

# Rechte und Pflichten der GmbH-Geschäftsführung

So meistern Sie die gestellten Anforderungen



**Mandanten-Info**

## **Rechte und Pflichten der GmbH-Geschäftsführung**

Vorwort

1 Bestellt und angestellt: So werden Sie GmbH-Geschäftsführer

2 Vertragsfreiheit und Fremdvergleich

2.1 Die rechtliche Seite von Verträgen

2.2 Verdeckte Gewinnausschüttung: Die – nicht nur – steuerliche Seite von Verträgen

2.3 Die Qual der Wahl: Selbstständiger oder angestellter Geschäftsführer?

3 Die Vermögensbetreuungspflicht

3.1 Die Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers

3.2 Keine Beihilfe zur Ausplünderung der GmbH

3.3 Insolvenzantragspflicht

4 Die Treuepflicht

5 Die Organisations- und Sorgfaltspflicht

6 Die Haftung mehrerer Geschäftsführer

### Vorwort

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist Deutschlands beliebteste Rechtsform – es gibt (im Jahr 2020) fast 765.000 Kapitalgesellschaften in Deutschland, von „ganz klein“ bis „ganz groß“. Auch die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft (UG) erfreut sich zunehmender Beliebtheit unter den Gründern.<sup>1</sup> Dabei ist sie – sieht man von den Kapitalvorschriften und den Einschränkungen bei der Gewinnverwendung ab – nichts anderes als eine „ganz gewöhnliche“ GmbH. Auf mögliche Sonderregelungen wird im Folgenden aufmerksam gemacht.

Wenn schon selbstständig, dann mit beschränkter Haftung – darüber sind sich die meisten Gründer und Umgründer einig. Schließlich soll das erworbene Privatvermögen vor Gläubigerzugriff geschützt werden, wenn es geschäftlich einmal nicht (mehr) so laufen sollte wie erhofft. Auch zur weitsichtigen Vorbereitung der Unternehmensnachfolge kann die Umwandlung in eine GmbH sinnvoll sein.

Neben dem zunächst bestechenden Vorteil der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen winken bei einer GmbH auch steuerliche Vorteile: Das Entgelt und die Altersversorgung (auch) des Gesellschafter-Geschäftsführers sind abziehbare Betriebsausgaben und mindern die zu zahlende Körperschaft- und Gewerbesteuer bei der GmbH. Das alles sind Dinge, von denen Einzelunternehmer oder tätige Personengesellschafter in OHG oder KG nur träumen können – außer sie optieren zur Körperschaftsteuer, was seit Januar 2022 möglich ist.

Ob neu gegründet oder umgewandelt, ob GmbH oder haftungsbeschränkte UG: Niemand sollte die gesetzlichen Vorschriften über die Rechtsform und die sich daraus ergebenden Pflichten der Geschäftsführer auf die leichte Schulter nehmen. Das selbst dann nicht, wenn er alleiniger Gesellschafter ist oder die Geschäftsanteile in reiner Familienhand sind. Anders ausgedrückt: Mit der GmbH-Geschäftsführung halsen Sie sich viele Probleme auf, die sie vorher weder kannten noch kennen mussten. Die wichtigsten davon wurden hier dargelegt – die Aufzählungen sind aber keineswegs abschließend. Dafür sorgen auch die Gerichte mit einer immer schärfer werdenden Rechtsprechung.

---

<sup>1</sup> In dieser Publikation wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit in der Regel das generische Maskulinum verwendet. Die verwendete Sprachform bezieht sich auf alle Menschen, hat ausschließlich redaktionelle Gründe und ist wertneutral.

### 1 **Bestellt und angestellt: So werden Sie GmbH-Geschäftsführer**

Zum GmbH-Geschäftsführer wird man in der Regel von der Gesellschafterversammlung bestellt. Die Gesellschafterversammlung kann aber auch ein anderes Gremium mit der Bestellung beauftragen. Teilweise wird diese Kompetenz bereits in der Satzung auf ein anderes Gremium, z. B. einen Aufsichts- oder Beirat, übertragen.

Die Bestellung wird ins Handelsregister eingetragen. Damit entfaltet sie Außenwirkung: Ihre Bestellung wird öffentlich. Und die Öffentlichkeit darf dann darauf vertrauen, dass Sie als der eingetragene Geschäftsführer sich um die Erfüllung der gesetzlichen und satzungsmäßigen Pflichten der GmbH kümmern. Dazu sind Sie verpflichtet, und zwar auch dann, wenn in Ihrem Anstellungsvertrag kein „Sterbenswörtchen“ über solche Verpflichtungen verloren wird. Denn das ist Ihre gesetzlich normierte Pflicht.

Wie ein GmbH-Geschäftsführer für „seine“ GmbH handeln darf, wird durch die Vertretungsberechtigung geregelt. Die Vertretungsberechtigung wird ins Handelsregister eingetragen. Was dort steht gilt – gleichgültig, was Sie intern mit Gesellschaftern oder anderen Geschäftsführern verabredet haben. Sie können einmal zum AlleinGeschäftsführer bestellt werden. Dann dürfen Sie alleine, ohne eine weitere Person, die GmbH rechtswirksam vertreten. Die von Ihnen geschlossenen Verträge gelten, Ihre Rechtshandlungen sind wirksam. Wenn Sie dagegen gesamtvertretungsberechtigt sind, können Sie die GmbH entweder nur mit einem oder mehreren anderen Geschäftsführern (echte Gesamtvertretung) oder zusammen mit einem Prokuristen (unechte Gesamtvertretung) vertreten. Machen Sie Geschäfte, die nicht von Ihrer Vertretungsbefugnis gedeckt sind, werden diese erst gültig, wenn die GmbH sie genehmigt. Für mögliche Schäden, die der GmbH durch Ihren „Übereifer“ entstehen, haften Sie persönlich.

Zwingende Aufgaben eines bestellten Geschäftsführers sind die:

- organschaftliche Vertretung der Gesellschaft. Für alle Geschäfte und Handlungen ist der Geschäftsführer (= Organ) Ansprechpartner und handlungsbefähigte Person – sonst niemand, auch kein Gesellschafter (Ausnahme: er ist gleichzeitig Geschäftsführer),
- Pflicht zur handelsrechtlichen Buchführung und Jahresabschlusserstellung,
- Einberufung der Gesellschafterversammlung – nicht nur der ordentlichen, sondern auch der möglichen außerordentlichen,
- Pflicht, die Steuern richtig zu berechnen, pünktlich und vollständig abzuführen. Diese Pflicht betrifft zwar alle Steuern, aber Sie sollten v. a. die Lohn- und die Umsatzsteuer im Auge behalten. Bei Fehlern in diesem Bereich haften Sie persönlich,
- Pflicht, Sozialversicherungsbeiträge für Mitarbeiter – und falls abhängig beschäftigt auch für das eigene Gehalt – richtig zu berechnen, pünktlich und vollständig mit Arbeitgeber-

und Arbeitnehmeranteilen abzuführen. Leisten Sie sich hier Fehler, haften Sie zumindest für die Arbeitnehmerbeiträge persönlich,

- Anmeldungen zum Handelsregister,
- Überwachung und ggf. Berichtigung der eingereichten Gesellschafterliste,
- Erhaltung des Stammkapitals (gezeichnetes Kapital),
- Zuführung zur Zwangsrücklage bei der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft (UG).

Mit der Bestellung ist kein Entgeltanspruch des Geschäftsführers verbunden. Es besteht lediglich Anspruch auf Auslagenersatz nach § 670 BGB.

### **Wichtig:**

Auch wenn Sie ohne Entgelt zum Geschäftsführer bestellt wurden, sind alle gesetzlichen GmbH-Pflichten zu erfüllen. Tun Sie es nicht, haften Sie für Schäden persönlich, also mit Ihrem Privatvermögen.

Von dieser rechtlichen GmbH-Geschäftsführung ist die wirtschaftliche GmbH-Geschäftsführung zu trennen. Zur wirtschaftlichen Geschäftsführung werden Sie in aller Regel ebenfalls wieder von der Gesellschafterversammlung angestellt. Die Anstellung erfolgt meistens mit einem schriftlichen Vertrag, in dem die Aufgaben des Geschäftsführers und seine Ansprüche gegenüber der GmbH vereinbart werden. Dieser Vertrag hat Innenwirkung, regelt also Ihr Verhältnis zur GmbH sowie zu den Gesellschaftern und umfasst:

- den konkreten Aufgabenbereich (Ressort),
- die konkreten Pflichten,
- den Umfang der Befugnisse,
- zustimmungsbedürftige Geschäfte,
- interne Beschränkungen der Vertretungsmacht,
- erlaubte Nebentätigkeiten,
- die Entschädigung für die erlaubten Nebentätigkeiten,
- vertragliche und nachvertragliche Wettbewerbsverbote,
- Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens (Insichgeschäfte, § 181 BGB), also die Erlaubnis, mit sich selbst Verträge im Namen der GmbH zu schließen,

- Höhe der Bezüge, Zusammensetzung der Bezüge (fix, variabel) und Zahlungsweise,
- Kündigungsmöglichkeiten (Fristen, Adressat).

**Wichtig:**

Bei Verstoß gegen die im Anstellungsvertrag vereinbarten Regelungen haften Sie der GmbH und/oder den Gesellschaftern.

Ist intern eine Vertretungsregelung vereinbart, die nicht ins Handelsregister eingetragen worden ist, dann kommt der Vertrag, den Sie „vereinbarungswidrig“ geschlossen haben, dennoch rechtswirksam zustande. Die GmbH muss ihn erfüllen. Aber Sie haften der GmbH für mögliche Schäden aus diesem Vertrag.

**Wichtig:**

Die konkrete Vertretungsregelung, die mit dem Geschäftsführer getroffen wurde, muss den Satzungsregeln entsprechen (OLG München vom 25.07.2017, 31 Wx 194/17). Tut sie das nicht, wird sich das Registergericht weigern, die satzungsbrechende Vertretungsregelung einzutragen. Wird z. B. von den Gesellschaftern beschlossen, dass ein Geschäftsführer die GmbH nur gemeinsam mit einem anderen Geschäftsführer oder mit einem Prokuristen vertreten dürfe, während die Satzung eine Alleinvertretungsbefugnis für den Fall vorsieht, dass nur ein Geschäftsführer bestellt ist, ist diese Vertretungsregelung nicht eintragbar – der Beschluss oder die Satzung müssen geändert werden.

Die Geschäftsführung einer GmbH muss immer durch eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person erfolgen (§ 6 GmbHG). Andere GmbHs oder Aktiengesellschaften dürfen die Geschäftsführung nicht übernehmen.

Welche Staatsangehörigkeit der GmbH-Geschäftsführer hat, ist unerheblich. Im Prinzip ist es auch gleichgültig, ob Sie in Deutschland wohnen oder nicht. In der Praxis aber verlangen einige Registergerichte auch heute noch eine gültige Aufenthaltsgenehmigung. Liegt diese nicht vor, werden Sie selbst bei der Möglichkeit der jederzeitigen, weil visumsfreien, Einreise nicht ins Handelsregister eingetragen. Ebenfalls nicht eingetragen wird, wer zur Einreise nach Deutschland ein Visum benötigt.

### **Wichtig:**

Die Praxis der Registergerichte ist nicht rechtens, denn seit Inkrafttreten des MoMiG kann nicht mehr gefordert werden, dass dem ausländischen Geschäftsführer die jederzeitige Einreise nach Deutschland möglich sein muss (u. a. OLG Düsseldorf vom 16.04.2009, 3 Wx 85/09). Die Eintragung eines Nicht-EU-Ausländers als Geschäftsführer einer GmbH setzt also nicht voraus, dass er jederzeit legal in die Bundesrepublik einreisen kann. Es reicht aus, wenn der Geschäftsführer jederzeit seinen gesetzlichen Pflichten nachkommen kann. Das kann er, wenn er jederzeit an den Gesellschaftssitz kommen kann. Werden Ihnen hier Steine in den Weg gelegt, kann sich der Gang vor die ordentlichen Gerichte lohnen. Sie sollten dies aber nicht ohne fachkundigen Expertenrat tun.

Nach § 6 GmbHG darf kein Geschäftsführer sein, wer

- betreut wird und seine Vermögensangelegenheiten nicht völlig selbstständig regeln kann,
- einen Beruf, einen Berufszweig, ein Gewerbe oder einen Gewerbebezweig aufgrund eines gerichtlichen Urteils oder einer vollziehbaren Entscheidung einer Verwaltungsbehörde nicht ausüben darf, wenn der Gesellschaftszweck der GmbH ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt,
- wegen einer oder mehrerer vorsätzlich begangener Straftaten verurteilt worden ist. Dazu zählen z. B. die Insolvenzverschleppung und Insolvenzstraftaten. Als „Verurteilung“ im Sinne des § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3a GmbHG ist nicht nur die Verhängung einer Geld- oder Freiheitsstrafe wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung anzusehen (OLG Naumburg vom 03.02.2017, 5 Wx 2/17). Es genügt vielmehr, dass der Geschäftsführer wegen einer solchen Tat unter Vorbehalt der Verhängung einer Geldstrafe verwarnt wurde (§ 59 Abs. 1 StGB).

Wer zum Geschäftsführer bestellt und als Geschäftsführer angestellt ist, kann diese Konstellation durch Amtsniederlegung und Kündigung beenden. Es wird kein wichtiger Grund für eine Amtsniederlegung benötigt. Allerdings darf die Amtsniederlegung nicht rechtsmissbräuchlich sein. Das ist sie z. B. dann, wenn ein alleiniger Gesellschafter-Geschäftsführer sein Amt niederlegt, ohne gleichzeitig seinen Nachfolger zu bestimmen (OLG Bamberg vom 17.07.2017, 5 W 51/17), die GmbH also durch die Amtsniederlegung führungslos würde (OLG Nürnberg vom 12.05.2021, 12 W 502/21).

Natürlich kann auch die Gesellschafterversammlung den Geschäftsführer aus seinem Amt abberufen und den Anstellungsvertrag fristgemäß oder bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch fristlos kündigen. Aber auch hier darf die GmbH nicht führungslos werden.

## 2 Vertragsfreiheit und Fremdvergleich

Eine GmbH ist eine eigenständige juristische Person und kann im eigenen Namen Verträge abschließen – auch mit dem eigenen Geschäftsführer oder den Gesellschaftern.

### **Wichtig:**

Im Grundsatz können Sie mit Ihrer GmbH natürlich auch Darlehensverträge abschließen. Entweder die GmbH kann Ihnen Darlehen geben. Dann aber sollte sie Ihre Bonität prüfen und das Prüfergebnis auch nachweisen können. Denn verzichtet sie darauf, „nur“ weil Sie auch Gesellschafter sind, wird eine verdeckte Gewinnausschüttung die Folge sein. Das heißt, der Vertrag würde mangels Fremdüblichkeit steuerlich nicht anerkannt werden. Natürlich aber können auch Sie der GmbH einen Kredit geben oder für einen Kredit bürgen. Wenn Sie den Kredit verlieren oder aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werden, können Sie den Verlust als Werbungskosten bei den Einkünften aus nicht selbstständiger Tätigkeit geltend machen – sofern Sie den Kredit gegeben oder die Bürgschaft eingegangen sind, um Ihren Arbeitsplatz zu retten.

Sind Sie aber Gesellschafter-Geschäftsführer müssen Sie nunmehr mit geänderten und stark verschärften Rahmenbedingungen klar kommen. Früher galt ohne gesetzliche Regelung: Verloren Sie den Kredit oder wurden Sie aus der Bürgschaft in Anspruch genommen, konnten Sie den Verlust steuerlich wirksam als nachträgliche Anschaffungskosten Ihrer Anteile geltend machen. Jetzt besteht hierfür eine gesetzliche Regelung, auf die Sie sich berufen können (§ 17 Abs. 2a EStG). Dennoch sollte, eine verstärkte Fremdfinanzierung durch Gesellschafterdarlehen oder eine Absicherung von Bankkrediten durch eine Gesellschafterbürgschaft aus Überschuldungsüberlegungen heraus nicht mehr ganz „oben“ auf der Liste stehen. Überlegen Sie eher, ob sich nicht eine Kapitalerhöhung oder eine Aufstockung von Rücklagen anböte.

Sprechen Sie vor einer Finanzierungsentscheidung unbedingt mit Ihrem Steuerberater.

### 2.1 Die rechtliche Seite von Verträgen

Kommen Verträge juristisch einwandfrei zustande, gelten sie. Das gilt übrigens auch dann, wenn das Finanzamt die Verträge steuerlich nicht anerkennt: Die steuerliche Würdigung von Verträgen hat nichts mit deren zivilrechtlicher Gültigkeit zu tun! Juristisch einwandfrei kommt ein Vertrag in der Regel formfrei, also durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande.

### **Wichtig:**

Es ist dringend zu empfehlen, die Verträge zwischen GmbH und Geschäftsführer schriftlich zu fassen und regelmäßig auf Gültigkeit und Aktualität hin zu überprüfen.

## **2.2 Verdeckte Gewinnausschüttung: Die – nicht nur – steuerliche Seite von Verträgen**

Ist die Person, mit der die GmbH einen Vertrag abschließt, einer der eigenen Gesellschafter oder dessen Angehöriger, prüft das Finanzamt, ob der Vertrag so vereinbart worden ist, wie dies unter fremden Dritten üblich wäre. Bedingt durch die Tatsache, dass Vertragsabschlüsse zwischen GmbH und z. B. Gesellschafter-Geschäftsführer mit Steuerwirkung möglich sind, prüft das Finanzamt jede Vereinbarung zwischen GmbH und Gesellschafter-Geschäftsführer minutiös auf Form, Inhalt und Angemessenheit. Ist alles in Ordnung, bleibt es beim Betriebsausgabenabzug in der GmbH. Hält ein Vertrag dagegen diesem „Fremdvergleich“ nicht stand, liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) vor. Die steuerliche Folge: Der Betriebsausgabenabzug bei der GmbH wird gestrichen.

Nach der Definition des Bundesfinanzhofs (I R 44/85) ist eine verdeckte Gewinnausschüttung *„jede Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung bei der GmbH, deren Ursache im Gesellschaftsverhältnis zu suchen ist, die sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und nicht im Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht.“*

Eine verdeckte Gewinnausschüttung hat zwei Ebenen: den Grund und die Höhe.

Völlig unabhängig von der Höhe liegt eine vGA immer dann vor, wenn Leistungen der GmbH an die Gesellschafter oder umgekehrt die der Gesellschafter an die GmbH nicht klar und eindeutig bestimmt und bestimmbar sind. Und zwar so, dass im Nachhinein an den Vereinbarungen nichts mehr gedeutelt werden kann. Die Leistungen müssen sich aufgrund der Vereinbarungen auch von Außenstehenden durch einfache Rechenvorgänge ermitteln lassen. Beherrscht der Gesellschafter z. B. durch seine Kapitalbeteiligung die GmbH, besteht ein zusätzliches Rückwirkungs- und Nachzahlungsverbot. Verträge und Vereinbarungen mit ihm müssen im Voraus wirksam geschlossen werden, sonst sind die Leistungen automatisch verdeckte Gewinnausschüttungen.

Geht es der GmbH finanziell gut, werden verdeckte Gewinnausschüttungen oft als Kavaliersdelikte angesehen, die – nach dem Motto: ein Teil ist „Löwenfraß“ für das Finanzamt – in Kauf genommen werden.

Allerdings sind fünf Dinge zu bedenken:

- Erstens wird eine verdeckte Gewinnausschüttung in den seltensten Fällen zeitnah entdeckt. Unter Umständen sind also umfangreiche Änderungen der Jahresabschlüsse erforderlich.

- Zweitens hat der versagte Betriebsausgabenabzug nicht nur Auswirkungen auf den körperschaftsteuerpflichtigen Gewinn, sondern auch der gewerbesteuerpflichtige Gewinn wird nachträglich erhöht.
- Drittens können Steuernachzahlungen aufgrund von umfangreichen vGA vom Finanzamt zum Anlass genommen werden, die Frage der Steuerhinterziehung zu prüfen.
- Viertens können zivilrechtliche Folgen wegen umfangreicher vGA drohen, wenn sie z. B. als Beihilfe zur Ausplünderung der GmbH gedeutet werden (Kapitalerhaltung § 30 GmbHG, persönliche Haftung § 43 GmbHG).
- Schließt eine GmbH auf Veranlassung eines Gesellschafters einen Vertrag mit einer diesem Gesellschafter nahe stehenden Person, also etwa bei einem Arbeitsvertrag mit einem GmbH-Gesellschafter-(Ehe-)Partner, dann ist dies eine vGA; es fällt keine Schenkungsteuer an (BFH vom 13.09.2017, II R 54/15, II R 32/16, II R 42/16).

### **Wichtig:**

Unklar aber ist, ob die Schenkung einer GmbH vorliegen kann, wenn kein Gesellschafter an dem Vertrag mitgewirkt hat oder der Empfänger keine Person ist, die dem an der Entscheidung beteiligten Gesellschafter nahe steht. Offen ist auch weiterhin, ob eine freigebige Zuwendung auch dann vorliegt, wenn die überhöhten Entgelte das Ausschüttungsvolumen aller Gesellschafter mindern. Sprechen Sie – bevor Sie solche Verträge schließen – unbedingt mit Ihrem Steuerberater.

### **2.3 Die Qual der Wahl: Selbstständiger oder angestellter Geschäftsführer?**

Rein rechtlich haben Sie grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Sie können die Geschäfte der GmbH als Angestellter mit Dienstvertrag oder als Selbstständiger führen. Hierbei ist wiederum zwischen der steuerlichen und der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung der Vergütung zu unterscheiden.

**Steuerlich:** Wenn Sie mit der GmbH einen Anstellungsvertrag schließen, gelten Sie steuerlich als Arbeitnehmer. Von Ihrem Entgelt muss die GmbH Lohnsteuer einbehalten und ans Finanzamt abführen.

Steuerlich ist ein Geschäftsführer nicht abhängig beschäftigt, wenn er z. B. aufgrund

- seines Kapitalanteils,
- seiner Branchenkenntnisse oder
- seines Einflusses

die Geschicke der GmbH bestimmt oder bestimmen kann, also nicht weisungsgebunden und nicht in die betriebliche Organisation eingegliedert ist (BFH vom 29.03.2017, I R 48/16).

Dann liegt eine unter Umständen umsatzsteuerpflichtige selbstständige Tätigkeit vor. Die GmbH muss dann von Ihrem Gehalt keine Lohnsteuer einbehalten und abführen, wie sie das tun muss, wenn Sie als „normaler“ GmbH-Geschäftsführer steuerlich als Arbeitnehmer gelten. Bei einem selbstständigen Gesellschafter-Geschäftsführer können aber auch Einkünfte aus Kapitalvermögen gegeben sein. Hier kommt es auf den Einzelfall an. Sprechen Sie mit Ihrem Steuerberater über die Abgrenzungen.

Arbeitsrechtlich sind Sie kein Arbeitnehmer. Das heißt, dass die Arbeitnehmerschutzgesetze für Sie nicht gelten.

### **Wichtig:**

Für Sie als GmbH-Geschäftsführerin gelten beispielsweise die seit 01.01.2018 geltenden Mutterschutzregelungen nicht. Zwar gelten die Neuregelungen nicht mehr nur für arbeitsrechtliche Arbeitnehmerinnen, sondern auch für Schülerinnen, Studentinnen und Praktikantinnen oder Beamtinnen und Soldatinnen, nach wie vor aber nicht für GmbH-Geschäftsführerinnen. Deshalb müssen Sie, wenn Sie Regelungen aus dem Mutterschutzgesetz für sich übernehmen wollen, diese gesondert in Ihrem Anstellungsvertrag regeln oder pauschal auf die Geltung des Mutterschutzgesetzes hinweisen.

Wenn die positiven Seiten von Arbeitnehmerschutzgesetzen für Sie nicht gelten, dann gelten andererseits auch einschränkende Regelungen nicht für Sie. Sie als Geschäftsführer können sich den Urlaub, den Sie aus betrieblichen Gründen nicht nehmen konnten, finanziell entgelten lassen. Natürlich ist dieser Betrag steuerpflichtig, da er zu Ihrem Entgelt gehört.

Seitdem der Bundesfinanzhof seine restriktive Rechtsprechung (V R 29/03) vom Geschäftsführer als „unbedingten“ steuerlichen Arbeitnehmer aufgegeben hat, können Sie auch als Organ der GmbH deren Geschäfte als selbstständiger Unternehmer im Sinn des Umsatzsteuerrechts führen. Diese Abkehr von der Organtheorie wurde auch mit BFH-Urteil vom 20.10.2010 (VIII R 34/08) bekräftigt. Das heißt: Ihre Tätigkeit unterliegt der Einkommenssteuer und der Umsatzsteuer. Die GmbH kann die Vorsteuer für das gezahlte Honorar ziehen.

**Sozialversicherungsrechtlich:** Im Laufe der Zeit hat sich die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der selbstständigen Tätigkeit durch die Deutsche Rentenversicherung dahingehend geändert, dass sie kaum noch eine Wahl zulässt. Geht es nach dieser, kann ein Geschäftsführer nur dann sozialversicherungsfrei beschäftigt werden, wenn dies aufgrund eines Statusfeststellungsverfahrens durch die Sozialversicherung festgestellt wurde.

Das Bundessozialgericht hat sich mit Urteil vom 11.11.2015, B 12 KR 10/14, B 12 KR 13/14 R, B 12 R2/14 R (Abkehr von der sog. „Kopf und Seele“-Rechtsprechung) von der o. g. BFH-Rechtsauffassung verabschiedet, dass jemand sozialversicherungsfrei für ein Unternehmen arbeiten konnte, wenn er aufgrund seiner Erfahrung, seiner Branchenkenntnisse und seiner Qualifikation „Kopf und Seele“ des Unternehmens ist. Auch die Möglichkeit, dass z. B. der familiäre Einfluss genügt, um sozialversicherungsfrei zu arbeiten, gilt nicht mehr (BSG vom 29.07.2015, B 12 KR 23/13 R). Dieser Umstand ist als Aufgabe der „Schönwetter Rechtsprechung“ bekannt.

Die Sozialversicherung zieht völlig unabhängig von der steuerlichen Beurteilung eigene Konsequenzen. Für sie spielt es überhaupt keine Rolle, ob der Geschäftsführer ein eigenes Unternehmen angemeldet hat, Umsatzsteuer abführt oder auch für andere Unternehmen tätig ist. Allein aufgrund seiner Organstellung wird er von der Sozialversicherung a priori als Arbeitnehmer eingestuft. Eine Befreiung ist nur aufgrund eines Statusfeststellungsverfahrens möglich. Sie setzt in aller Regel entweder eine Mehrheitsbeteiligung voraus oder entsprechende Regelungen im Gesellschaftsvertrag, mit denen der Geschäftsführer vermeiden kann, dass nachteilige Regelungen getroffen werden (z. B. Einstimmigkeitsprinzip im Gesellschaftsvertrag).

### **Wichtig:**

Bevor Sie als Geschäftsführer einen Vertrag über Ihre Geschäftsführung schließen, sollten Sie sich unbedingt mit Ihrem Steuerberater über die steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen der Selbstständigkeit einerseits und des Angestelltendaseins andererseits beraten.

## **3 Die Vermögensbetreuungspflicht**

Als GmbH-Geschäftsführer verwalten Sie fremdes Geld, nämlich das der GmbH, das dem Gläubigerschutz dient. Auch wenn Sie Gesellschafter sind: Es ist nicht (mehr) Ihr Vermögen. Und zwar noch nicht einmal mehr dann, wenn Sie 100 % der GmbH-Anteile halten.

Anders ausgedrückt: Sie haben dafür zu sorgen, dass das Vermögen der GmbH, wenn es schon nicht vermehrt wird, dann zumindest erhalten wird. Diese Pflicht zur Kapitalerhaltung müssen Sie ernst nehmen. Verstoßen Sie dagegen, haften Sie persönlich mit Ihrem Privatvermögen (§ 43 GmbHG).

### **3.1 Die Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers**

Die Gesellschafterversammlung ist das oberste Willensorgan der GmbH. Stimmberechtigte Mitglieder der Gesellschafterversammlung sind ausschließlich die aktuellen Gesellschafter. Frühere oder zukünftige Gesellschafter sowie Geschäftsführer, die nicht selbst Gesellschafter sind, können eingeladen werden. Es können auch Berater zugelassen werden. Mitstimmen aber dürfen sie alle nicht.

Die Gesellschafter bekunden ihren Willen einmal im grundsätzlichen im Gesellschaftsvertrag, der Satzung und in Beschlüssen. Sowohl die Satzung als auch Gesellschafterbeschlüsse sind für Geschäftsführer zu befolgen. Und zwar auch dann, wenn sie selbst Gesellschafter sind.

### **Wichtig:**

Beschlüsse sind zu protokollieren. Das gilt auch in einer Ein-Personen-GmbH. Sie als Geschäftsführer sollten die Beschlüsse, die Weisungen an Sie enthalten, gesondert aufbewahren, sodass Sie ggf. nachweisen können, dass und wie Sie die Weisungen befolgt haben.

Die Geschäftsführer sind den Weisungen der Gesellschafter unterworfen, und zwar nicht nur in der Befugnis, die Gesellschaft nach außen zu vertreten, sondern auch für den gesamten inneren Betrieb. Sie müssen die Gesellschafterbeschlüsse auch befolgen, wenn Sie diese für wirtschaftlichen Nonsens halten. Bei Nichtbeachtung verbindlicher Weisungen der Gesellschafter drohen dem Geschäftsführer eine einstweilige Verfügung (zur Durchführung der Anweisung), Abberufung, (fristlose) Kündigung und möglicherweise Schadensersatz. Gesetzes- und satzungswidrige Weisungen dürfen nicht(!) ausgeführt werden. Weisungen, die auf Gesellschafterbeschlüssen beruhen, die anfechtbar sind, dürfen ebenfalls nicht ausgeführt werden, bis klar ist, dass sie gültig sind. Ein Geschäftsführer sollte also auf jeden Fall darauf achten, dass Anweisungen der Gesellschafter nur in Form von wirksamen Gesellschafterbeschlüssen zustande kommen.

### **3.2 Keine Beihilfe zur Ausplünderung der GmbH**

Geschäftsführer, die Beihilfe zur Ausplünderung der Gesellschaft durch die Gesellschafter leisten und dadurch die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeiführen, können in die Pflicht genommen werden (§ 43 GmbHG), das heißt: Sie haften persönlich. Sie als Geschäftsführer müssen, wenn Sie nicht haftbar gemacht werden wollen, darauf achten, dass der Kapitalabfluss an die Gesellschafter deren Gegenleistung entspricht, dass eben keine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt. Als mögliche Beihilfe zur Ausplünderung der GmbH kann es auch gelten, wenn Sie als Geschäftsführer mit einem Gesellschafter vor dessen Einlage eine Leistung an ihn vereinbaren, die wirtschaftlich einer Rückzahlung seiner Einlage entspricht (Hin und Herzahlen, § 19 Abs. 5 GmbHG).

Sie als Geschäftsführer müssen in einem solchen Fall darauf achten, dass der Gesellschafter nur dann von seiner Bareinlagepflicht befreit ist, wenn die von ihm erbrachte Leistung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann. Und Sie müssen eine solche Leistung oder die Vereinbarung einer solchen Leistung bei der Handelsregister-Anmeldung (§ 8 GmbHG) angeben.

### **3.3 Insolvenzantragspflicht**

Als Geschäftsführer müssen Sie unbedingt und dauernd die finanzielle Situation Ihrer GmbH überwachen. Die Pflicht zur ständigen Kontrolle der Liquidität der GmbH impliziert, dass Sie dafür sorgen, dass ein entsprechendes Frühwarn- oder Risikowarnsystem (Risk Management)

aufgebaut und eingehalten wird. Hat die GmbH die Hälfte ihres Stammkapitals verloren, muss unverzüglich eine Gesellschafterversammlung einberufen werden (§ 49 Abs. 3 GmbHG).

Wenn Sie hier Fehler machen und die Insolvenz verschleppen, haften Sie nicht nur zivilrechtlich, sondern Sie machen sich auch strafbar. Wer wegen einer Insolvenzstraftat (§§ 283, 283d StGB) rechtskräftig verurteilt wird, ist fünf Jahre lang amtsunfähig (§ 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG). Fahrlässige Insolvenzstraftaten (§ 283 Abs. 4 und 5, § 283 b Abs. 2 StGB) sind kein Ausschlussgrund nach § 6 Abs. 2 Nr. 3 GmbHG.

### **Wichtig:**

Sie als Geschäftsführer der GmbH sind zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden, denn durch solche Zahlungen begünstigen Sie Gläubiger. Auch das Finanzamt ist in der Insolvenz für die GmbH ein „ganz gewöhnlicher“ Gläubiger, der nicht bevorzugt werden darf. Deshalb fällt unter den Begriff „Zahlungen“ grundsätzlich auch die Zahlung der Umsatzsteuer (OLG Hamburg vom 13.10.2017, 11 U 53/17). Dass das Finanzamt Sie als Geschäftsführer hier persönlich in Haftung nehmen kann, ändert nichts am Grundsatz.

Auch Sozialversicherungsträger sind keine privilegierten Gläubiger (mehr), sondern haben denselben Rang wie andere Gläubiger auch. Um keine dauerhaften Zahlungsausfälle zu riskieren, sind die Krankenkassen daher dazu übergegangen, früh, teilweise bereits ab dem zweiten, häufig aber spätestens nach dem dritten ausbleibenden oder nur teilweise Bezahlen der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung Insolvenzantrag (Drittantrag) zu stellen. Dieser Insolvenzantrag kann entkräftet werden, dazu aber müssen die fälligen Schulden bezahlt werden.

Bei der Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags können Sie sich weder darauf berufen, dass Sie keine kaufmännischen Kenntnisse hätten, noch dass ein anderer Geschäftsführer für die Finanzen und die Buchführung verantwortlich sei, noch dass der Steuerberater oder Ihr Buchhalter Sie nicht gewarnt habe: Die Pflicht zur Überwachung der finanziellen Situation der GmbH und die notwendige Reaktion sind nicht delegierbar.

### **Wichtig:**

Ein Geschäftsführer handelt vorsätzlich oder fahrlässig, wenn er bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes nicht ohne schuldhaftes Zögern, aber bei Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) spätestens(!) binnen drei Wochen, bei Überschuldung (§ 19 InsO) innerhalb von spätestens sechs Wochen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt (§ 15a InsO). Sie als Geschäftsführer haften für Zahlungen, die nach Eintritt der Insolvenzreife geleistet werden. Ausnahme: Sie sorgen für einen gegenläufigen Vermögenszufluss bei der GmbH. Dieser Vermögenszufluss muss aber dem Gläubigerzugriff unterliegen (OLG München vom 22.06.2017, 23 U 3769/16), nur dann verliert die Zahlung ihren masseschmälernden Charakter und Sie sind aus der persönlichen Haftung wieder draußen.

Es gibt drei Insolvenzgründe:

- Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO),
- Überschuldung (§ 19 InsO),
- Drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO).

Während eine Zahlungsunfähigkeit relativ leicht festzustellen ist, weil dann halt wirklich kein Geld mehr da ist und sich auch nichts mehr versilbern lässt, ist eine Überschuldung erheblich schwieriger festzustellen. Im zivil- und strafrechtlichen Sinn liegt eine Überschuldung vor, wenn das Vermögen eines Unternehmens seine Verbindlichkeiten nicht mehr deckt (= rechnerische Überschuldung, § 19 Abs. 2 InsO). Die rechnerische Überschuldung genügt, um Insolvenzantrag stellen zu müssen.

### **Wichtig:**

Die Frage der Überschuldung kann nicht nach den „normalen“ Jahresabschlüssen beantwortet werden. Hier muss ein spezieller Überschuldungsstatus zu einem bestimmten Stichtag erstellt werden. Die bilanziellen Wertansätze nach HGB gelten nicht, sondern die „Zerschlagungswerte“ mit stillen Reserven. Besteht für das Unternehmen eine positive Fortbestehungsprognose, besteht keine insolvenzrechtliche Überschuldung. Dieser „Spielraum“ ist auf zwei Jahre begrenzt! Deshalb müssen Sie als Geschäftsführer die „Sanierungsbemühungen“ dauernd beobachten und gegebenenfalls schnell reagieren bei einem möglichen Scheitern.

## **4 Die Treuepflicht**

Während der Tätigkeit als Geschäftsführer müssen Sie Ihre Treuepflicht beachten. Diese Treuepflicht besteht auch, ohne dass eine besondere Vereinbarung getroffen wurde. Sie dürfen also der GmbH auf deren eigenen Geschäftsgebiet keine Konkurrenz machen. Dieses ver-

tragliche Wettbewerbsverbot gilt so lange, wie Ihr Geschäftsführervertrag läuft. Wenn Sie wollen und die GmbH damit einverstanden ist, können Sie sich vom vertraglichen Wettbewerbsverbot befreien lassen. Allerdings müssen Sie dafür in aller Regel eine Entschädigung leisten. Müssen Sie als Gesellschafter-Geschäftsführer keine Entschädigung bezahlen, wird das Finanzamt mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit darin eine verdeckte Gewinnausschüttung erkennen, da die GmbH es einem „Fremden“, also nicht an ihr beteiligten Geschäftsführer, so nicht erlaubt hätte.

### **Wichtig:**

Das Konkurrenzverbot betrifft auch jede weitere Geschäftsführung. Dies selbst dann, wenn die GmbH-Gesellschafter auch die Gesellschafter der anderen GmbH sind, bei der Sie die Geschäfte zusätzlich führen sollen.

Nebentätigkeiten, also solche Tätigkeiten, die nicht den Unternehmensgegenstand der GmbH berühren, dürfen Sie ausüben. Ausnahme: Die Nebentätigkeiten sind so umfangreich, dass Sie die Geschäfte der GmbH nicht (mehr) ordnungsgemäß führen können. Allerdings können die GmbH-Gesellschafter Ihnen auch Nebentätigkeiten vertraglich verbieten. Wenn Sie die Vereinbarung unterschreiben, sind Sie auch daran gebunden. Nur die eigene Vermögensverwaltung – sofern sie sich im „vertretbaren Rahmen“ hält – kann Ihnen nicht verwehrt werden.

## **5 Die Organisations- und Sorgfaltspflicht**

Ein GmbH-Geschäftsführer muss die Geschäfte der GmbH so organisieren, dass sie störungsfrei und ohne der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern Schaden zuzufügen, ablaufen. Dazu gehören beispielsweise auch so „ganz banale“ Sachen wie

- dass alle rechtlichen Vorschriften von der Beleuchtung, über die Bürobestuhlung, die Fluchtwege, Abfallentsorgungsvorschriften eingehalten und regelmäßig (Nachweis!) kontrolliert werden,
- dass die Datenschutzbestimmungen eingehalten werden,
- dass die richtigen Mitarbeiter mit der entsprechenden formellen Qualifikation ausgewählt werden,
- dass die Bonität der Vertragspartner zu Beginn und während der Dauer des Vertragsverhältnisses geprüft wird und dass nötigenfalls Gegenmaßnahmen zur Sicherung des GmbH-Vermögens eingeleitet werden. Diese Pflicht gilt auch gegenüber den eigenen Gesellschaftern.
- dass alle verfügbaren Informationsquellen ausgeschöpft werden. Der Geschäftsführer muss die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsmöglichkeiten sorgfältig abschätzen. Er muss die Risiken erkennen und gewichten. Und er muss Risikovorsorge treffen (OLG Schleswig vom 17.02.2016 – 9 U 58/15).

Für einen GmbH-Geschäftsführer gehört es zu seinen elementaren Pflichten, die Geschäfte der GmbH so zu organisieren, dass sie ordnungsgemäß laufen und die Organisation so zu überwachen, dass er Fehler oder Missstände erkennen und ihnen abhelfen kann. Diese – gesetzliche und gesellschaftsvertragliche – ordnungsgemäße Organisation wird auch „Compliance“ genannt. Wer eine Organisation überwachen können will, der braucht ein internes Überwachungssystem. Wer seine Organisation nicht oder nur unzureichend überwacht, der riskiert, persönlich haftbar gemacht zu werden – und das nicht nur für die eigenen Fehler, sondern auch für die Fehler anderer, beispielsweise von Mit-Geschäftsführern, aber auch von Angestellten (BFH vom 13.03.2003, VII R 46/02). Zu Ihren weiteren Pflichten gehört es, die Gesellschafter zu informieren (§ 51a GmbHG), ihnen also auf deren Anfrage jederzeit Rede und Antwort zu stehen und ihnen Einsicht in die GmbH-Akten zu gewähren, sofern Sie nicht befürchten müssen, dass dies der GmbH zum Nachteil gerät. Als GmbH-Geschäftsführer sind Sie wegen ihrer allgemeinen Sorgfaltspflicht z. B. auch gehalten, entdeckte Fehler in der Gesellschafterliste gegenüber dem Handelsregister zu korrigieren. Tun Sie das nicht, müssen Sie den betreffenden Gesellschaftern den möglicherweise entstehenden Schaden ersetzen.

## 6 Die Haftung mehrerer Geschäftsführer

Hat eine GmbH mehrere Geschäftsführer, haften diese im Falle eines Falles der GmbH gegenüber als Gesamtschuldner. Das heißt: Die GmbH kann sich aussuchen, welchen der Geschäftsführer sie haftbar machen will. Natürlich hat dieser Geschäftsführer einen Ausgleichsanspruch gegenüber seinen Mit-Geschäftsführern, aber zunächst muss er den Schaden ersetzen. Daran ändert es auch nichts, wenn die Geschäftsführer untereinander eine Arbeitsteilung, z. B. A für das Kaufmännische, B für das Technische und C für den Vertrieb, verabredet haben. Ausnahme: Wenn die Ressortaufteilung mit (nachweisbarer) Billigung der Gesellschafter vorgenommen wurde und die Ressortverantwortlichkeit so auch ins Handelsregister eingetragen wurde.

Wenn das aber – wie meist – nicht der Fall ist, müssen sich die Geschäftsführer gegenseitig kontrollieren.