsschulden einen negativen Saldo feststellt. Bei Bewertung der Wirtschaftsgüter können stille Reserven aufgedeckt, müssen Verwertungsrisiken im Zerschlagungsfall aber auch berücksichtigt werden. Im Zuge der Finanzmarktkrise hat der Gesetzgeber aktuell die gesetzlichen Überschuldungsregelungen mit Wirkung zum 01. November 2008 geringfügig gelo- ckert. Eine Überschuldung ist jetzt dann unschädlich, wenn eine Prognoserechnung ergibt, dass das Unternehmen wahrschein- lich fortgeführt und damit aus der Über- schuldung herausgebracht werden kann.

§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO lautet seit dem 01. November 2008: Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich!

2. Pflichten des Geschäftsführers in der Krise

An die eben vorgestellten Schlüsselbegriffe knüpfen sich für den Geschäftsführer wich- tige Handlungspflichten:

a. Stellt der Geschäftsführer fest, dass sich sein Unternehmen im Status der Unter- deckung befindet, so ist der Leistungsver- kehr zwischen Gesellschaft und Gesellschaf- tern sofort einer besonderen Prüfung zu unterziehen. Mit Beginn der Unterdeckung ist jegliche Auszahlung von Gewinnen oder gewinnähnlichen Leistungen von der Gesell- schaft an die Gesellschafter untersagt. Das Gesetz will auf diese Weise sicherstellen, dass die beim Stammkapital aufgetretene Lücke nicht vergrößert sondern wenn mög- lich wieder aufgefüllt wird. Die Recht- sprechung begreift dieses Auszahlungsver- bot sehr weit. Im Grundsatz sind alle Lei- stungen der Gesellschaft etwa aus Mietver- trägen, Anstellungs- oder Dienstverträgen, aus Darlehensverträgen etc. betroffen. Nur dann, wenn sich Leistung und Gegenlei- stung in verkehrsüblichem Rahmen halten, kann die Auszahlung erfolgen.

Unterbindet der Geschäftsführer solche verbotenen Auszahlungen nicht, haftet er der Gesellschaft auf Rückzahlung. Der Rückzahlungsanspruch kann insbesondere von einem späteren Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.

In der Praxis kann dies bedeuten, dass der geschäftsführende Gesellschafter im Insolvenzfall einen Teil seiner in der Vergangenheit bezogenen Geschäftsführervergütung an den Insolvenzverwalter zurückzahlen muss, selbst wenn sich der Geschäftsführer nur die vertraglich vereinbarte Vergütung ausbezahlt hat. Denn in seiner Funktion als Geschäftsführer hätte es ihm obliegen, sein Gehalt bei Eintritt der Unterdeckung auf eine angemessene Höhe zu kürzen.

Stellt der Geschäftsführer im Verlauf der Unterdeckungprüfung fest, dass die Gesellschaft rechnerisch die Hälfte ihres Stammkapitals verloren hat, muss er unverzüglich eine außerordentliche Gesellschafterversammlung einberufen. Damit soll sichergestellt werden, dass alle Gesellschafter über die Krise informiert sind, noch bevor Schlimmeres (Überschuldung) geschieht.

Die Einberufungsverpflichtung nach § 49 Abs. 3 GmbHG ist ernst zu nehmen. Unterbleibt sie, macht sich der Geschäftsführer strafbar!

b. Gemessen an den Rechtsfolgen sind die Tatbestände der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit für den Geschäftsfüh-

rer von zentraler Bedeutung. Ist auch nur einer der beiden Tatbestände gegeben, ist die Gesellschaft also überschuldet oder zahlungsunfähig, so muss der Geschäftsführer unverzüglich Insolvenzantrag stellen (Insolvenzantragspflicht). Werden nach Feststellung von Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit vom Geschäftsführer noch Zahlungen der GmbH veranlasst, so hat er diese Zahlungen an die Insolvenzmasse zu erstatten, es sei denn, diese Zahlungen sind mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar gewesen - § 64 GmbHG. Nach MoMiG gilt nun das Gleiche dann, wenn eine vom Geschäftsführer veranlasste Zahlung an Gesellschafter die Zahlungsunfähigkeit der GmbH erst herbeiführt. Der kluge Geschäftsführer wird deshalb bei Insolvenznähe der Gesellschaft Auszahlungen an die Gesellschafter sehr kritisch prüfen und dann, wenn ein Insolvenzgrund vorliegt, entweder alle Zahlungen einstellen oder alle Gläubiger quotal gleich bedenken.

Diese Verpflichtungen treffen den Geschäftsführer unabhängig von dem ihm zugewiesenen Geschäftsbereich und unabhängig von seiner Vertretungsbefugnis. Kein Geschäftsführer soll sich mit dem Argument entlasten können, er sei für die Finanzen des Unternehmens nicht zuständig gewesen oder hätte für den Insolvenzantrag die Unterschrift eines weiteren Kollegen gebraucht (Gesamtvertretungsbefugnis), diese aber nicht erhalten.

Der Bundesgerichtshof spricht in diesem Zusammenhang von einer „wechselseitigen Überwachungspflicht“, die aus dem Prinzip der Gesamtverantwortung aller Geschäftsführer folge.

Die Insolvenzantragspflicht tritt ein, wenn Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit vorliegen. Unterlässt der Geschäftsführer die Antragstellung trotz Kenntnis des Insolvenzgrundes, wird dies zur Pflichtverletzung dann, wenn er nach Kenntnis eine Frist von drei Wochen ungenutzt verstreichen lässt. Es ist dies die vielfach bekannt „Gnadenfrist“, die das Gesetz dem Geschäftsführer lässt, um die Insolvenz abzuwenden.

Aus Sicht der Praxis ist diese Frist nur in seltenen Fällen ausreichend bemessen, um den Insolvenzgrund und damit die Insolvenzantragspflicht nachhaltig zu beseitigen. Der Geschäftsführer ist deshalb gut beraten, in dieser Situation neben den Rettungsmaßnahmen sogleich einen Zeitplan festzulegen, der klar definiert, wann unter Beachtung der Drei-Wochen-Frist Insolvenzantrag spätestens einzureichen ist. Auf der Einhaltung dieser Frist sollte er bestehen, auch wenn Gesellschafter oder Gläubiger ihn dazu drängen, diese Frist zu überdehnen. Von einem Insolvenzantrag sollte sodann nur abgesehen werden, wenn der eingetretene Insolvenzgrund nachweisbar und auch für objektive Dritte nachvollziehbar beseitigt ist.

Wird die Insolvenzantragsfrist versäumt, warten auf den Geschäftsführer massive Haftungsrisiken: Die Verschleppung des

Insolvenzantrags ist strafbar (Insolvenzverschleppung) und dies auch dann, wenn der Insolvenzantrag später nachgeholt wird. Kommt es zur Insolvenz, sind auch vorangegangene Versäumnisse wie etwa die verspätete Vorlegung von Jahresabschlüssen etc. der Strafbarkeit unterworfen. Mit Eintritt der Insolvenzreife darf der Geschäftsführer aus dem Gesellschaftsvermögen nur noch Zahlungen erbringen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar sind. Hierdurch soll die Bevorzugung einzelner Gläubiger vermieden werden. Missachtet er diese Regel, haftet er der Gesellschaft auf Schadensersatz (§ 64 GmbHG). Darüber hinaus haftet der Geschäftsführer in einem solchen Fall den geschädigten Gläubigern unmittelbar auf Ersatz des Schadens, den sie erlitten haben, indem sie mit der Gesellschaft noch Geschäfte gemacht haben, obwohl eigentlich hätte Insolvenzantrag gestellt werden müssen. Die Verletzung der genannten Pflichten führt regelmäßig auch zu einem Amtsverbot.

c. Rechtsfolgen besonderer Art sind an den Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit geknüpft. Sie darf nicht mit der bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit verwechselt werden. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit gibt die Insolvenzordnung dem Geschäftsführer die Option, in die Insolvenz zu „flüchten“. Stellt der Geschäftsführer in der Phase drohender Zahlungsunfähigkeit den Insolvenzantrag, so

kommt es zur Durchführung eines Insolvenzverfahrens. Vor dem Hintergrund der vielfältigen Instrumente, die die Insolvenzordnung bereithält, um Insolvenzunternahmen zu sanieren, kann dieser Schritt im Krisenfall klug sein, um unter dem schützenden Dach der Insolvenzordnung die Restrukturierung anzugehen. Folgerichtig gibt die Insolvenzordnung ausschließlich dem Geschäftsführer das Recht, in dieser Phase das Insolvenzverfahren zu wählen. Gläubigern der Gesellschaft steht dieses Recht nicht zu.

Dies ist im Fall von Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit anders: Neben der Pflicht des Geschäftsführers, Insolvenzantrag stellen zu müssen (Eigenantrag), steht das Recht der Gläubiger der Gesellschaft, von sich aus Insolvenzantrag zu stellen und damit auch gegebenenfalls gegen den Willen der Geschäftsleitung ein Insolvenzverfahren in Gang zu setzen (Fremdantrag).

d. In Krisensituationen geschieht es häufig, dass Gesellschafter oder nahestehende Personen der Gesellschaft in der Krise anstelle von Eigenkapital Leistungen zugeführt werden, die bewusst nicht als Haftkapital gelten sollen. Ziel einer solchen verdeckten Eigenkapitalzufuhr ist es, den leistenden Gesellschafter die Möglichkeit zu geben, seine Leistung zurück zu erhalten, wenn die erhoffte Sanierung misslingt und die Gesellschaft insolvent wird.

In der Krise des Unternehmens beseitigt der Gesellschafter G das Liquiditätsproblem der Gesellschaft dadurch, dass er der GmbH, an der er maßgeblich beteiligt ist, ein Darlehen gibt. Als Darlehenssicherheit lässt er sich auf dem Betriebsgrundstück der Gesellschaft die letzte freie und werthaltige Grundschuld übertragen.

Zur Bewältigung dieser Missbrauchsformen hatte sich in der Rechtsprechung eine schwer überschaubare Vielfalt an Einzelregelungen entwickelt, die unter dem Schlagwort „Eigenkapitalersatz“ zusammengefasst waren. Das MoMiG hat an die Stelle dieser unüberschaubaren Rechtsprechung nunmehr eine Regelung eingeführt, welche die Lösung des Problems auf eine sehr rigide Weise vereinfacht: Kommt es zur Insolvenz, treten die Rückzahlungsansprüche aus dem Gesellschafterdarlehen im Rang hinter alle anderen Forderungen zurück. Der Insolvenzverwalter darf also bei Verteilung der verbliebenden Insolvenzmasse Gesellschafterdarlehen nur dann zurückzahlen, wenn er zuvor alle vorrangigen Insolvenzforderungen reguliert hat. In der Praxis ist die Insolvenzmasse aber meistens so klein, dass für nachrangige Forderungen regelmäßig kein Geld mehr übrig ist. Ergänzend kann der Insolvenzverwalter die Rückzahlung vom Darlehen, die im Zeitraum von einem Jahr vor der Insolvenz erfolgt sind, nunmehr anfechten und den Gesellschafter zwingen, den zurückbezahlten Betrag der Insolvenzmasse wieder zu erstatten. Hat ein Gesell-

schafter der insolventen GmbH Gegenstände zum Gebrauch überlassen (z. B. ein Grundstück vermietet, so kann der Insolvenzverwalter die Sache noch bis zu ein Jahr ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens nutzen, wenn er hierfür eine Nutzungsentschädigung zahlt. Die im Jahr vor der Insolvenz an den Gesellschafter bezahlte Miete kann unter Umständen im Wege der Anfechtung wieder zur Insolvenzmasse gezogen werden.

Stichwortverzeichnis

Abberufung	12	Geheimhaltungspflicht	25
Abfindung	21	Generalbereinigung	30
Alleinvertretungsbefugnis	10	Gesamtverantwortung aller Geschäftsführer	39
Amtsniederlegung	13	Gesamtvertretungsberechtigung	10
Amtsunfähigkeit	12	Geschäftschancenlehre	27
Amtsverbote	10	Geschäftsführungsbefugnis	5
Amtswahrnehmungsverhältnis	13	Geschäftsjahr	21
Anmeldung zum Handelsregister	11	Gesellschafterlisten	23
Annahmeerklärung	10	Gesellschafterversammlung	15, 24
Anwesenheitsrecht	24	Gesellschaftsvertrag	10
Aufhebungsvertrag	21	Gesetz zur Modernisierung des GmbH- Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)	8
Aufsichtsrat	10, 15	Gewinnverwendungsbeschluss	22
Auftrag	14	Gründer	33
Ausländer	9	Gründungsschwindel	34
Beendigungstatbestand	19	Gründungsverabredung	31
Befristung	19	Haftungsfreistellung	30
Beschränkungen des § 181 BGB	11	Haftungsprivileg	6
besonderen Übertragungsakts	32	Informationspflicht	30
Bestellungsverhältnis	9	Informationsrecht	24
Betreuer	9	Innenhaftung	6
betrieblichen Aufstieg	15	In-Sich-Geschäft	11
Beweislast	29	Insolvenzantragspflicht	38
<i>Business Judgment Rule</i>	28	Insolvenzverschleppung	39
Datensicherheit	25	Jahresabschluss	21
Dienstverhältnis	9	juristische Person	4
Dienstvertrag	14	Karenzentschädigung	27
Differenzhaftung	34	Kausalität	29
Direktversicherung	16	kleine Kapitalgesellschaften	21
Doppel-Vertretung	11	Konzernmutter	14
Drittanstellung	14	Kündigung	19
drohende Zahlungsunfähigkeit	36	Kündigungsfristen	19
drohenden Zahlungsunfähigkeit	40	Kündigungsschutzgesetz	19
drohender Zahlungsunfähigkeit	37	Möglichkeit einer Pflichtverletzung	29
Eigenantrag	40	MoMiG	10, 23
<i>Einberufungsverlangen</i>	24	nachwirkendes Wettbewerbsverbot	27
Einpersonen-GmbH	5	Nebenleistungen	16
einstweiliger Rechtschutz	13	notariellen Beurkundung	31
Eintragung im Handelsregister	31	Offenlegung	23
Einzelvertretungsberechtigung	10	Pensionszusage	16
Entlastung	30	Personengesellschaften	9
Ermächtigung	15	Pflichtverletzung mehrerer Geschäftsführer	29
Familienmitglieder	10	<i>Prokurist</i>	21
Festgehalt	16	ruhendes Arbeitsverhältnis	15
Feststellung des Jahresabschlusses	22		
Fremdantrag	40		
Fremdgeschäftsführer	14		
fundamentales Haftungsverhältnis	6		

<u>sacheinlagefähig</u>	34	<u>Unzumutbarkeit</u>	20
<u>Sachgründungsbericht</u>	34	<u>verdeckte Sacheinlage</u>	35
<u>Schaden</u>	29	<u>Verdeckten Gewinnausschüttung</u>	16
<u>Selbstorganschaft</u>	32	<u>Verlustdeckunghaftung</u>	33
<u>Sonderrecht</u>	10	<u>verschleierte Sachgründung</u>	35
<u>Sozialversicherungspflicht</u>	14	<u>Vertretungsmacht</u>	5
<u>steuerliche Anerkennung</u>	14	<u>Vorgesellschaft</u>	31
<u>Stimmverbot</u>	12	<u>Vorgründungsgesellschaft</u>	31
<u>Tantieme</u>	16	<u>Weisung der Gesellschafterversammlung</u>	30
<u>Teilverbrauch des Stammkapitals</u>	36	<u>Weisungen der Gesellschafterversammlung</u>	26
<u>Treuhänder</u>	5	<u>Weisungsfreiheit</u>	15
<u>Überschuldung</u>	36, 37	<u>wesentlichen Geschäftsvorfälle</u>	30
<u>Unterbilanz</u>	36	<u>Wettbewerbsverbot</u>	27
<u>Unterdeckungshaftung</u>	34	<u>wichtigen Grundes</u>	12
<u>Unternehmen</u>	4	<u>wichtiger Grund</u>	20
<u>Unternehmensträger</u>	4	<u>Zahlungsunfähigkeit</u>	36
<u>Unternehmergesellschaft</u> <u>(haftungsbeschränkt). Die UG</u>		<u>Zeitablauf</u>	11
<u>(haftungsbeschränkt)</u>	8	<u>Zwei-Wochen-Frist</u>	20
<u>unternehmerischen Ermessens</u>	28		