

Bosse

# Checklisten-Handbuch GmbH-Geschäftsführer

Die wesentlichen Rechte, Pflichten  
und Gestaltungsspielräume

Kompakt – Effizient – Rechtssicher

3., aktualisierte Auflage

**E-Book**



≡ Reguvis



# **Checklisten-Handbuch GmbH-Geschäftsführer**



# Checklisten-Handbuch GmbH-Geschäftsführer

## Die wesentlichen Rechte, Pflichten und Gestaltungsspielräume

Kompakt – Effizient – Rechtssicher

von

**Dr. Christian Bosse**

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

3. aktualisierte und  
erweiterte Auflage 2021

 Reguvis

### **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

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

Reguvis Fachmedien GmbH  
Amsterdamer Str. 192  
50735 Köln

**[www.reguvis.de](http://www.reguvis.de)**

Beratung und Bestellung:  
Tel.: +49 (0) 221 97668-315  
Fax: +49 (0) 221 97668-271  
E-Mail: [wirtschaft@reguvis.de](mailto:wirtschaft@reguvis.de)

ISBN (Print): 978-3-8462-1350-6  
ISBN (E-Book): 978-3-8462-1351-3

© 2022 Reguvis Fachmedien GmbH, Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk einschließlich seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Dies gilt auch für die fotomechanische Vervielfältigung (Fotokopie/Mikrokopie) und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Hinsichtlich der in diesem Werk ggf. enthaltenen Texte von Normen weisen wir darauf hin, dass rechtsverbindlich allein die amtlich verkündeten Texte sind.

Herstellung: Günter Fabritius  
Satz: Cicero Computer GmbH, Bonn  
Druck und buchbinderische Verarbeitung: Appel & Klinger Druck und Medien GmbH,  
Schneckenlohe

Printed in Germany

## Vorwort

Das nun bereits in der dritten Auflage erscheinende Checklistenhandbuch für GmbH-Geschäftsführer befasst sich mit wesentlichen Rechten und Pflichten und beleuchtet die Haftungsgefahren, mit denen sich GmbH Geschäftsführer auseinandersetzen haben.

Das sich gerade in den letzten Jahren stetig ändernde und zunehmend komplexere rechtliche Umfeld weist viele Fallstricke für Geschäftsführer auf, die es zu vermeiden gilt. Umso wichtiger ist es für Geschäftsführer, eine kompakte und übersichtlich ausgearbeitete Zusammenstellung griffbereit zu haben, die die wesentlichen Handlungspflichten zusammenfasst und direkt einsetzbare Arbeitshilfen anbietet. Dies soll durch das vorliegende Werk vermittelt werden, und zwar möglichst auf einen Blick.

Es stützt sich dabei auf konkrete Praxisfälle und berücksichtigt sowohl Gesetzgebung, Rechtsprechung und die vorherrschenden Meinungen in der Literatur. Am Ende eines jeden Kapitels werden die wesentlichen Aussagen zum behandelten Thema in einer Checkliste zusammengefasst, um einen schnellen Überblick zu gewährleisten. Es werden insbesondere Fragen rund um die Haftung, das Verhältnis zur Gesellschafterversammlung und anderen Organen sowie den Anstellungsvertrag mit einem Schwerpunkt auf der Ausgestaltung der Vergütung berücksichtigt. Auch werden spezifische Fragen zur GmbH & Co. KG geklärt, bei der neben dem GmbH-Recht auch die Regelungen für die Rechtsform der Kommanditgesellschaft beachtet werden müssen. Ein Kapitel ist der GmbH im öffentlich rechtlichen Umfeld gewidmet.

Die umfangreiche und praxiserprobte Mustersammlung stellt u.a. Muster zur Durchführung von Gesellschafterversammlungen, Anstellungsverträgen oder von Gesellschaftsverträgen zur Verfügung und deckt so eine Vielzahl von relevanten Themenbereichen rund um die GmbH ab.

In der jetzigen Auflage wurde insbesondere das Kapitel zur Haftung des Geschäftsführers deutlich erweitert und berücksichtigt die in den letzten Jahren zahlreich ergangenen Entscheidungen der Gerichte. Ebenfalls erweitert und aktualisiert wurde der Bereich Compliance. Hier wurden insbesondere die aktuelle Rechtsprechung zu Sanktionen wegen unterlassenen Aufsichtsmaßnahmen bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten ausgewertet. Das Kapitel schließt mit einem übersichtlichen A–Z der Praxisfälle zu Sanktionen nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht.

Neu aufgenommen wurde das A–Z von haftungsrelevanten Pflichtverletzungen, bei dem 40 Pflichtverletzungen von Geschäftsführern konkreten gerichtlichen Entscheidungen zugeordnet wurden. Ebenfalls neu ist das strafrechtliche A–Z zu gerichtlich entschiedenen Straftaten von Geschäftsführern.

Die dritte Auflage enthält darüber hinaus erstmals ein eigenes Kapitel zu den besonderen An- und Herausforderungen für den Geschäftsführer in einer Familiengesellschaft. Sie berücksichtigt die im Jahr 2020 eingeführten umfangreichen Änderungen im Recht der Unternehmenssanierung.

## **Vorwort**

---

Das Werk erhebt keinen Anspruch auf eine erschöpfende Behandlung der einzelnen Themen, gibt den Geschäftsführern aber übersichtliche Checklisten und Handlungsempfehlungen zur Hand.

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
---------------	---

## 1. Teil:

### Praxisrelevante Situationen bei der Tätigkeit des Geschäftsführers

<b>I. Stellung in der GmbH, Abschluss des Anstellungsvertrags und Bestellung .....</b>	<b>3</b>
1. Überblick .....	3
2. Anzahl der Geschäftsführer und Vorsitzender .....	3
2.1 Anzahl der Geschäftsführer .....	3
2.2 Vorsitzender der Geschäftsführung .....	4
2.3 Zuständigkeit des Arbeitsdirektors .....	5
2.4 Stellvertretende Geschäftsführer .....	5
2.5 Zielgrößen für gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern in der GmbH .....	6
3. Bestellung des Geschäftsführers .....	7
3.1 Allgemeines .....	7
3.2 Persönliche Voraussetzungen für die Bestellung .....	8
3.2.1 Geschäftsfähige natürliche Person .....	8
3.2.2 Internationaler Bezug .....	9
3.2.3 Gerichtliche oder behördliche Untersagung .....	10
3.2.4 Straftaten .....	11
3.2.5 Kein Mitglied des Aufsichtsrats oder Beirats als Geschäftsführer .....	11
3.2.6 Zeitpunkt der Amtsunfähigkeit .....	12
3.3 Verfahren bei der Bestellung .....	12
3.3.1 Verlagerung der Zuständigkeit zur Bestellung auf einzelne Gesellschafter oder andere Organe .....	13
3.3.2 Dauer der Amtszeit .....	15
3.3.3 Bedingte Bestellung .....	15
3.4 Schadensersatzpflicht bei gesetzeswidriger Bestellung .....	16
3.5 Handelsregisteranmeldung .....	16
4. Notgeschäftsführer .....	18
5. Abschluss des Anstellungsvertrags und Vergütung .....	18
5.1 Allgemeines .....	18
5.2 Zuständiges Organ und Form des Vertrags .....	18
5.3 Dienstvertrag mit einem Dritten .....	19
5.4 Keine Anwendung von arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften .....	19
5.5 Bisheriges Anstellungsverhältnis als Angestellter .....	21

## Inhaltsverzeichnis

5.6	Sozialversicherungspflicht .....	22
5.6.1	Einführung .....	23
5.6.2	Abgrenzungsmerkmale bei der Sozialversicherungspflicht .....	24
5.6.3	Der Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer Beteiligung von 50 % oder mehr .....	24
5.6.4	Der Geschäftsführer mit einer Beteiligung von unter 50 % .....	25
5.6.5	Der Geschäftsführer ohne Beteiligung (Fremdgeschäftsführer) .....	25
5.6.6	Der Geschäftsführer in der GmbH & Co. KG .....	26
5.6.7	Der Geschäftsführer mit Doppelfunktion im Konzern .....	26
5.6.8	Kontrollfragen für die Frage der Sozialversicherungspflicht .....	27
5.6.9	Zusammenfassung .....	28
5.7	Typische Inhalte des Anstellungsvertrags .....	28
5.8	Kopplung von Bestellung und Dienstvertrag .....	29
5.9	Vergütung des Geschäftsführers .....	30
5.9.1	Allgemeines .....	30
5.9.2	Fremdvergleich und Ausgestaltung .....	31
5.9.3	Verhältnis von Fixvergütung und variabler Vergütung .....	32
5.9.4	Variable Vergütung .....	32
5.10	Herabsetzung der Vergütung .....	37
5.11	Ruhegehalt .....	39
5.11.1	Allgemeines .....	39
5.11.2	Erscheinungsformen .....	39
5.11.3	Versorgung von Hinterbliebenen .....	40
5.11.4	Geltung des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG) .....	40
5.12	Aufwendungsersatz .....	41
5.13	Freistellung eines Geschäftsführers von Haftungsansprüchen im Anstellungsvertrag ..	41
5.14	Sonstiges .....	41
6.	<b>Mängel des Anstellungsvertrags</b> .....	42
7.	<b>Checkliste Stellung des Geschäftsführers in der GmbH</b> .....	42
8.	<b>Checkliste Bestellung des Geschäftsführers</b> .....	43
9.	<b>Checkliste Anstellungsvertrag und Vergütung des Geschäftsführers</b> .....	44
II.	<b>Kündigung des Anstellungsvertrags und Abberufung</b> .....	46
1.	<b>Allgemeines</b> .....	46
2.	<b>Ordentliche Kündigung</b> .....	47
3.	<b>Außerordentliche (fristlose) Kündigung</b> .....	48
3.1	Verfahrensfragen .....	48
3.2	Vorliegen eines wichtigen Grundes .....	49
3.3	Taktische Überlegungen, zwei Wochenfrist und Kündigungsgrund .....	52
3.4	Mitteilung von Kündigungsgründen durch die Gesellschaft? .....	53

3.5	Nachschieben von Kündigungsgründen .....	53
3.6	Verdachtskündigung .....	54
3.7	Kündigungsschutz .....	54
3.8	Abmahnung .....	55
3.9	Hilfsweise ordentliche Kündigung .....	55
3.10	Rechtsfolgen der Kündigung .....	55
3.11	Anspruch des Geschäftsführers auf Weiterbeschäftigung .....	56
3.12	Kündigung durch den Geschäftsführer aus wichtigem Grund .....	56
4.	<b>Taktik beim Aufhebungsvertrag .....</b>	<b>56</b>
5.	<b>Schicksal des Dienstvertrags in der Insolvenz .....</b>	<b>57</b>
6.	<b>Abberufung des Geschäftsführers .....</b>	<b>58</b>
7.	<b>Anmeldungen zum Handelsregister .....</b>	<b>58</b>
8.	<b>Checkliste Kündigung des Anstellungsvertrags und Abberufung des Geschäftsführers .....</b>	<b>60</b>
<b>III.</b>	<b>Treuepflicht und Wettbewerbsverbot .....</b>	<b>62</b>
1.	Allgemeines .....	62
2.	Umfang und Reichweite des Wettbewerbsverbots .....	62
3.	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot .....	63
4.	Folgen von Verstößen gegen das Wettbewerbsverbot .....	65
5.	Checkliste Treuepflicht und Wettbewerbsverbot des Geschäftsführers .....	65
<b>IV.</b>	<b>Vertretung und Geschäftsführung .....</b>	<b>66</b>
1.	Allgemeines .....	66
2.	Vertretung der GmbH .....	67
2.1	Allgemeines .....	67
2.2	Einzel- und Gesamtvertretung .....	67
2.3	Insichgeschäfte nach § 181 BGB .....	68
2.4	Missbrauch der Vertretungsbefugnis .....	69
3.	Das Innenverhältnis: die Geschäftsführungsbefugnis .....	69
3.1	Sachlicher Umfang .....	69
3.2	Übertragung von Geschäftsführungsmaßnahmen auf Mitarbeiter .....	70
3.3	Zustimmungsvorbehalte als Schranke der Geschäftsführungsbefugnis .....	70
3.4	Widerspruchsrecht des Mitgeschäftsführers .....	71
3.5	Ressortverteilung .....	72
3.6	Weisungen .....	74
4.	Checkliste Vertretung und Geschäftsführung .....	75

## Inhaltsverzeichnis

<b>V.</b>	<b>Grundlagen der Haftung des Geschäftsführers</b> .....	78
1.	Allgemeines .....	78
2.	Haftung gegenüber der Gesellschaft .....	78
3.	Außenhaftung gegenüber Dritten .....	83
3.1	Allgemeines .....	83
3.2	Außenhaftung gegenüber Vertragspartnern .....	83
3.2.1	Außenhaftung aufgrund von vertraglichen Vereinbarungen .....	84
3.2.2	Haftung bei Vertragsverhandlungen und aufgrund von besonderer Vertrauensstellung .....	85
3.2.3	Haftung als vollmachtloser Vertreter und aufgrund Rechtsscheins .....	86
3.3	Persönliche Haftung gegenüber Dritten aufgrund von Rechtsverstößen und Verkehrssicherungspflichten (§ 823 BGB) .....	87
4.	Vereinbarungen zur Haftungsbeschränkung und Freistellung .....	90
5.	Entlastung des Geschäftsführers .....	92
6.	Verjährung und Ausschlussfristen .....	94
7.	Checkliste Haftungsgrundlagen des Geschäftsführers .....	94
<b>VI.</b>	<b>Gründung der GmbH im Überblick</b> .....	96
1.	Allgemeines .....	96
2.	Ablauf der Gründung .....	96
3.	Erbringung der Einlagen, Bargründung und Sachgründung .....	97
4.	Handelsregister .....	99
4.1	Form und Inhalt der Anmeldung .....	99
4.2	Prüfung der Anmeldung durch das Registergericht .....	101
5.	Die Turbogründung mit Fallstricken: Vorratsgesellschaften .....	102
6.	Checkliste GmbH-Gründung .....	103
7.	Checkliste Basisinformationen für den GmbH-Gründer .....	104
<b>VII.</b>	<b>Geschäftsführer und Gesellschaftsvertrag</b> .....	106
1.	Weitgehende Gestaltungsfreiheit .....	106
2.	Zwingender Inhalt .....	106
3.	Zwingende Normen beschränken die Gestaltung .....	107
4.	Anforderungen an Änderungen des Gesellschaftsvertrags .....	108
5.	Checkliste GmbH-Gesellschaftsvertrag .....	109

<b>VIII. Kapitalmaßnahmen</b> .....	111
1. Überblick .....	111
2. Reguläre Kapitalerhöhung gegen Einlagen .....	112
2.1 Ablauf der Kapitalerhöhung .....	112
2.2 Bezugsrecht der Gesellschafter .....	113
2.3 Sacheinlagen .....	114
2.4 Übernehmer .....	114
2.5 Anmeldung zum Handelsregister .....	115
3. Verdeckte Sacheinlage .....	116
4. Hin- und Herzahlen .....	117
5. Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln .....	117
5.1 Ablauf und Verfahren .....	117
5.2 Anmeldung zum Handelsregister .....	118
6. Kapitalherabsetzung .....	119
6.1 Überblick .....	119
6.2 Die ordentliche Kapitalherabsetzung .....	119
6.2.1 Verfahren .....	119
6.2.2 Anmeldung zum Handelsregister .....	120
6.3 Die vereinfachte Kapitalherabsetzung .....	121
6.3.1 Verfahren .....	121
6.3.2 Anmeldung zum Handelsregister .....	123
7. Checkliste Kapitalerhöhung .....	124
8. Checkliste Kapitalherabsetzung .....	125
<b>IX. Geschäftsführer im Konzern</b> .....	126
1. Überblick .....	126
2. Vertragskonzern .....	129
2.1 Allgemeines .....	129
2.2 Beherrschungsvertrag .....	130
2.2.1 Grenzen der Beherrschung .....	132
2.2.2 Delegation des Weisungsrechts .....	133
2.3 Gewinnabführungsvertrag .....	134
2.4 Voraussetzungen und Formerfordernisse beim Abschluss von Unternehmensverträgen .....	134
2.5 Schutz von Minderheitsgesellschaftern beim Unternehmensvertrag .....	135
2.6 Andere Unternehmensverträge .....	135

## Inhaltsverzeichnis

3.	<b>Typische Problemstellungen im Konzern</b> .....	136
3.1	Bankenkredite an Konzernunternehmen oder die Konzernspitze .....	136
3.1.1	Allgemeines .....	136
3.1.2	Besicherung und Mithaftung für Konzernkredite .....	137
3.1.3	Darlehensvergabe an Muttergesellschaft („Upstream“) .....	138
3.1.4	Darlehensvergabe an nachgeordnete Unternehmen („Downstream“) .....	140
3.2	Existenzvernichtender Eingriff im Konzern .....	140
4.	<b>Nachteilige Maßnahmen im Konzern</b> .....	141
5.	<b>Cash-Pooling-Verträge</b> .....	143
6.	<b>Haftung für insolvenzverursachende Zahlungen nach § 15b Abs. 5 InsO im Konzern</b> .....	143
7.	<b>Wirkung von Weisungen durch die Gesellschafter in Konzernlagen</b> .....	143
8.	<b>Entlastung und Stimmverbote im Konzern</b> .....	145
9.	<b>Checkliste Geschäftsführer im Konzern</b> .....	146
<b>X.</b>	<b>Jahresabschluss, Grundsätze der Buchführung und Abschlussprüfung</b> .....	149
1.	Überblick .....	149
2.	Buchführung .....	150
3.	<b>Jahres- und Konzernabschluss der GmbH</b> .....	151
3.1	Überblick .....	151
3.2	Aufbau des Abschlusses .....	152
3.3	Einteilung der GmbH in verschiedene Größenklassen .....	153
3.4	Lagebericht .....	154
3.5	Konzernabschluss .....	155
3.6	Befreiung von der Aufstellung des Konzernabschlusses .....	156
4.	<b>Offenlegung des Jahresabschlusses und Konzernabschlusses</b> .....	157
5.	<b>Befreiung von der Offenlegung des Abschlusses</b> .....	159
6.	<b>Abschlussprüfung</b> .....	159
6.1	Überblick .....	159
6.2	Wahl des Abschlussprüfers .....	160
6.3	Verfahren der Prüfung .....	160
6.4	Ablauf der Prüfung in der Praxis .....	161
7.	<b>Checkliste Jahresabschluss und Grundsätze der Buchführung</b> .....	163
8.	<b>Checkliste Abschlussprüfung</b> .....	165
<b>XI.</b>	<b>Geschäftsführer und Unternehmenskauf</b> .....	165
1.	Allgemeines .....	165
2.	<b>Verkauf von Geschäftsanteilen durch Gesellschafter</b> .....	166

3.	<b>Asset-Verkauf durch die GmbH</b> .....	168
4.	<b>Unternehmenskauf durch die GmbH und unternehmerische Entscheidungen</b> .....	169
4.1	Business Judgement Rule und Handeln auf der Grundlage angemessener Information .....	169
4.2	Handeln im Interesse der GmbH .....	169
4.3	Kein Interessenkonflikt .....	170
4.4	Handeln auf der Grundlage angemessener Information .....	170
5.	<b>Checkliste Unternehmenskauf</b> .....	172
6.	<b>Checkliste GmbH als Käuferin</b> .....	173
<b>XII.</b>	<b>Geschäftsführer und Gesellschafterwechsel</b> .....	174
1.	<b>Allgemeines</b> .....	174
2.	<b>Liste der Gesellschafter</b> .....	174
2.1	Änderungen der Liste .....	175
2.2	Erfassung von Änderungen und Einreichung der Liste .....	175
2.3	Einreichung der Liste beim Handelsregister .....	176
2.4	Gesellschafterrechte .....	177
2.5	Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen .....	178
3.	<b>Checkliste Gesellschafterwechsel</b> .....	179
<b>XIII.</b>	<b>Geschäftsführer und Information der Gesellschafter</b> .....	180
1.	<b>Allgemeines</b> .....	180
2.	<b>Laufende und anlassbezogene Information an die Gesellschafter</b> .....	180
3.	<b>Gezielte Informationsanfragen von Gesellschaftern</b> .....	182
3.1	Allgemeines .....	182
3.2	Umfang des Informationsrechts des Gesellschafters .....	183
3.3	Grenzen der Informationserteilung durch die Geschäftsführung .....	184
3.4	Alternative zur Verweigerung: treuhänderische Herausgabe an einen Dritten .....	186
3.5	Gerichtliche Erzwingung der Auskünfte .....	186
4.	<b>Checkliste Information der Gesellschafter</b> .....	187
<b>XIV.</b>	<b>Geschäftsführer in der Krise und drohender Insolvenz der GmbH</b> .....	188
1.	<b>Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit</b> .....	188
1.1	Allgemeines .....	188
1.2	Anzeichen einer Krise .....	188
1.3	Verlust der Hälfte des Stammkapitals .....	190
1.4	Insolvenzantragsgründe .....	190
1.5	Zahlungsunfähigkeit .....	192
1.6	Überschuldung .....	192

## Inhaltsverzeichnis

1.7	Verstöße gegen die Insolvenzantragspflicht .....	194
1.8	Drohende Zahlungsunfähigkeit .....	195
2.	<b>Verpflichtung zur Massesicherung</b> .....	195
3.	<b>Haftung für existenzvernichtende Zahlungen an Gesellschafter in der Krise (Insolvenzverursachung) nach § 15b Abs. 5 InsO</b> .....	199
4.	<b>Checkliste Krise und Insolvenz</b> .....	200
<b>XV.</b>	<b>Der Geschäftsführer in der Einpersonen-GmbH</b> .....	202
1.	Allgemeines .....	202
2.	Dokumentation von Entscheidungen .....	203
3.	Erfordernis von förmlichen Beschlüssen .....	203
4.	Entlastung des Alleingeschafters und Stimmverbot .....	204
5.	Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft .....	204
6.	Verbot von existenzvernichtenden Eingriffen in die Einpersonengesellschaft .....	205
7.	Checkliste Einpersonen-GmbH .....	205
<b>XVI.</b>	<b>Geschäftsführer und Gesellschafterversammlungen</b> .....	206
1.	Allgemeines .....	206
2.	Sitzungsvorbereitung .....	207
3.	Beschlussgegenstände .....	208
4.	Protokoll .....	209
5.	Sitzungsnachbereitung .....	209
6.	Checkliste Gesellschafterversammlungen .....	210
<b>XVII.</b>	<b>Geschäftsführer und Steuerrecht der GmbH</b> .....	210
1.	Allgemeines .....	210
2.	Persönliche Haftung des Geschäftsführers für Steuern .....	211
3.	Weitere steuerliche Pflichten des Geschäftsführers .....	216
4.	Verdeckte Gewinnausschüttungen .....	217
5.	Checkliste Geschäftsführer und Steuerrecht der GmbH .....	218
<b>XVIII.</b>	<b>Darlehen durch Gesellschafter an die GmbH</b> .....	218
1.	Einleitung .....	218
2.	Formalien beim Abschluss des Gesellschafterdarlehens .....	219
3.	Darlehensrückzahlung und Haftung nach § 15b Abs. 5 InsO .....	220
4.	Anfechtbarkeit der Darlehensrückzahlung .....	221
5.	Fremddarlehen mit Gesellschaftersicherheiten .....	222
6.	Gesellschafterdarlehen und Überschuldungsstatus .....	222

7.	Gesellschafterdarlehen und Erhaltung des Stammkapitals .....	223
8.	Genereller Nachrang von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz .....	223
9.	Nutzungsüberlassung durch Gesellschafter .....	223
10.	Checkliste Darlehen durch Gesellschafter an die GmbH .....	224
<b>XIX.</b>	<b>Darlehen an Gesellschafter der GmbH .....</b>	<b>225</b>
1.	Allgemeines .....	225
2.	Erhaltung des Stammkapitals nach § 30 GmbHG .....	225
3.	Beachtung von § 43a GmbHG .....	227
4.	Darlehensgewährung außerhalb von § 30 GmbHG .....	227
5.	Generelle Pflicht zur Überwachung der Bonität des Darlehensempfängers .....	227
6.	Checkliste Darlehen an Gesellschafter .....	228
<b>XX.</b>	<b>Beteiligung des Geschäftsführers an der GmbH .....</b>	<b>229</b>
1.	Vorbemerkung .....	229
2.	Managermodell .....	230
3.	Kaufpreis-Beteiligungsmodell .....	231
4.	Andere Beteiligungsmodelle .....	232
5.	Checkliste Beteiligung des Geschäftsführers an der GmbH .....	233
<b>XXI.</b>	<b>Haftungsprozess gegen den Geschäftsführer und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen .....</b>	<b>233</b>
1.	Allgemeines .....	233
2.	Zuständigkeit .....	234
3.	Beweislast .....	235
4.	Checkliste Haftungsprozess gegen den Geschäftsführer .....	236
<b>XXII.</b>	<b>D&amp;O-Versicherung .....</b>	<b>236</b>
1.	Allgemeines .....	236
2.	Parteien und Haftungsumfang .....	236
3.	Checkliste D&O-Versicherung .....	238
<b>XXIII.</b>	<b>Geschäftsführer und Strafrecht .....</b>	<b>238</b>
1.	Allgemeines .....	238
2.	Einzelne Delikte .....	238
2.1	Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) .....	238
2.2	Strafbarkeit des Geschäftsführers wegen Untreue und Betrugs (§§ 266, 263 StGB) ....	242
2.3	Falschangaben bei Gründung der GmbH und bei Kapitalerhöhung (§ 82 GmbHG) ....	242
2.4	Insolvenzverschleppung (§ 15a InsO) .....	243

## Inhaltsverzeichnis

2.5	Unterlassen der Anzeige gemäß § 49 Abs. 3 GmbHG (§ 84 GmbHG)	243
2.6	Verletzung der Geheimhaltungspflicht (§ 85 GmbHG)	243
2.7	Weitere Insolvenzstraftaten	243
3.	<b>Checkliste Geschäftsführer und Strafrecht</b>	245
<b>XXIV. Geschäftsführer der GmbH &amp; Co. KG</b>		245
1.	<b>Allgemeines</b>	245
2.	<b>Bestellung und Dienstverhältnis des Geschäftsführers</b>	245
3.	<b>Checkliste Geschäftsführer der GmbH &amp; Co. KG</b>	246
<b>XXV. Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) als Einstieg in die GmbH</b>		247
1.	<b>Überblick</b>	247
2.	<b>Besonderheiten der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)</b>	247
2.1	Firmierung als „haftungsbeschränkt“	247
2.2	Besonderheiten bei der Gründung	248
2.3	Spezielle Rücklagenbildung und Ausschüttungsbeschränkung	250
2.4	Frühe Einberufung einer Gesellschafterversammlung in der Krise	251
2.5	Die UG im Konzern, Umwandlungsrecht und in der GmbH & Co. KG	251
3.	<b>Checkliste Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) als Einstieg in die GmbH</b>	252
<b>XXVI. Geschäftsführer und Compliance</b>		254
1.	<b>Einführung</b>	254
2.	<b>Begriff der Compliance</b>	254
3.	<b>Möglichkeiten der Ausgestaltung von Compliance Management Systemen in der GmbH</b>	255
3.1	Analyse der Risiken	255
3.2	Abgrenzung des CMS von einem Risikofrüherkennungssystem	256
3.3	Maßnahmen zur Verhinderung, Überwachung und Begrenzung von Risiken	256
4.	<b>Compliance-Organisation in der GmbH</b>	257
5.	<b>Haftung des Geschäftsführers für unterlassene Compliance und Rechtsverstöße</b>	258
5.1	Sanktionen gegen die GmbH nach den Regelungen des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG) wegen strafbaren Rechtsverstößen	258
5.2	Pflichtenkreis des Geschäftsführers zu Compliance nach § 43 GmbHG	261
6.	<b>Ausblick – das Verbandssanktionsgesetz</b>	263
7.	<b>Checkliste Geschäftsführer und Compliance</b>	265

<b>Sonderteil 1: Der GmbH-Geschäftsführer im öffentlich-rechtlichen Umfeld</b> .....	268
1. Anwendbare Regelungen .....	268
2. Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen GmbH .....	270
2.1 Wirtschaftsplanung und Rechnungslegung .....	270
2.2 Mitwirkungsrechte und Einfluss des Gesellschafters .....	271
2.3 Vertraulichkeit und Weisungsabhängigkeit im Aufsichtsorgan .....	272
3. Beteiligungsverwaltung .....	274
4. Public Corporate Governance .....	275
5. Checkliste Der GmbH-Geschäftsführer im öffentlich-rechtlichen Umfeld .....	278
<b>Sonderteil 2: Der GmbH-Geschäftsführer in der Familiengesellschaft</b> .....	279
<b>Sonderteil 3: Der Geschäftsführer im Start-up</b> .....	282

## 2. Teil: Praxismuster

1. <b>Muster: Geschäftsführer-Dienstvertrag</b> .....	289
2. <b>Muster: Geschäftsordnung für die Geschäftsführung</b> .....	304
3. <b>Muster: Gesellschaftsvertrag</b> .....	313
3.1. Muster: Gesellschaftsvertrag einer GmbH mit Beirat .....	321
3.2. Muster: Gesellschaftsvertrag einer Familiengesellschaft (GmbH) mit Beirat .....	330
3.3. Muster: Gesellschaftsvertrag einer Familiengesellschaft (GmbH) ohne Beirat .....	342
4. <b>Muster: Kurzer Gesellschaftsvertrag (ein Gesellschafter)</b> .....	352
5. <b>Muster: Musterprotokoll für die Gründung einer Mehrpersonengesellschaft mit bis zu drei Gesellschaftern</b> ....	355
6. <b>Muster: Musterprotokoll für die Gründung einer Einpersonengesellschaft</b> .....	356
7. <b>Muster: Antrag auf Eintragung der Bestellung des Geschäftsführers ins Handelsregister</b> .....	357
8. <b>Muster: Ressortverteilung</b> .....	359
9. <b>Muster: Geheimhaltungsvereinbarung mit einer GmbH</b> .....	361

10.	<b>Muster: Gesellschafterbeschluss zur Bestellung eines Geschäftsführers</b> .....	364
11.	<b>Muster: Einfache Versorgungszusage für einen Fremd-Geschäftsführer</b> .....	365
12.	<b>Muster: Vollmacht zur Vertretung auf der Gesellschafterversammlung</b> .....	368
13.	<b>Muster: Einladung zur ordentlichen Gesellschafterversammlung</b> .....	369
14.	<b>Muster: Protokoll einer ordentlichen Gesellschafterversammlung</b> .....	371
15.	<b>Muster: Protokoll einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung</b> .....	373
16.	<b>Muster: Darlehensvertrag</b> .....	375
17.	<b>Muster: Darlehensvertrag mit Rangrücktritt</b> .....	377
18.	<b>Muster: Vereinbarung über einen Rangrücktritt</b> .....	381
19.	<b>Muster: Kaufvertrag über GmbH-Geschäftsanteile mit zwei Verkäufern</b> .....	383
20.	<b>Muster: Geschäftsordnung eines Beirats</b> .....	393
21.	<b>Muster: Aufhebungsvertrag für einen Geschäftsführervertrag</b> .....	399
22.	<b>Muster: Gesellschaftsvertrag einer öffentlich-rechtlich geprägten GmbH</b> .....	401
23.	<b>Muster: Letter of Intent</b> .....	411
24.	<b>Muster: Anschreiben zur Erteilung einer Handlungsvollmacht</b> .....	415
25.	<b>Muster: Handlungsvollmacht</b> .....	416
26.	<b>Muster: Beteiligungs- und Gesellschaftervereinbarung</b> .....	417

**3. Teil:  
GmbH-Gesetz**

<b>GmbH-Gesetz</b> .....	431
Stichwortverzeichnis .....	465



# 1. Teil:

## **Praxisrelevante Situationen bei der Tätigkeit des Geschäftsführers**

# I. Stellung in der GmbH, Abschluss des Anstellungsvertrags und Bestellung

## 1. Überblick

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist in der Unternehmenspraxis mit Abstand die beliebteste Rechtsform. Sie bietet als Kapitalgesellschaft eine Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen und große Flexibilität bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags. Die Gesellschafter bestimmen die Corporate Governance und die grundsätzliche Strategie des Unternehmens.

Der Geschäftsführer ist neben den Gesellschaftern ein zwingend gesetzlich vorgesehene Organ der GmbH. Er ist im Rahmen der Geschäftsführung und Vertretung umfassend für alle wesentlichen operativen Fragen in der GmbH zuständig. Aufgrund der Legalitätspflicht ist er für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften verantwortlich.

Die Geschäftsführung als Ganzes wird dabei als „Organ“ bezeichnet, der Geschäftsführer ist daher Organmitglied. Je nach dem Geschäftsumfang können auch mehrere Geschäftsführer bestellt werden. In der GmbH sind die Gesellschafter für grundlegende Fragen zuständig, der Geschäftsführer trägt die Verantwortung für das operative Geschäft. Daher vertritt er die Gesellschaft (vgl. § 35 GmbHG), seine Vertretungsmacht ist nach außen unbeschränkt. Im Innenverhältnis ist er an die Weisungen der Gesellschafter gebunden. Die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers sind im GmbH-Gesetz („GmbHG“) geregelt, der Abschnitt 3 „Vertretung und Geschäftsführung“ befasst sich in den §§ 35 bis 52 GmbHG mit den für den Geschäftsführer relevanten Themen. Dabei wird zwischen dem Außenverhältnis („was kann der Geschäftsführer rechtlich machen“) und dem Innenverhältnis („was darf der Geschäftsführer“ und „was darf der Geschäftsführer nicht machen, obwohl er es rechtlich könnte“) unterschieden. Das Innenverhältnis und die Leitungsaufgabe wird dabei vom Gesetz als „Geschäftsführung“ bezeichnet. Aus dem Handelsregister ist ersichtlich, wer Geschäftsführer der GmbH ist und wie die Gesellschaft durch ihre Geschäftsführer vertreten wird. Sowie zu den Grundbegriffen.

## 2. Anzahl der Geschäftsführer und Vorsitzender

### 2.1 Anzahl der Geschäftsführer

Anders als bei der Personengesellschaft, bei der die Rolle des Kapitalgebers als Gesellschafter und die Geschäftsführung oft untrennbar miteinander verbunden ist, können bei der GmbH Gesellschafter und Nichtgesellschafter zum Geschäftsführer bestellt werden (vgl. § 6 Abs. 3 Satz 1 GmbHG). Bei kleineren Gesellschaften werden die Geschäfte oft durch die Gesellschafter geführt, man spricht dann von „Gesellschafter-Geschäftsführern“. Es muss in der GmbH mindestens ein Geschäftsführer bestellt werden, die Anzahl der Geschäftsführer ist im Übrigen nicht geregelt. Sie kann allerdings im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden. Hier beschränkt man sich in der Praxis aber auf die allgemeine Regelung,

## 1. Teil: Praxisrelevante Situationen bei der Tätigkeit des Geschäftsführers

---

dass die GmbH „einen oder mehrere“ Geschäftsführer hat,<sup>1</sup> da eine Änderung des Gesellschaftsvertrags umständlich ist und Kosten verursacht. Die Anzahl der Geschäftsführer wird dann mit einfacher Mehrheit durch Beschluss der Gesellschafter bestimmt (vgl. § 46 Nr. 5. GmbHG). Ausnahmsweise kann es aber aus taktischen Gründen notwendig sein, die Anzahl der Geschäftsführer zu regeln. Beispielsweise falls ein Gesellschafter sicherstellen möchte, dass neben dem von ihm gewünschten Geschäftsführer kein zweiter Geschäftsführer bestellt wird.

### Praxishinweis

---

 *Der Gesellschaftsvertrag enthält in aller Regel nur die Festlegung, dass die GmbH einen oder mehrere Geschäftsführer hat. In diesem Fall können die Gesellschafter die Anzahl der Geschäftsführer bestimmen. Möchte einer der Gesellschafter verhindern, dass ein weiterer Geschäftsführer bestellt wird, kann er sich über eine genaue Regelung im Gesellschaftsvertrag, der nur in einem umständlichen Verfahren geändert werden kann, teilweise absichern. Generell sollte der Gesellschaftsvertrag möglichst flexibel sein, um Kosten für eine Änderung zu sparen.*

---

Ist im Gesellschaftsvertrag eine Höchstzahl der Geschäftsführer festgelegt, so ist ein Gesellschafterbeschluss, der weitere Geschäftsführer bestellt, deren Zahl über die Festlegung geht, wegen Satzungsverstößes anfechtbar. Es gibt auch gesetzliche Regelungen zur Anzahl der Geschäftsführer. Falls eine GmbH mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt, unterliegt sie der Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz. In diesem Fall muss sie mindestens zwei Geschäftsführer haben, da § 33 Mitbestimmungsgesetz die Bestellung eines weiteren gleichberechtigten Geschäftsführers als Arbeitsdirektor fordert.

Hat die Gesellschaft überhaupt keinen Geschäftsführer, muss unverzüglich einer bestellt werden. In der Zwischenzeit kann die Gesellschaft durch weitere Personen mit Vertretungsmacht<sup>2</sup> vertreten werden. Erfolgt keine Bestellung eines Geschäftsführers, kann diese sogar gerichtlich als „Notbestellung“ erzwungen werden.

## 2.2 Vorsitzender der Geschäftsführung

Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, kann einer der Geschäftsführer durch Beschluss der Gesellschafter zum Vorsitzenden oder „Sprecher der Geschäftsführung“ bestellt werden. Die Ernennung eines Sprechers bringt in der Praxis zum Ausdruck, dass die Geschäftsführer untereinander gleichberechtigt sind, der Sprecher hat daher neben seiner Geschäftsführertätigkeit eine repräsentative Aufgabe. Der Vorsitzende ist nach der Außenwahrnehmung der „Chef“ innerhalb der Geschäftsführung, und wird auch als „CEO“ bezeichnet. Die Stellung eines Vorsitzenden kann durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag oder der Geschäftsordnung sehr stark ausgestaltet werden. Die Gesellschafter können beispielsweise regeln, dass der Vorsitzende einzeln vertretungsberechtigt ist, die übrigen Geschäftsführer zu zweit oder gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten müssen. Üblich ist auch eine

---

<sup>1</sup> Vgl. hierzu das 3. Muster: Gesellschaftsvertrag, § 5.

<sup>2</sup> Z.B. Prokurist.

Festlegung, dass bei Stimmgleichheit innerhalb der Geschäftsführung der Vorsitzende den Ausschlag gibt.

### **Praxishinweis**

 *In größeren Gesellschaften wird oft ein Vorsitzender der Geschäftsführung bestellt (auch als CEO bezeichnet). Seine Stellung kann je nach den getroffenen Regelungen sehr stark sein, ihm kann beispielsweise bei Patt-Situationen innerhalb der Geschäftsführung ein Stichtscheid zugebilligt werden. In Familienunternehmen (vgl. Sonderenteil 2: Der GmbH-Geschäftsführer in der Familiengesellschaft, S. 279) wird diese wichtige Position oft von einem Familienmitglied wahrgenommen.*

Falls die Gesellschafter keine Regelung treffen, können die Geschäftsführer selbst den Vorsitzenden und Sprecher wählen. In einer nach dem Mitbestimmungsgesetz unterliegenden Gesellschaft steht das Recht, den Vorsitzenden zu bestellen, wie bei Aktiengesellschaften dem Aufsichtsrat zu.<sup>3</sup>

## **2.3 Zuständigkeit des Arbeitsdirektors**

In größeren Gesellschaften<sup>4</sup> ist aufgrund von mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften ein Arbeitsdirektor zu bestellen. Dem Arbeitsdirektor obliegt die Geschäftsführung in Personal- und Sozialfragen. Es handelt sich dabei um ein dem Arbeitsdirektor gesetzlich zugewiesenes Mindestressort, das ihm nicht entzogen werden kann. Die konkreten Aufgaben richten sich im Übrigen nach der Lage der Gesellschaft. Bei der Ausgestaltung gibt es daher einen gewissen Spielraum. Eine Benachteiligung des Arbeitsdirektors, insbesondere in Bezug auf sein Gehalt oder seine Vertretungsbefugnis, ist nicht zulässig. Er ist ein gleichberechtigtes Mitglied der Geschäftsführung. Eine unterschiedliche Behandlung ist zulässig, sofern es hierfür einen sachlichen Grund gibt. Wie jeder Geschäftsführer unterliegt auch der Arbeitsdirektor den Weisungen der Gesellschafter.

## **2.4 Stellvertretende Geschäftsführer**

Das GmbH-Gesetz erwähnt in § 44 den stellvertretenden Geschäftsführer. Dieser wird in jeder Hinsicht gleich behandelt wie ein „normaler“ Geschäftsführer. Er wird im gleichen Verfahren bestellt und hat die gleichen Rechte und Pflichten. Nach außen ist der Umstand, dass ein Geschäftsführer nur als Stellvertreter bestellt wurde, nicht erkennbar. Der Geschäftsführer wird nicht als „Stellvertreter“, sondern als ganz normaler Geschäftsführer ins Handelsregister eingetragen. Im Innenverhältnis kann allerdings geregelt werden, dass der stellvertretende Geschäftsführer die Gesellschaft nur im Verhinderungsfall des ordentlichen Geschäftsführers vertreten darf. Das ändert aber nichts an seiner Vertretungsbefugnis nach außen. Die zweite Managementebene wird aber in der Regel durch Prokuristen vertreten. Es ist daher nicht verwunderlich, dass stellvertretende Geschäftsführer in der Praxis kaum vorkommen.

<sup>3</sup> Vgl. § 30 Mitbestimmungsgesetz i.V.m. § 84 Abs. 2 Aktiengesetz.

<sup>4</sup> Ab 2000 Arbeitnehmern, vgl. auch § 33 Mitbestimmungsgesetz.

## **2.5 Zielgrößen für gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern in der GmbH**

Bei einer GmbH, die aufgrund ihrer Arbeitnehmeranzahl entweder dem Drittelbeteiligungsgesetz oder dem Mitbestimmungsgesetz unterliegt, gelten Zielgrößen für den Frauenanteil im Aufsichtsrat, in der Geschäftsführung und in den Management-Ebenen unterhalb der Geschäftsführung. Das bedeutet, in großen Gesellschaften (ab 500 Mitarbeiter) muss sich das Management Gedanken dazu machen, welcher Frauenanteil in den Führungsebenen und im Aufsichtsrat angestrebt werden soll.

Ist nach dem Drittelbeteiligungsgesetz ein Aufsichtsrat zu bestellen, dann muss die Gesellschafterversammlung aufgrund der Regelung in § 52 Abs. 2 GmbHG für den Frauenanteil im Aufsichtsrat und unter den Geschäftsführern Zielgrößen festlegen, falls diese Aufgabe nicht dem Aufsichtsrat übertragen wurde. Ist nach dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz ein Aufsichtsrat zu bestellen, so legt der Aufsichtsrat für den Frauenanteil im Aufsichtsrat und unter den Geschäftsführern Zielgrößen fest. Liegt der Frauenanteil bei Festlegung der Zielgrößen unter 30 Prozent, so dürfen die Zielgrößen den jeweils erreichten Anteil nicht mehr unterschreiten. Gleichzeitig sind Fristen zur Erreichung der Zielgrößen festzulegen, die jeweils nicht länger als fünf Jahre sein dürfen.

Die Geschäftsführer einer mitbestimmten Gesellschaft müssen ferner aufgrund der Regelung des § 36 GmbHG für den Frauenanteil in den beiden Führungsebenen unterhalb der Geschäftsführer Zielgrößen festlegen. Diese gelten nicht für die Geschäftsführerebene, sondern für die nachgelagerten Managementebenen. Liegt der Frauenanteil bei Festlegung der Zielgrößen unter 30 Prozent, dann dürfen die Zielgrößen ebenfalls den jeweils erreichten Anteil nicht mehr unterschreiten. Gleichzeitig sind Fristen zur Erreichung der Zielgrößen festzulegen. Die Fristen dürfen jeweils nicht länger als fünf Jahre sein. Zur praktischen Umsetzung dieser kürzlich eingeführten Regelung gibt es noch wenig belastbare Erkenntnisse. Die Festlegungen sind entsprechend zu dokumentieren und werden im Lagebericht je nach Größe der Gesellschaft als Teil der Erklärung zur Unternehmensführung veröffentlicht.<sup>5</sup>

Die Festlegung von Zielgrößen und Fristen gehört nach § 36 GmbHG zu den Pflichten der Geschäftsführer, deren Verletzung zu einer Schadensersatzhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG führen kann. Dieser sehr theoretische Fall kann wegen der beinahe uneingeschränkten Entscheidungsfreiheit aber allenfalls vorkommen, wenn die Geschäftsführer die Festlegungen vollständig verweigern oder die gesetzlichen Vorgaben missachten. Es stellt sich dann natürlich auch noch die Frage, welcher Schaden der Gesellschaft entstanden sein könnte.

Ein kleiner Ausblick: Das Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst (Zweites Führungspositionengesetz – FüPoG II) wurde am 11.8.2021 verkündet. Das Gesetz betrifft aber maßgeblich die Frauenquote im öffentlichen Dienst und in börsennotierten Unternehmen. In der GmbH ist lediglich eine Ergän-

---

<sup>5</sup> Vgl. hierzu § 289f des Handelsgesetzbuchs.

zung von § 52 GmbHG geplant, nach der „Die Zielgrößen den angestrebten Frauenanteil am jeweiligen Gesamtgremium beschreiben und bei Angaben in Prozent vollen Personenzahlen entsprechen müssen“.

## 3. Bestellung des Geschäftsführers

### 3.1 Allgemeines

Die Bestellung des Geschäftsführers erfolgt im Regelfall durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung. Diese Bestellung begründet das Organverhältnis. Aus diesem folgt die organschaftliche Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers, die zum Handelsregister anzumelden ist. Aufgrund der Bestellung hat der Geschäftsführer aber noch keinen Anspruch auf eine Vergütung für seine Tätigkeit. Diese resultiert aus dem Dienstvertrag, den der Geschäftsführer mit der Gesellschaft abschließt. Durch diesen Dienstvertrag wird ein Dienstverhältnis begründet. Die Rechtsverhältnisse „Bestellung“ und „Dienstverhältnis“ sind strikt voneinander zu trennen. Es gibt (leider) Fälle, in denen der Geschäftsführer zwar wirksam bestellt wurde, sein Dienstverhältnis aber nicht besteht. Dies ist in der Praxis nicht selten. Es gilt hier also sorgfältig beide Rechtsverhältnisse im Auge zu behalten.

#### Beispiele

 Die Gesellschafter der A-GmbH bestellen den Geschäftsführer G am 1.5.2007 als Geschäftsführer. Es wird keine bestimmte Dauer des Bestellungsbeschlusses festgelegt. Die Parteien schließen einen Dienstvertrag ab, der eine feste Laufzeit von drei Jahren hat und am 30.4.2010 endet. Der Vertrag wird am 1.5.2010 aufgrund eines Versehens nicht verlängert, G ist auch weiterhin als Geschäftsführer tätig. Er erhält weiter sein Gehalt.

*Oder: Die Gesellschafter der A-GmbH bestellen den Geschäftsführer G als Geschäftsführer. Über den Dienstvertrag soll in der nächsten Versammlung beschlossen werden, wenn die Konditionen geklärt sind. Bei dieser Versammlung wird zwar ein Beschluss zum Dienstvertrag gefasst, aber versehentlich ein Gesellschafter nicht geladen. Der gefasste Beschluss ist daher nichtig, dies gilt auch für den Dienstvertrag, der einen wirksamen Beschluss der Gesellschafter erfordert.*

Da die Bestellung vom Bestehen eines Dienstverhältnisses unabhängig ist, hat das Fehlen eines Dienstverhältnisses keine Auswirkungen auf die Bestellung.<sup>6</sup> Die Bestellung des Geschäftsführers ist vollzogen und damit wirksam, wenn dem Geschäftsführer der zugrundeliegende Beschluss der Gesellschafterversammlung mitgeteilt worden ist und er die Bestellung angenommen hat. Ein Geschäftsführer kann daher auch ohne Dienstvertrag tätig sein.

<sup>6</sup> Zu den Folgen für den Vergütungsanspruch vgl. S. 40, 6. Mängel des Anstellungsvertrags.

## 1. Teil: Praxisrelevante Situationen bei der Tätigkeit des Geschäftsführers

---

### Praxishinweis

---

 Die Bestellung ist von dem Dienstverhältnis getrennt zu betrachten. Es bestehen damit zumindest zwei Rechtsverhältnisse zwischen GmbH und Geschäftsführer, die nicht miteinander verknüpft sind. Die wirksame Bestellung setzt voraus:

1. Beschluss der Gesellschafterversammlung
2. Mitteilung dieses Beschlusses gegenüber dem Geschäftsführer
3. Ausdrückliche oder stillschweigende Annahme der Bestellung

Die Eintragung der Bestellung ins Handelsregister muss erfolgen. Sie ist aber für die Wirksamkeit der Bestellung nicht erforderlich, eine Löschung im Handelsregister hat ebenfalls keinen Einfluss auf die Bestellung. Ein Geschäftsführer kann daher bestellt sein, ohne dass diese Tatsache aus dem Handelsregister erkennbar ist.

---

Die Gesellschafter entscheiden über die Bestellung des Geschäftsführers durch einen förmlichen Beschluss (vgl. die §§ 46 Nr. 5, 35 Abs. 1 GmbHG). Für diesen Beschluss gelten die allgemeinen Vorschriften, die das GmbHG<sup>7</sup> und der Gesellschaftsvertrag für Beschlüsse aufstellt. Niemand kann gegen seinen Willen zum Geschäftsführer bestellt werden. Die Bestellung ist daher gegenüber dem Geschäftsführer zu erklären und von diesem jedenfalls konkludent anzunehmen. Diese Annahme erfolgt gegenüber der Gesellschaft, die durch den (weiteren) Geschäftsführer vertreten wird. Gibt es keinen anderen Geschäftsführer, wird die Annahme gegenüber allen Gesellschaftern erklärt. Diese können hierzu auch einen Gesellschafter bevollmächtigen. Diese Annahme bedarf keiner bestimmten Form, sie kann auch mündlich erklärt werden. Es empfiehlt sich aber, den gesamten Vorgang zu dokumentieren. Die Annahme kann in der Sitzung erklärt werden,<sup>8</sup> dann wird man sie in Protokoll der Sitzung aufnehmen. Eine außerhalb der Sitzung erklärte schriftliche Annahme kann dem Protokoll als Anlage beigefügt werden.

## 3.2 Persönliche Voraussetzungen für die Bestellung

### 3.2.1 Geschäftsfähige natürliche Person

Ein Geschäftsführer muss bestimmte persönliche Voraussetzungen erfüllen, und darf nicht wegen einschlägigen Wirtschaftsstraftaten verurteilt sein. Diese Voraussetzungen sind in § 6 Abs. 2 GmbHG geregelt. Vereinfacht gesagt muss ein Geschäftsführer eine volljährige natürliche Person sein, die nicht wegen bestimmten Strafdelikten vorbestraft ist, die seine Eignung in Frage stellen. Als Geschäftsführer können nur natürliche Personen bestellt werden. Juristische Personen und sonstige Personenvereinigungen sind von Gesetzes wegen von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Eine GmbH kann daher nicht Geschäftsführer einer GmbH sein. Allerdings kann eine GmbH persönlich haftende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft sein und in dieser Eigenschaft deren Geschäfte führen (GmbH & Co. KG). Auch in diesem Fall sind aber dann bei der GmbH natürliche Personen als Ge-

---

<sup>7</sup> Vgl. §§ 47 ff. GmbHG, zum Beschlussinhalt vgl. das 10. Muster: Gesellschafterbeschluss zur Bestellung eines Geschäftsführers.

<sup>8</sup> Das ist beim Gesellschafter-Geschäftsführer in aller Regel der Fall.

geschäftsführer bestellt. Es besteht in der Praxis gelegentlich das Bedürfnis, das Geschäftsführergehalt an einen Gesellschafter oder Dritten zu bezahlen, der den eigentlichen Geschäftsführer beschäftigt. In diesem Fall kann der Geschäftsführer bestellt werden, hat aber keinen Dienstvertrag mit „seiner“ GmbH, damit auch keinen Vergütungsanspruch. Es besteht dann ein Vertragsverhältnis zwischen dem Dritten und der GmbH. Das ist zulässig. Der Dritte bezahlt dann seinerseits den Geschäftsführer für seine Tätigkeit.

### **Beispiel**



*An einer X-GmbH sind zwei GmbHs als Gesellschafterinnen beteiligt, A- und B-GmbH. Die Geschäftsführung der X-GmbH soll von einem bei einer Gesellschafterin A-GmbH beschäftigten Prokuristen ausgeführt werden. Dieser Prokurist erhält aber bereits sein Gehalt bei der A-GmbH. In diesem Fall kann der Prokurist gleichzeitig als Geschäftsführer der X-GmbH bestellt werden. Es wird aber kein Dienstvertrag zwischen ihm und der X-GmbH abgeschlossen. Die A-GmbH und die X-GmbH schließen einen Vertrag über die Erbringung der Dienstleistung durch den Geschäftsführer ab. Zwischen der X-GmbH und dem Geschäftsführer wird man klarstellen, dass die X-GmbH keine Vergütung schuldet. Die Tätigkeit des Prokuristen wird auch weiterhin nur von der A-GmbH bezahlt.*

Bei derartigen Gestaltungen muss man aber stets die steuerliche Seite im Auge behalten. Sobald man hier von der typischen Gestaltung abweicht, sollte man diese Konstruktion mit dem Steuerberater prüfen, um später unangenehme Überraschungen zu vermeiden.

Ein Geschäftsführer muss außerdem unbeschränkt geschäftsfähig sein. Damit kann ein Minderjähriger kein Geschäftsführer sein, auch nicht mit Einwilligung seiner Erziehungsberechtigten. Das ist konsequent, da die Haftungsgefahren aus einer Geschäftsführerposition erheblich sind. Geschäftsunfähige<sup>9</sup> können das Amt des Geschäftsführers nicht ausüben. Bei betreuten Personen kommt es darauf an, ob sie einem Einwilligungsvorbehalt<sup>10</sup> unterliegen. Falls das nicht der Fall ist, können sie Geschäftsführer sein (vgl. § 6 Abs. 2 Nr. 1 GmbHG).

### **3.2.2 Internationaler Bezug**

Dem Gesetz sind keine Einschränkungen in Bezug auf Staatsangehörigkeit, Aufenthaltsort und Wohnsitz von Geschäftsführern zu entnehmen. Daher können auch Ausländer mit Wohnsitz im Ausland, die sich gewöhnlich dort aufhalten, als Geschäftsführer bestellt werden. Es ist bei internationalen Konzernen mit Sitz im Ausland auch nicht gerade unüblich, dort beschäftigte Mitarbeiter zusätzlich zu Geschäftsführern einer deutschen Konzerngesellschaft zu bestellen. In diesem Fall kann man durch eine Gesamtvertretung mit einem vor Ort tätigen Geschäftsführer zusätzliche Kontrolle gewährleisten. Maßgeblich ist bei solchen Sachverhalten allein die Frage, ob der bestellte Geschäftsführer tatsächlich in der Lage ist, seine Pflichten zu erfüllen. Dabei muss es zumindest möglich sein, dass der Geschäftsführer einreist und vor Ort anwesend ist. Daher ist es bei im Ausland ansässigen Ge-

<sup>9</sup> Kinder im Alter von unter sieben Jahre und Kranke im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB.

<sup>10</sup> Vgl. § 1903 BGB.

## 1. Teil: Praxisrelevante Situationen bei der Tätigkeit des Geschäftsführers

---

schäftsführern umstritten, ob eine jederzeitige Einreisemöglichkeit Voraussetzung für die Bestellung ist. Es gibt eine Reihe von Gerichten, die einen Nachweis der Einreisemöglichkeit für die Eintragung des Geschäftsführers fordern. Diese Ansicht ist angesichts der fehlenden gesetzlichen Grundlage und der Möglichkeiten der Kommunikation aus meiner Sicht nicht haltbar, man sollte aber in solchen Sachverhalten auf Rückfragen des Registergerichts vorbereitet sein. Jeder Mitarbeiter, der auf diese Art eine „Fernbeziehung“ mit seiner GmbH als Geschäftsführer eingeht, muss allerdings kritisch hinterfragen, ob er einen abschließenden und vollständigen Überblick betreffend die Angelegenheiten der Gesellschaft hat. Die Haftung als Organmitglied besteht weitgehend unabhängig von der Frage, welche Informationen dem Geschäftsführer zur Verfügung standen. Er ist verpflichtet, sich diese Informationen aktiv zu beschaffen. In diesem Fall muss auch sorgfältig geprüft werden, wo sich der tatsächliche Verwaltungssitz der GmbH befindet, hieran können steuerliche Folgen geknüpft sein. Die Praxis in ausländischen und deutschen Konzernen, Mitarbeiter einer Holding in nachgeordneten Konzernen zum Geschäftsführer zu bestellen, ist somit aufgrund der Haftungsgefahren und möglichen Interessenkonflikten keine optimale Lösung.

### Praxishinweis

---

 *Geschäftsführer können auch ausländische Staatsbürger mit Aufenthaltsort im Ausland sein. Ist eine Einreise nicht jederzeit möglich, kann die Bestellung vom Registergericht im Einzelfall kritisch hinterfragt werden. Es gibt eine Reihe von Gerichten, die eine jederzeitige Einreisemöglichkeit als (ungeschriebene) Voraussetzung für die Bestellung als Geschäftsführer sehen. Dies ist seit Inkrafttreten der Regelungen der GmbH-Reform nicht mehr zulässig.*

---

### 3.2.3 Gerichtliche oder behördliche Untersagung

Bei Vorliegen eines gerichtlichen Urteils oder einer vollziehbaren Verfügung einer Verwaltungsbehörde gegen den Geschäftsführer, mit dem ein Berufsverbot oder das Verbot der Ausübung eines Gewerbes verbunden ist, kommt es auf den konkreten Unternehmensgegenstand der Gesellschaft an. Ein solches Berufsverbot kann als „Maßregel der Sicherung und Besserung“ von Strafgerichten für die Dauer von einem bis zu fünf Jahren verhängt werden.<sup>11</sup> Dies setzt voraus, dass eine Straftat unter Missbrauch des Berufs oder des Gewerbes begangen wurde. Falls die Gesellschaft auf dem von der Entscheidung betroffenen Gebiet selbst tätig ist, kann der Betroffene bei der Gesellschaft nicht als Geschäftsführer bestellt werden. Ist ein anderes Gebiet betroffen, hat das Berufsverbot keine Auswirkungen. Der Geschäftsführer kann somit bei einer in einer anderen Branche tätigen GmbH bestellt werden.

Ein behördliches Berufsverbot kann aufgrund von § 35 Abs. 1 der Gewerbeordnung oder einer in verschiedenen spezielleren Gesetzen geregelten Ermächtigung<sup>12</sup> verhängt werden.

---

<sup>11</sup> Vgl. § 70 StGB.

<sup>12</sup> Z.B. § 15 GastG.

Entscheidungen von ausländischen Behörden oder Gerichten können dagegen keinen Hinderungsgrund darstellen.

### 3.2.4 Straftaten

Falls ein Geschäftsführer wegen einer Straftat verurteilt wurde, die seine persönliche Eignung in Frage stellt, darf er für die Dauer von fünf Jahren das Amt des Geschäftsführers nicht mehr ausüben. Diese Straftaten sind in § 6 Abs. 2 Nr. 3 GmbH abschließend geregelt. Unter diesen Katalog fällt auch das Unterlassen der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Insolvenzverschleppung) nach § 15a Abs. 4 Insolvenzordnung. Die Tat muss allerdings vorsätzlich begangen worden sein. Umfasst sind ferner die in den §§ 283 bis 283d des Strafgesetzbuchs geregelten Insolvenzstraftaten. Ebenfalls enthalten sind falsche Angaben nach § 82 GmbHG und § 399 Aktiengesetz. Wer als Gesellschafter oder Geschäftsführer im Zusammenhang mit der Gründung einer Gesellschaft, der Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals oder in öffentlichen Mitteilungen vorsätzlich falsche Angaben macht, muss mit einer Sperre nach § 6 Abs. 2 GmbHG rechnen. Auch die unrichtige Darstellung nach § 400 Aktiengesetz, § 331 Handelsgesetzbuch, § 313 Umwandlungsgesetz oder § 17 des Publizitätsgesetzes sind Katalogstraftaten. Erfasst sind außerdem Verurteilungen nach den §§ 263 bis 264a oder den §§ 265b bis 266a des Strafgesetzbuchs zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr. Damit sind auch „klassische“ Delikte wie Untreue nach § 266 StGB erfasst.

Die Verurteilung wegen einer vergleichbaren Straftat durch ein ausländisches Strafgericht führt ebenfalls zur Amtsunfähigkeit.

Der Geschäftsführer gibt hierzu bei seiner Anmeldung gegenüber dem Registergericht eine Versicherung ab, dass er keine entsprechenden Vorstrafen hat.

#### **Praxishinweis**

 Falls ein Geschäftsführer wegen einer Straftat verurteilt wurde, die seine persönliche Eignung in Frage stellt, darf er für die Dauer von fünf Jahren das Amt des Geschäftsführers nicht mehr ausüben. Diese Straftaten sind in § 6 Abs. 2 Nr. 3 GmbH abschließend geregelt und betreffen Delikte aus der Wirtschaftskriminalität. Hierzu wird eine Versicherung bei Anmeldung des Geschäftsführers von ihm abgegeben.

### 3.2.5 Kein Mitglied des Aufsichtsrats oder Beirats als Geschäftsführer

Falls die Gesellschaft einen Aufsichtsrat gebildet hat, können Mitglieder dieses Aufsichtsrats nicht gleichzeitig Geschäftsführer der Gesellschaft sein. Aufgabe des Aufsichtsrats ist die Kontrolle der Geschäftsführung. Es liegt die Überlegung zugrunde, dass sich ein Geschäftsführer nicht selbst kontrollieren kann. Dieser Grundsatz kann auch der Vorschrift des § 105 Abs. 1 AktG entnommen werden, die eigentlich nur für Aktiengesellschaften gilt, bei der GmbH aber entsprechend angewendet wird. Dies gilt entsprechend für einen freiwilligen Beirat, den die Gesellschafter eingerichtet haben, falls dieser eine Überwachungsaufgabe hat. Hier gilt der Grundsatz, dass man nicht gleichzeitig überwachen und die Geschäfte führen kann. Das ist zwar für den Beirat nicht gesetzlich geregelt, aber dem Rechtsgedanken des § 105 Abs. 1 AktG zu entnehmen.

## 1. Teil: Praxisrelevante Situationen bei der Tätigkeit des Geschäftsführers

---

### 3.2.6 Zeitpunkt der Amtsunfähigkeit

Wer das Amt des Geschäftsführers aufgrund der gesetzlichen Regelungen nicht ausüben kann, ist amtsunfähig. Für den Gesellschafter und Geschäftsführer ist in Fällen, bei denen eine Amtsunfähigkeit vorliegen kann, deren Beginn von entscheidender Bedeutung. Bei der Amtsunfähigkeit ist immer das auslösende Ereignis maßgeblich, beispielsweise der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit. Zu diesem Zeitpunkt wird das Amt automatisch beendet, es gibt also keine behördliche Anordnung oder andere Vollzugshandlung. Es bedarf auch keiner Abberufung durch die Gesellschafter. Bei der Verurteilung wegen einer Straftat ist der Zeitpunkt der Rechtskraft maßgeblich. Da die Eintragung ins Handelsregister für die Frage der tatsächlichen Bestellung des Geschäftsführers ohne Bedeutung ist, muss diese entsprechend korrigiert werden. Falls der Geschäftsführer weiterhin als solcher auftritt, gelten die Grundsätze des faktischen Geschäftsführers.<sup>13</sup> Erfolgt keine Löschung im Handelsregister, sind daher Dritte, die vom Wegfall des Geschäftsführers keine Kenntnis haben, aufgrund von § 15 HGB geschützt. Die Gesellschaft wird in diesem Fall also trotz fehlender organ-schaftlicher Vertretungsmacht wirksam vertreten.

#### **Beispiel**

---



*Der Geschäftsführer G erhält wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung einen Strafbefehl. Gegen den Strafbefehl ist aufgrund von § 410 Abs. 1 Strafprozessordnung innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung ein Einspruch zulässig. Da G keinen Einspruch einlegt, ist sein Amt als Geschäftsführer am Tag nach Ablauf der Einspruchsfrist beendet. Falls er trotzdem weiter als Geschäftsführer handelt, gelten die Grundsätze des faktischen Geschäftsführers.*

---

Die Gesellschafter können auch im Gesellschaftsvertrag bestimmte weitere persönliche Anforderungen an Geschäftsführer regeln. Hier ist denkbar, dass er ein Familienmitglied sein muss oder bestimmte Qualifikationen haben soll. Anders als die gesetzlich geregelte Amtsunfähigkeit führen Verstöße gegen solche gesellschaftsvertraglichen Vorgaben nicht zur Unwirksamkeit der Bestellung. Diese ist aber wegen Verstoßes gegen den Gesellschaftsvertrag mit einer Klage anfechtbar, falls der Geschäftsführer die im Gesellschaftsvertrag geregelten Anforderungen nicht erfüllt. Bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über eine Anfechtungsklage ist die Bestellung wirksam. Der Geschäftsführer kann außerdem aus wichtigem Grund abberufen werden.

### 3.3 Verfahren bei der Bestellung

Für die Bestellung des Geschäftsführers ist die Gesellschafterversammlung zuständig. Die Gesellschafter entscheiden durch Beschluss mit einfacher Mehrheit. Im Gesellschaftsvertrag können hierzu aber abweichende Regelungen erfolgen, insbesondere kann ein höheres Mehrheitserfordernis geregelt sein, z.B. eine Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen. Die Zuständigkeit kann aufgrund einer Regelung im Gesellschaftsvertrag auf andere Organe verlagert werden oder bei größeren Gesellschaften zwingend dem Aufsichtsrat obliegen.

---

<sup>13</sup> Die Bestellung wird als wirksam behandelt.

## Praxishinweis

▶ Die Frage, wer den Geschäftsführer bestellt, ist von erheblicher strategischer Bedeutung. Wer den Geschäftsführer bestimmt, hat Einfluss auf die operative Führung der GmbH. Minderheitsgesellschafter werden ein Interesse daran haben, dass die Mehrheitserfordernisse für die Bestellung durch Regelung im Gesellschaftsvertrag möglichst hoch sind, damit sie unliebsame Kandidaten verhindern können. Durch Sonderrechte auf Geschäftsführung und Vetorechte für einzelne Gesellschafter ist hier sachgerechte Vertragsgestaltung gefragt. Diese Fragen sollten Gesellschafter bei der Gründung sorgfältig bedenken.

Der Geschäftsführer wird bei der Gründung vor Eintragung der Gesellschaft bestellt, da er für die Handelsregisteranmeldung der GmbH bei Gründung zuständig ist. Bei der Einpersonengesellschaft kann sich der einzige Gesellschafter zum Geschäftsführer bestellen. Die Vorschrift des § 181 BGB findet auf die Bestellung keine Anwendung. Diese Vorschrift verbietet es einem Vertreter, gleichzeitig für sich und als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft abzuschließen („Insichgeschäft“). Trotzdem muss sich der Geschäftsführer in solchen Fällen von der Vorschrift des § 181 BGB befreien lassen, um später handlungsfähig zu sein, falls er mit „seiner“ Gesellschaft Verträge abschließen möchte.

### 3.3.1 Verlagerung der Zuständigkeit zur Bestellung auf einzelne Gesellschafter oder andere Organe

Ein Gesellschafter kann sich über eine ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag ein Sonderrecht auf Geschäftsführung einräumen lassen.<sup>14</sup> Es ist auch möglich, einem Gesellschafter das Recht zur Bestellung eines Geschäftsführers einzuräumen. Einem Nicht-Gesellschafter kann dieses Recht nicht wirksam eingeräumt werden. Im Zweifel ist es höchstpersönlich, also nicht übertragbar. Andererseits kann dieses Recht aber auch nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters wieder aufgehoben werden. Daher muss neben der Mehrheit zur Änderung des Gesellschaftsvertrags auch die Zustimmung durch den Gesellschafter erklärt werden.

## Praxishinweis

▶ Einem Gesellschafter oder einer Mehrheit von Gesellschaftern unter einem Gesellschafterstamm kann durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag das Recht eingeräumt werden, einen Geschäftsführer zu bestellen. Dieses Recht kann ohne Zustimmung des Begünstigten nicht mehr aufgehoben werden.

Bei einem Recht auf Benennung eines Geschäftsführers kann man auch ohne ausdrückliche Regelung davon ausgehen, dass die übrigen Gesellschafter verpflichtet sind, bei der Bestellung des Geschäftsführers für diese benannte Person ihre Ja-Stimme abzugeben. Es empfiehlt sich aber eine ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag. Dort sollte auch geregelt werden, unter welchen Umständen die Mitgesellschafter ihre Mitwirkung verwei-

<sup>14</sup> Vgl. hierzu das 3. Muster: Gesellschaftsvertrag, § 5.

## 1. Teil: Praxisrelevante Situationen bei der Tätigkeit des Geschäftsführers

---

gern können (meist nur aus wichtigem Grund). Falls sie dieser Verpflichtung nicht nachkommen, kann diese gerichtlich durchgesetzt werden. Die Gesellschafter sind aber nicht gehindert, einen anderen Geschäftsführer zu bestellen. Die Gesellschafter können sich auch ohne ausdrückliche Regelung gegen die Bestellung auf Vorschlag eines Berechtigten entscheiden, wenn ein „wichtiger Grund“ vorliegt.

### Beispiel

---



*Ein Gesellschafter einer GmbH hat aufgrund einer Regelung im Gesellschaftsvertrag das Recht, einen Geschäftsführer zu benennen, den die Gesellschafterversammlung dann bestellen muss. Er benennt den X, der im Aufsichtsrat eines Konkurrenzunternehmens sitzt. Dieses Unternehmen führt einige Rechtsstreitigkeiten gegen die Gesellschaft. In diesem Fall liegt ein Interessenkonflikt vor, der einen wichtigen Grund darstellt. Die Gesellschafter können sich weigern, den vorgeschlagenen Kandidaten X zu bestellen.*

---

Im Gesellschaftsvertrag kann die Zuständigkeit zur Bestellung des Geschäftsführers auch auf andere Organe verlagert werden. In der Aktiengesellschaft wird diese Verlagerung ohnehin gelebt, da dort nicht die Gesellschafter (Hauptversammlung), sondern der Aufsichtsrat zur Bestellung des Vorstands zuständig ist. Einer solchen Verlagerung können in der GmbH organisatorische oder taktische Erwägungen zugrunde liegen. Im Gesellschaftsvertrag kann geregelt werden, dass ein Beirat, Aufsichtsrat, Gesellschafterausschuss oder auch einzelne Gesellschafter das Recht haben, den Geschäftsführer zu bestellen. Die Gesellschafter können dies jederzeit durch Änderung des Gesellschaftsvertrags rückgängig machen. Dies gilt aber nicht, wenn das Recht einem Gesellschafter zusteht. Es ist dann ein Individualrecht, das nur mit Zustimmung des Gesellschafters aufgehoben werden kann.

### Praxishinweis

---



*Im Gesellschaftsvertrag kann die Zuständigkeit zur Bestellung des Geschäftsführers auch auf andere Organe verlagert werden. Oft wird in größeren Gesellschaften ein Beirat oder Aufsichtsrat gebildet, der die Geschäftsführer bestellt und dann auch kontrolliert.*

---

Unterliegt eine GmbH mit mehr als 2000 Mitarbeitern dem Mitbestimmungsgesetz oder vergleichbaren Vorschriften,<sup>15</sup> muss sie zwingend einen Aufsichtsrat bilden. Dieser paritätisch zusammengesetzte Aufsichtsrat ist dann zuständig für alle Fragen rund um den Geschäftsführer.<sup>16</sup> Das schließt Satzungsregelungen aus, die dieses Recht einschränken, also auch Rechte Dritter zur Bestellung. Falls eine GmbH dagegen lediglich dem Drittelbeteiligungsgesetz unterliegt,<sup>17</sup> muss auch ein Aufsichtsrat gebildet werden. Dieser hat aber lediglich eine überwachende Funktion, die Kompetenz zur Bestellung der Geschäftsführer

<sup>15</sup> Vgl. MontanMitbestG 1951, MitbestErgG 1956 und MitbestG 1976.

<sup>16</sup> Vgl. § 12 MontanMitbestG, § 13 MitbestErgG, § 31 MitbestG i.V.m. § 84 AktG.

<sup>17</sup> Bei einer Anzahl von mehr als 500 Mitarbeitern, aber unter 2000 Mitarbeitern.

bleibt bei den Gesellschaftern. Wichtig ist noch der Hinweis, dass die Berechnung der Mitarbeiteranzahl eigenen Regeln folgt, insbesondere im Konzern.

### **Praxishinweis**

▶ *Die Wirksamkeit der Bestellung ist für den Geschäftsführer von wesentlicher Bedeutung. Er muss daher selbst in der Lage sein, seine Bestellung (auch im Prozess) zu belegen. Ein Geschäftsführer, der nicht gleichzeitig Gesellschafter ist, sollte daher zumindest einen Auszug aus dem Protokoll der Gesellschafterversammlung einsehen und kopieren, von der er bestellt worden ist. Eine Prüfung und Dokumentation ist wichtig, um Fehlerquellen zu erkennen und zu vermeiden. Eine häufige Fehlerquelle ist der aufschiebend bedingte Kauf von Geschäftsanteilen, bei dem der neue Gesellschafter bereits Beschlüsse zur Bestellung von Geschäftsführern fasst, ohne dass die Anteile auf ihn übergegangen sind.*

### **3.3.2 Dauer der Amtszeit**

Die Dauer der Bestellung und damit die Dauer der Amtszeit eines Geschäftsführers ist gesetzlich nicht bestimmt. Der Bestellungsbeschluss kann daher entweder eine Dauer der Bestellung („wird für die Dauer von 5 Jahren bestellt“), ein Enddatum („wird bis zum 31.3.2030 bestellt“) oder keine zeitliche Angabe enthalten („wird als Geschäftsführer bestellt“). Letzteres ist üblich. Bei einer zeitlichen Angabe endet das Amt zu diesem Datum, falls nicht vorher eine Verlängerung erfolgt. Falls keine Befristung erfolgt, läuft die Bestellung auf unbestimmte Zeit, der Geschäftsführer muss also abberufen werden, um das Amt zu beenden. Anders ist das in der Aktiengesellschaft, bei der ein Vorstandsmitglied maximal für fünf Jahre bestellt werden kann. Dort muss der Bestellungsbeschluss befristet werden. Da bei Gesellschaften, die dem Mitbestimmungsgesetz und vergleichbaren Vorschriften unterliegen, das Aktienrecht für den Aufsichtsrat durch eine Verweisung<sup>18</sup> gilt, findet auch hier die Höchstgrenze von fünf Jahren Anwendung. Eine unbefristete Bestellung ist hier unzulässig.

### **3.3.3 Bedingte Bestellung**

Die Bestellung eines Geschäftsführers unter einer auflösenden (oder aufschiebenden) Bedingung ist zulässig. Mit Eintritt der auflösenden Bedingung erlischt das Geschäftsführeramt automatisch. Wird eine aufschiebende Bedingung gewählt, wird die Bestellung erst mit Eintritt der aufschiebenden Bedingung wirksam. Dies ist in der Praxis aber selten. Der Rechtsverkehr ist über § 15 HGB geschützt, da er auf die Richtigkeit des Handelsregisters vertrauen darf. Ein Vertragspartner der GmbH muss sich also keine Gedanken darüber machen, ob eine auflösende Bedingung bereits eingetreten ist. Allerdings sind Bedingungen bei der Bestellung in der Praxis selten anzutreffen.

18 Vgl. § 31 MitbestG i.V.m. § 84 Abs. 1 AktG, § 12 MontanMitbestG, § 13 MontanMitbestErgG.

## 1. Teil: Praxisrelevante Situationen bei der Tätigkeit des Geschäftsführers

---

### 3.4 Schadensersatzpflicht bei gesetzeswidriger Bestellung

Gesellschafter, die einer nach § 6 Abs. 2 GmbHG amtsunfähigen Person die Führung der GmbH überlassen, sind der Gesellschaft gemäß § 6 Abs. 5 GmbHG gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet. Voraussetzung einer Schadensersatzpflicht ist ein Schaden für die Gesellschaft durch die Verletzung der Obliegenheiten des Geschäftsführers. Bei den Gesellschaftern ist ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln erforderlich. Ausgangspunkt für die Haftung ist nicht (nur) die Bestellung als solche. Eine Haftung ist auch dann gegeben, wenn die Amtsunfähigkeit später eintritt, der ehemalige Geschäftsführer aber trotzdem weiter die Geschäfte führt. Ist die Bestellungskompetenz dem Aufsichtsrat übertragen, richtet sich der Schadensersatzanspruch gegen den Aufsichtsrat nach den §§ 93, 116 AktG<sup>19</sup>. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt worden ist. Aus der Bestellungskompetenz folgt die Pflicht, einen den gesetzlichen Vorgaben, also insbesondere § 6 Abs. 2 GmbHG entsprechenden Kandidaten auszuwählen und dann zu überwachen, ob er diese Kriterien auch weiter erfüllt. Daraus folgt jedoch keine besondere anfängliche oder gar fortwährende Nachforschungspflicht der Gesellschafter. Der Geschäftsführer hat gegenüber dem Registergericht zu versichern, dass seiner Bestellung keine Ausschlussgründe entgegenstehen. Die Gesellschafter können auf die Richtigkeit dieser Versicherung vertrauen. Grobe Fahrlässigkeit liegt daher erst vor, wenn Gesellschafter klare Hinweise auf eine Amtsunfähigkeit ignorieren. Sind mehrere Gesellschafter wegen desselben Schadens verantwortlich, haften sie „solidarisch“ und damit als Gesamtschuldner im Sinne von § 421 ff. BGB. Jeder haftende Gesellschafter kann von der Gesellschaft auf den gesamten Schaden in Anspruch genommen werden. Die Gesellschaft hat die freie Wahl, welchen der haftenden Gesellschafter sie in Anspruch nehmen will. Die Gesamtschuldner sind untereinander dann zum Ausgleich verpflichtet. Im Innenverhältnis kommt es auf den jeweiligen Verursachungsanteil an. Die Geltendmachung des Anspruchs gegen die jeweiligen Gesellschafter bedarf eines Gesellschafterbeschlusses.

#### **Praxishinweis**

---

 *Gesellschafter, die einer nach § 6 Abs. 2 GmbHG amtsunfähigen Person die Führung der GmbH überlassen, können der Gesellschaft gegenüber gemäß § 6 Abs. 5 GmbHG zum Schadensersatz verpflichtet, sein, wenn der Gesellschaft ein Schaden dadurch entsteht. Diese Haftung hat keine nennenswerte praktische Relevanz.*

---

### 3.5 Handelsregisteranmeldung

Die Bestellung eines Geschäftsführers ist genauso wie seine Abberufung aufgrund von § 39 GmbHG und § 8 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG (Gründung) zum Handelsregister anzumelden.<sup>20</sup> Dafür wird ein Notar benötigt. Dieser Anmeldung sind Belege für die Bestellung des Geschäftsführers beizufügen, das kann entweder ein Original des Protokolls des Gesell-

---

<sup>19</sup> Dies ergibt sich entweder über die Verweisung in den Vorschriften zur Mitbestimmung oder aus § 52 Abs. 1 GmbHG.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu das 7. Muster: Antrag auf Eintragung der Bestellung des Geschäftsführers ins Handelsregister.

schafterbeschlusses zur Bestellung oder eine öffentlich beglaubigte Abschrift des Beschlusses sein.<sup>21</sup> Der neu bestellte Geschäftsführer muss außerdem gegenüber dem Register versichern, dass er die soeben erörterten persönlichen Voraussetzungen für das Amt des Geschäftsführers erfüllt. Bei der Gründung ergibt sich diese Verpflichtung aus § 8 Abs. 3 GmbHG. Falls der Geschäftsführer Anhaltspunkte hat, dass ein Bestellungshindernis vorliegen könnte, muss dieser Sachverhalt bei der Anmeldung angegeben werden. Falsche Angaben in der Versicherung können eine Straftat nach § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG darstellen. Die bisherige Praxis bedient sich hier umfangreicher Kataloge, in denen die gesamten in § 8 GmbHG genannten Straftaten und Sachverhalte enthalten sind. Dabei würde eigentlich auch die schlichte Versicherung ausreichen, dass der Geschäftsführer weder im Inland noch im Ausland wegen einer Straftat verurteilt wurde. Obwohl der Bundesgerichtshof das ähnlich sieht, sollte man hier kein Risiko eingehen. Eine Beanstandung des Registergerichts führt zu Verzögerungen und damit zu unnötigen Risiken wegen der Verzögerung der Eintragung. Die meisten Notare verfügen über entsprechende Vorlagen, die genutzt werden können und sollten. Der neu bestellte Geschäftsführer muss außerdem versichern, dass er über seine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden ist. Diese Belehrung kann durch das Gericht, durch einen Notar, durch einen im Ausland bestellten Notar, durch einen Vertreter eines vergleichbaren rechtsberatenden Berufs oder durch einen Konsularbeamten erfolgen. Auch eine schriftliche Belehrung ist zulässig. Diese wird sich vor allem anbieten, wenn die Anmeldung nicht vor einem deutschen Notar unterzeichnet wird. Bei der Anmeldung ist auch die Vertretungsbefugnis anzugeben.

Die Organstellung wird bereits mit Annahme der (wirksamen) Bestellung begründet, die Eintragung in das Handelsregister ist lediglich deklaratorisch.

Im Handelsregister kann die Eintragung dann so aussehen:

**4. a) Allgemeine Vertretungsregelung:**

Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, vertritt er allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, vertreten zwei gemeinsam oder ein Geschäftsführer mit einem Prokuristen.

**b) Vorstand, Leitungsorgan, geschäftsführende Direktoren, persönlich haftende Gesellschafter, Geschäftsführer, Vertretungsberechtigte und besondere Vertretungsbefugnis:**

Max Mustermann

Das Handelsregister ist öffentlich zugänglich.

### **Praxishinweis**

 Die Bestellung eines Geschäftsführers ist genauso wie die Abberufung aufgrund von § 39 GmbHG zum Handelsregister anzumelden. Die Organstellung wird bereits mit Annahme der (wirksamen) Bestellung begründet, die Eintragung in das Handelsregister muss zwar zwingend erfolgen, ist aber für die Wirksamkeit der Bestellung nicht erforderlich.

<sup>21</sup> Vgl. § 39 Abs. 2 GmbHG.

## 1. Teil: Praxisrelevante Situationen bei der Tätigkeit des Geschäftsführers

---

### 4. Notgeschäftsführer

Hat die GmbH keinen Geschäftsführer, muss unverzüglich ein neuer bestellt werden. Geschieht das nicht, muss das Gericht auf Antrag einen Notgeschäftsführer bestellen. Die Berechtigung zur Antragstellung haben Gesellschafter, Geschäftsführer, Gläubiger und Aufsichtsratsmitglieder, aber auch Verwaltungsbehörden zur Durchsetzung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht. Voraussetzung für eine Notbestellung ist das Fehlen eines Geschäftsführers. Auch die Verhinderung aus tatsächlichen (z.B. Strafvollzug) oder rechtlichen Gründen (z.B. Geschäftsunfähigkeit) ist ein Fehlen in diesem Sinne.

Die Auswahl der Person des Notgeschäftsführers steht im Ermessen des Gerichts. Das Gericht ist dabei aber an etwaige Vorgaben im Gesellschaftsvertrag gebunden. Bei der Bestellung muss das Gericht die Geschäftsführungsbefugnis des Notgeschäftsführers auf das Notwendigste beschränken, weil die Bestellung eines Notgeschäftsführers durch das Gericht einen erheblichen Eingriff in das Bestellungsrecht der Gesellschafter bedeutet. Dieser Eingriff wird aber dadurch gerechtfertigt, dass die Gesellschafter von ihrem Recht auf Bestellung keinen Gebrauch machen. Diese vom Gericht zu treffende Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis betrifft aber nur das Innenverhältnis, also das „dürfen“. Nach außen ist auch der Notgeschäftsführer uneingeschränkt handlungsfähig.

### 5. Abschluss des Anstellungsvertrags und Vergütung

#### 5.1 Allgemeines

Die Bestellung regelt das Organverhältnis. In der Praxis deutlich interessanter ist aber das Anstellungsverhältnis. Aus diesem resultieren unter anderem Vergütungsansprüche des Geschäftsführers. Ein Anstellungsvertrag muss aber nicht zwingend abgeschlossen werden. Ein wirksam bestellter Geschäftsführer kann auch ohne Anstellungsvertrag tätig werden. Mängel bei der Bestellung führen dagegen dazu, dass keine Organstellung begründet wird. In der Praxis ist der Abschluss eines Geschäftsführeranstellungsvertrages aber üblich. Anstellungsvertrag und Bestellung sind, wie bereits erörtert, voneinander unabhängig. Der Dienstvertrag kann vor oder nach der Bestellung abgeschlossen werden. Er ist aus Sicht des Geschäftsführers und der Gesellschaft deutlich wichtiger als der Bestellungsakt.

#### 5.2 Zuständiges Organ und Form des Vertrags

Die Gesellschafterversammlung ist wie bei der Bestellung auch für den Abschluss des Dienstvertrags das zuständige Organ. Dies gilt auch, wenn die GmbH noch nicht ins Handelsregister eingetragen ist, also bei der Vorgesellschaft. Die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung folgt wie bei der Bestellung aus § 46 Nr. 5 GmbHG, obwohl dort der Abschluss des Dienstvertrags und die Kündigung eigentlich nicht ausdrücklich erwähnt sind. Auf Grund des engen Zusammenhangs von Organ- und Anstellungsverhältnis spricht man von einer Annexkompetenz der Gesellschafterversammlung. Wird die Zuständigkeit für die Bestellung auf ein anderes Organ übertragen, umfasst dies im Zweifel auch die Zuständigkeit für den Dienstvertrag. Die Gesellschafter entscheiden über den Abschluss des Dienstvertrags mit einem Beschluss. Ein einzelner Gesellschafter oder ein Dritter kann durch die

übrigen Gesellschafter bevollmächtigt werden, den Anstellungsvertrag zu unterzeichnen. In der Einpersonen-GmbH muss der einzige Gesellschafter, der mit sich selbst einen Anstellungsvertrag abschließen möchte, von den Beschränkungen des Selbstkontrahierungsverbots aus § 181 BGB befreit werden. Bei der nach dem Mitbestimmungsgesetz mitbestimmten GmbH ist der Aufsichtsrat neben der Bestellung auch für den Abschluss des Dienstvertrags zuständig. Bei der dem Drittelbeteiligungsgesetz unterliegenden GmbH sind weiter die Gesellschafter zuständig. Bei späteren Änderungen des Vertrags muss stets das gleiche Verfahren wie beim Abschluss eingehalten werden. Der Dienstvertrag ist nicht formbedürftig, er kann also theoretisch auch mündlich abgeschlossen werden.

### **Praxishinweis**

▶ *Die Gesellschafterversammlung ist wie bei der Bestellung auch für den Abschluss des Dienstvertrags zuständig. Diese Zuständigkeit kann auf andere Organe verlagert werden. Für Gesellschaften die den Vorschriften über die Mitbestimmung unterliegen, gelten Besonderheiten.*

## **5.3 Dienstvertrag mit einem Dritten**

Der Abschluss des Anstellungsvertrages mit einem Dritten ist zulässig, falls die Gesellschafter damit einverstanden sind. Es muss hierzu ein Beschluss der Gesellschafterversammlung vorliegen, mit dem die Zustimmung zu dieser Drittanstellung erteilt wird, diese muss die Konditionen des Vertrags umfassen. Der Geschäftsführer kann beispielsweise bei der Konzernmutter der GmbH in einem Anstellungsverhältnis stehen. Dies ist im Konzern nicht unüblich. In diesem Fall können sich aber steuerliche Probleme ergeben. Der Geschäftsführer muss außerdem prüfen, ob und inwieweit er Interessenkonflikten unterliegt, da er die Interessen der GmbH wahren muss, gleichzeitig aber auch aufgrund des Anstellungsvertrags der Konzernmutter verpflichtet ist. Die Drittanstellung hat keinen Einfluss auf die Organpflichten des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft. Es ist auch für die Haftung als Geschäftsführer ohne Belang, ob der Geschäftsführer entgeltlich tätig wird. Untypische Gestaltungen (Geschäftsführer ohne Anstellungsvertrag oder ohne Gehalt, Drittanstellung) sollten mit dem Steuerberater abgestimmt werden.

### **Praxishinweis**

▶ *Der Abschluss des Anstellungsvertrages mit einem Dritten ist zulässig, falls die Gesellschafter damit einverstanden sind. Dies ist mit einem Beschluss zu dokumentieren.*

## **5.4 Keine Anwendung von arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften**

Auf das Dienstverhältnis des Geschäftsführers finden die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften keine Anwendung. Der Geschäftsführer übt kraft seiner Organstellung Arbeitgeberfunktionen aus.

Nicht anwendbar sind daher

- 1) Arbeitnehmererfindungsgesetz,
- 2) Kündigungsschutzgesetz,

## 1. Teil: Praxisrelevante Situationen bei der Tätigkeit des Geschäftsführers

---

- 3) Arbeitszeitgesetz,
- 4) Bundesurlaubsgesetz,
- 5) Entgeltfortzahlungsgesetz,
- 6) Mutterschutzgesetz,
- 7) Schwerbehindertenrecht (SGB XI),
- 8) Vorschriften zum Schutz beim nachvertraglichen Wettbewerbsverbot, §§ 75 ff. HGB.

Das hat einschneidende Folgen, die auch in die Überlegung, zu welchen finanziellen Konditionen eine Beförderung vom Prokuristen zum Geschäftsführer erfolgt, Eingang finden sollten. Auch die bei Arbeitnehmern geltende Beschränkung der Haftung aufgrund von arbeitsrechtlichen Grundsätzen gegenüber dem Arbeitgeber findet keine Anwendung.

Es ist allerdings möglich (aber nicht üblich), die Geltung der vorstehenden Vorschriften vertraglich zu vereinbaren. Die Zulässigkeit der Vereinbarung eines Kündigungsschutzes entsprechend den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes war lange umstritten. Der Bundesgerichtshof hat im Jahr 2010 entschieden, dass auch diese Gestaltung zulässig ist, zugunsten des Geschäftsführers kann daher vereinbart werden, dass er Kündigungsschutz nach den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes hat.<sup>22</sup>

Während der Arbeitnehmer vor dem Arbeitsgericht Klage gegen die Kündigung seines Arbeitsvertrags erheben kann, ist für sämtliche sich aus dem Geschäftsführeranstellungsvertrag und dem Organverhältnis ergebende Streitigkeiten die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig. Dies gilt ausnahmsweise nicht, wenn das Bestehen eines früheren Arbeitsverhältnisses streitig ist. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist auch für den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co KG nicht gegeben, wenn er seinen Anstellungsvertrag mit der KG geschlossen hat. Unter taktischen Gesichtspunkten muss man beachten, dass dies mehr als eine formale Frage ist, da die Arbeitsgerichte tendenziell arbeitnehmerfreundlicher entscheiden. Allerdings hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass ein deutscher Geschäftsführer, der nicht als Gesellschafter an der GmbH beteiligt ist, für die Frage einer Massenentlassungsanzeige als Arbeitnehmer einzuordnen ist (EuGH vom 9.7.2015, Az.: C 229/14). Damit ist der deutsche und der europäische Begriff des Arbeitnehmers nicht deckungsgleich, als Geschäftsführer könnte man im Streitfall zumindest versuchen, sich auf diese Rechtsprechung zu berufen.

### Praxishinweis

---

 *Der Geschäftsführer ist kein Arbeitnehmer. Zahlreiche Schutzvorschriften, die auf Arbeitnehmer anwendbar sind, gelten für ihn daher nicht. Dies gilt insbesondere für den Kündigungsschutz. Er haftet auch verschärft, verglichen mit einem leitenden Angestellten. Der Wechsel aus einem Anstellungsverhältnis als leitender Angestellter in die Position des Geschäftsführers hat somit auch Nachteile, die man auch bei den Gehaltsverhandlungen berücksichtigen sollte. Es ist aber möglich, die Geltung von Schutzvorschriften zu vereinbaren. Dies kann im Dienstvertrag geregelt werden. Der Europäische Gerichtshof legt den Begriff des Arbeitnehmers weiter aus als deutsche*

<sup>22</sup> Vgl. BGH vom 10.5.2010, Az.: II 7R 70/09.

---

*Gerichte. Im Einzelfall kann das dazu führen, dass auch ein Geschäftsführer als Arbeitnehmer anzusehen sein könnte. Diese Diskussion wird weiter geführt werden.*

---

Bestimmte Schutzvorschriften gelten aber auch für den Geschäftsführer. Aus dem Organverhältnis resultieren Schutz- und Treuepflichten der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer. Im Krankheitsfall ist die Gesellschaft aus § 616 BGB verpflichtet, das Gehalt für einen gewissen Zeitraum weiter zu bezahlen. Aufgrund von § 616 BGB hat der Geschäftsführer Anspruch auf Weiterzahlung der Vergütung bei vorübergehender Dienstverhinderung. Da das Entgeltfortzahlungsgesetz nicht anwendbar ist, gilt § 616 BGB auch für den Fall der Krankheit von verhältnismäßig unerheblicher Dauer, sofern der Anstellungsvertrag keine diesbezügliche Regelung enthält. Geschäftsführer sind außerdem gemäß § 17 BetrAVG („Betriebsrentengesetz“) in den Geltungsbereich des BetrAVG einbezogen. Das gilt allerdings nicht bei sogenannten beherrschenden Gesellschaftern, die als Unternehmer angesehen werden. Obwohl das Bundesurlaubsgesetz nicht gilt, hat ein Geschäftsführer auch ohne ausdrückliche Regelung einen Urlaubsanspruch, dessen Länge sich nach dem Bundesurlaubsgesetz in entsprechender Anwendung richtet. Der Geschäftsführer kann den Pfändungsschutz für sein Gehalt (§§ 850 ff. Zivilprozessordnung) in Anspruch nehmen. Auch bei der Zeugniserteilung, Behandlung von Urlaubsabgeltungsansprüchen und bei der Bestimmung der Kündigungsfrist bestehen keine Unterschiede zwischen Geschäftsführer und Arbeitnehmer.

Die Länge des Urlaubs und die Abgeltung des Urlaubsanspruchs sollte anstellungsvertraglich geregelt werden. Ohne eine solche Regelung gilt der Grundsatz, dass der Urlaubsanspruch nur durch Gewährung von Freizeit unter Fortzahlung des vereinbarten Gehalts abgegolten werden muss. Auf eine Abgeltung in Geld hat der Geschäftsführer keinen Anspruch. Falls die Gewährung von Freizeit wegen Beendigung des Geschäftsführeranstellungsverhältnisses nicht mehr möglich ist, kann eine Abgeltung verlangt werden.

Das Arbeitnehmererfindungsgesetz findet auf den Geschäftsführer keine Anwendung. Falls ein Geschäftsführer eine Erfindung macht, steht sie ihm selbst zu, nicht der Gesellschaft. Fällt die Erfindung aber in den Tätigkeitsbereich der Gesellschaft, muss der Geschäftsführer ihr seine Erfindung anbieten. Das folgt aus der allgemeinen Treuepflicht des Geschäftsführers. Die Erfindung ist von der Gesellschaft allerdings angemessen zu vergüten (vgl. § 612 BGB). Auch die Vergütungsrichtlinien des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen finden keine Anwendung. Zum Thema „Erfindungen und immaterielle Rechte“ ist eine Regelung im Anstellungsvertrag zu empfehlen.

## **5.5 Bisheriges Anstellungsverhältnis als Angestellter**

Viele Geschäftsführer waren vor ihrer Bestellung schon im selben Unternehmen auf einer Position unterhalb der Geschäftsführerebene tätig. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob dieses Arbeitsverhältnis beendet oder ruhend gestellt werden soll. Ein in der Praxis sehr verbreiteter Fehler ist die Aufhebung des bisherigen Anstellungsvertrags im neuen Geschäftsführervertrag. Das kann deswegen nicht funktionieren, weil den Geschäftsführervertrag die Gesellschafter für die GmbH unterschreiben. Diese sind für die Aufhebung des Anstellungsvertrags des Angestellten aber nicht zuständig, hier müsste der (bisherige) weitere Geschäftsführer handeln. In der Praxis interessant wird das Schicksal des Altvertrags in der

## 1. Teil: Praxisrelevante Situationen bei der Tätigkeit des Geschäftsführers

---

Regel, wenn der Dienstvertrag als Geschäftsführer von der Gesellschaft gekündigt wird. Schließlich hätte der Geschäftsführer aus diesem Altvertrag Kündigungsschutz. Lange Zeit ist die Rechtsprechung in solchen Fällen von einem „ruhenden“ Arbeitsverhältnis ausgegangen, das nach Beendigung des Geschäftsführeramts wieder auflebt. Inzwischen geht das hierfür höchstrichterlich zuständige Bundesarbeitsgericht davon aus, dass mit dem Abschluss eines schriftlichen Dienstvertrags als Geschäftsführer sämtliche bisherigen Anstellungsverträge als aufgehoben gelten. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob dies fachgerecht und ausdrücklich im Vertrag erfolgt ist. Im Zweifel liegt im schriftlichen Abschluss des Dienstvertrages die Aufhebung des bisherigen Arbeitsvertrags, auch wenn diesen das für die Aufhebung des bisherigen Vertrags nicht zuständige Organ unterschrieben hat. Aufgrund von § 623 BGB muss der Geschäftsführervertrag hierzu allerdings schriftlich abgeschlossen werden. Dies ist in der Praxis der Fall. Auch wenn diese richterliche Auffassung einige Argumentationsschwächen hat, sollte man sie kennen. Falls kein schriftlicher Geschäftsführer-Dienstvertrag abgeschlossen wurde, ist davon auszugehen, dass der bisherige Vertrag weiter gilt, auch für den Fall der Abberufung als Geschäftsführer, falls nichts ausdrücklich vereinbart ist. Im Umkehrschluss muss ein Geschäftsführer, der Interesse an einem Ruhen des bisherigen Arbeitsverhältnisses hat, dies ausdrücklich und formgerecht mit seiner Gesellschaft regeln. Unternimmt er nichts, besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass sein bisheriger Arbeitsvertrag zumindest stillschweigend aufgehoben wird. Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass der abberufene Geschäftsführer in Unterordnung unter die Geschäftsleitung weiter beschäftigt wird. Dann geht man von einer (stillschweigenden) Änderung des Dienstverhältnisses in ein Arbeitsverhältnis aus.

### Praxishinweis

---

► *Wechselt ein Arbeitnehmer im selben Unternehmen in die Position des Geschäftsführers, stellt sich die Frage nach dem Schicksal des bisherigen Anstellungsverhältnisses. Dieses kann ruhen oder ausdrücklich aufgehoben werden. Unterbleibt eine ausdrückliche Regelung, ist von einer Aufhebung des bisherigen Arbeitsvertrags auszugehen, falls ein schriftlicher Geschäftsführer-Dienstvertrag abgeschlossen wurde. Dies gilt auch wenn keine ausdrückliche Aufhebung erfolgt ist. Diese Frage sollte daher rechtlich abgesichert geregelt werden, falls der Geschäftsführer seinen bisherigen Vertrag erhalten möchte.*

---

## 5.6 Sozialversicherungspflicht

Die Frage, inwiefern Geschäftsführer der Sozialversicherungspflicht (Renten-, Kranken-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung) unterliegen, hat für den Betroffenen eine erhebliche finanzielle Bedeutung. Es ist daher kein Wunder, dass es hierzu zahllose Gerichtsentscheidungen gibt. Wer sozialversicherungspflichtig ist, ist der Vorschrift des § 7 SGB IV zu entnehmen. Demnach ist die Beschäftigung in einer nichtselbstständigen Tätigkeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, ein Anhaltspunkt für eine Sozialversicherungspflicht. Das setzt in der Regel Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation voraus. Ein Geschäftsführer kann diese Kriterien erfüllen. Dass er kein Arbeitnehmer ist, hindert nicht die Annahme der Sozialversicherungspflicht.

Fremdgeschäftsführer, also Nicht-Gesellschafter, sind im Regelfall sozialversicherungspflichtig. Ein zumindest zu 50 % an der Gesellschaft beteiligter Geschäftsführer kann sich dagegen im Regelfall auf Antrag von der Sozialversicherung befreien lassen. Eine Befreiung ist auch denkbar, wenn der Geschäftsführer zwar nicht über eine 50 %ige Beteiligung verfügt, aber durch besondere Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag eine Sperrminorität hat. In diesem Fall kann er wichtige Entscheidungen verhindern, dies spricht für eine unternehmerische Stellung. Entscheidend ist, ob er wesentlichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen kann. Diese Frage bedarf in jedem Fall einer Prüfung.

Die Beratungspraxis nutzt zur Erlangung einer Befreiung oft Gestaltungen, mit denen die Position des Geschäftsführers verstärkt und möglichst selbständig ausgestaltet wird. Die Rechtsprechung befasst sich nach wie vor in einer Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen mit dem hier erörterten Thema. Nachfolgend soll hierzu ein erster Überblick gegeben werden.

### 5.6.1 Einführung

Der Geschäftsführer unterfällt der gesetzlichen Sozialversicherung, wenn seine konkret ausgeübte Tätigkeit die Merkmale einer sozialversicherungspflichtigen „Beschäftigung“ im Sinne von § 7 Abs. 1 des Sozialgesetzbuchs IV („SGB IV“) erfüllt.

#### § 7 SGB IV Beschäftigung

(1) Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach dieser gesetzlichen Regelung liegt eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit in der Regel vor, wenn der Betroffene Weisungen unterworfen und in die Organisation des Arbeitgebers eingegliedert ist. Damit knüpft die Frage der Sozialversicherungspflicht direkt an die Ausgestaltung der Stellung des Geschäftsführers an, also an die jeweiligen Rechte und Pflichten des Geschäftsführers in der GmbH. Zur Beurteilung der Versicherungspflicht sind daher in erster Linie die Vorschriften des GmbH-Gesetzes, der Gesellschaftsvertrag, eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung und etwaige Beschlüsse der Gesellschafter, die Beteiligungsverhältnisse an der GmbH sowie der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer Gesamtschau zu unterziehen. Ergibt diese Gesamtschau eine weisungsunterworfenen, in die Organisation der GmbH eingegliederte Tätigkeit, liegt eine Sozialversicherungspflicht vor. Die Regelungen des GmbH-Rechts sind – anders als das Aktienrecht – weitgehend disponibel, Abweichungen sind durch den Gesellschaftsvertrag in weitem Umfang zulässig. Auch die angesprochenen Regelwerke sind weitgehend der Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter überlassen. Durch eine an den Merkmalen des Sozialversicherungsrechts ausgerichtete Regelung ist es daher in vielen Fällen möglich, die Stellung des Geschäftsführers so zu gestalten, dass er die Voraussetzungen einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 des Sozialgesetzbuchs IV („SGB IV“) nicht erfüllt. Solche Gestaltungen können allerdings mit anderen Zielen der Gesellschafter der GmbH wie der Kontrolle von unternehmerischen Entscheidungen des Geschäftsführers in Konflikt geraten. Außerdem ist es entscheidend, wie die Tätigkeit des Geschäftsführers tatsächlich „gelebt“ wird. Beide Parteien müssen daher die vertraglichen Regelungen tat-

## 1. Teil: Praxisrelevante Situationen bei der Tätigkeit des Geschäftsführers

---

sächlich durchführen, sonst läuft die Gestaltung ins Leere. Aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe und des Bestrebens zahlreicher Geschäftsführer, der Sozialversicherungspflicht zu „entfliehen“, haben sich die Gerichte in den letzten Jahrzehnten mit zahlreichen Einzelfällen und Auslegungsfragen befasst. Neben der Klärung der Sozialversicherungspflicht kann es je nach betroffener Materie weitere zu klärende Aspekte geben, für die Rentenversicherungspflicht etwa das Vorliegen einer Stellung als „Arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger“ im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 9 Sozialgesetzbuch VI.

### 5.6.2 Abgrenzungsmerkmale bei der Sozialversicherungspflicht

Der Geschäftsführer ist kein Arbeitnehmer im Sinne der arbeitsrechtlichen Vorschriften. Durch seine Bestellung wird ein Organverhältnis zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer begründet, das ihm unter anderem eine gesetzlich geregelte und unbeschränkbare organschaftliche Vertretungsbefugnis für die GmbH vermittelt. Dieses Organverhältnis unterscheidet den Geschäftsführer daher vom „normalen“ Arbeitnehmer.

Nach der gesetzlichen Regelung des § 7 Abs. 1 SGB IV begründet eine nichtselbstständige Tätigkeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, eine Sozialversicherungspflicht. Der Gesetzgeber sieht dabei als Indizien für eine Beschäftigung

*(i) eine Tätigkeit nach Weisungen und*

*(ii) eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.*

Damit ist es entscheidend, in welchem Umfang der Geschäftsführer bei seiner Tätigkeit vom Arbeitgeber abhängig ist. Ein Vorstand einer Aktiengesellschaft ist kraft Gesetzes nicht rentenversicherungspflichtig (§ 1 SGB VI), er ist aufgrund der Regelung des § 76 Abs. 1 AktG generell keinen Weisungen seines Arbeitgebers unterworfen. Weder die Hauptversammlung noch der Aufsichtsrat können konkrete Geschäftsführungsmaßnahmen vom Vorstand verlangen. Das GmbH-Recht sieht dagegen ein generelles Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber dem Geschäftsführer vor. Befolgt er solche Weisungen nicht, riskiert er eine fristlose Kündigung und Schadensersatzforderungen der Gesellschaft. Daher kommt es darauf an, wie selbstständig der Geschäftsführer tatsächlich seiner Tätigkeit nachgehen kann. Kann der Geschäftsführer Zeit, Dauer, Ort und Art der Tätigkeit selbst bestimmen, spricht dies gegen eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung. Die Rechtsprechung und Verwaltung sieht eine Beteiligung an der GmbH als ein wesentliches Kriterium bei der Beurteilung der Selbstständigkeit eines Geschäftsführers.

### 5.6.3 Der Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer Beteiligung von 50 % oder mehr

In der GmbH ist die Gesellschafterversammlung für wichtige Maßnahmen und Grundlagengeschäfte zuständig. So entscheidet sie beispielsweise über Satzungsänderungen, die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern und Weisungen an Geschäftsführer. Sie kann dem Geschäftsführer also Vorgaben bezüglich Zeit, Ort und Umfang der Geschäftsführungstätigkeit machen. Ist ein Geschäftsführer gleichzeitig an der Gesellschaft beteiligt, spricht man auch von einem Gesellschafter-Geschäftsführer. Im Gegensatz zu einem nicht beteiligten Fremdgeschäftsführer kann ein Gesellschafter wichtige Entscheidungen in der Gesellschaft mitgestalten und verhindern. Hierzu gehören auch Weisungen an den Ge-

geschäftsführer. Verfügt er über eine Beteiligung von 50 % oder mehr, kann er Mehrheitsentscheidungen herbeiführen bzw. jeden Beschluss verhindern. Hält er sogar 75 % an der Gesellschaft, kann er über Satzungsänderungen und die Liquidation der Gesellschaft gegen den Willen der übrigen Gesellschafter entscheiden. Daher ist es allgemein anerkannt, dass ein Geschäftsführer, der mit zumindest 50 % an einer GmbH beteiligt ist, nicht der Sozialversicherungspflicht unterfällt, falls nicht spezielle Umstände hinzukommen, die eine Ausübung der Gesellschafterrechte beeinträchtigen (vgl. Bundessozialgericht v. 30.6.1999, Az.: B 2 U 35/98 R).

### **5.6.4 Der Geschäftsführer mit einer Beteiligung von unter 50 %**

Hält der Geschäftsführer eine Beteiligung von unter 50 % des Stammkapitals, dann ist die konkrete Ausgestaltung der Mehrheitserfordernisse im Gesellschaftsvertrag oder in anderen Vereinbarungen unter den Gesellschaftern entscheidend. Sieht der Gesellschaftsvertrag beispielsweise vor, dass jeder Beschluss der Gesellschafter einer Mehrheit von zumindest 90 % bedarf, kann ein mit 11 % beteiligter Gesellschafter jede Entscheidung der Gesellschafterversammlung blockieren. Hält der Geschäftsführer eine solche Sperrminorität, kann er Weisungen bezüglich der Ausgestaltung seiner Tätigkeit verhindern. Es muss aber auch sichergestellt sein, dass diese Regelung nicht gegen den Willen des Geschäftsführers abgeschafft werden kann. Es kommt auch in Betracht, im Gesellschaftsvertrag nur Beschlüsse, die seine Tätigkeit betreffen, einer solchen Sperrminorität zu unterwerfen. Kann der Geschäftsführer Beschlüsse nicht verhindern, führt seine Gesellschafterstellung nicht zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit (vgl. auch Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen v. 17.10.2012, Az.: L 8 R 545/11). Es kommt aber auf den Einzelfall an, es müssen im Rahmen der Gesamtschau gewichtige Argumente für eine selbstständige Tätigkeit sprechen, die das Weisungsrecht überlagern. Das ist angesichts der strengen Linie der Gerichte eigentlich nicht denkbar (verneint vom Landessozialgericht Berlin-Brandenburg v. 29.8.2012 Az.: L 9 KR 4/11 bei einer Beteiligung von 5 %).

Das Bundessozialgericht (BSG) hat sich in einer Entscheidung vom 11.11.2015 (Az.: B 12 KR 13/14 R) mit einer Stimmbindungsvereinbarung zugunsten eines Minderheitsgesellschafters befasst. Mit dieser verpflichtete sich der Mehrheitsgesellschafter, nach Weisung des Geschäftsführers (Minderheitsgesellschafter) abzustimmen. Das Gericht bejahte zwar die Zulässigkeit einer außerhalb des formgebundenen Gesellschaftsvertrags privatschriftlich getroffenen Stimmrechtsvereinbarung. Allerdings sind solche Abreden nach Ansicht des BSG nicht geeignet, die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsverhältnisse mit sozialversicherungsrechtlicher Wirkung zu verschieben, da der Stimmbindungsvertrag von jedem Gesellschafter zumindest aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Das bedeutet letztendlich, dass Stimmbindungsvereinbarungen, Vollmachten und Abreden im Anstellungsvertrag, aber auch Gesellschaftervereinbarungen keine Möglichkeit mehr bieten, Minderheitsgesellschafter von der Sozialversicherungspflicht zu befreien. Maßgeblich ist damit allein die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung.

### **5.6.5 Der Geschäftsführer ohne Beteiligung (Fremdgeschäftsführer)**

Ist der Geschäftsführer nicht an der GmbH beteiligt, spricht dies für eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit. Nach der typischen Kompetenzverteilung können die Gesell-

## 1. Teil: Praxisrelevante Situationen bei der Tätigkeit des Geschäftsführers

---

schafter die Tätigkeit des Geschäftsführers konkret bestimmen und lenken. Hier kommt es auf das Gesamtbild der konkreten Tätigkeit des Geschäftsführers an. Die Hürden für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit liegen in solchen Fällen sehr hoch. Ausnahmen und damit die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit in Sondersituationen wie familiär geprägten Gesellschaften, in Fällen von wirtschaftlicher oder tatsächlicher Abhängigkeit der Gesellschaft vom Geschäftsführer werden von der Rechtsprechung inzwischen generell nicht mehr anerkannt (keine „Schönwetter selbstständigkeit“, vgl. BSG vom 11.11.2015, Az.: B 12 KR 13/14 R).

### 5.6.6 Der Geschäftsführer in der GmbH & Co. KG

In der GmbH & Co. KG führt die Komplementär-GmbH die Geschäfte der Kommanditgesellschaft. In solchen Fällen ist darauf abzustellen, welche Beteiligung der Geschäftsführer an der Komplementär-GmbH hält (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen v. 12.6.1991, Az.: L 12 Ar 136/89). Eine Beteiligung an der Kommanditgesellschaft von über 50 % führt daher – für sich betrachtet – nicht zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit. Maßgeblich ist die Frage, ob der Geschäftsführer über seine Beteiligung einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben kann. Dabei spielt auch die Frage, ob der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers mit der GmbH oder der Kommanditgesellschaft abgeschlossen wird, eine Rolle. Steht der Geschäftsführer im Anstellungsverhältnis mit der GmbH, gelten die oben dargestellten Grundsätze. Besteht der Anstellungsvertrag dagegen mit der Kommanditgesellschaft, ist maßgeblich, ob der Geschäftsführer im Verhältnis zu dieser eine selbstständige Tätigkeit ausübt.

Hierzu ist die Grundsatzentscheidung des Bundessozialgerichts (BSG) vom 8.7.2020 (Az.: B 12 R 2/19 R) wichtig. Der Geschäftsführer einer GmbH, die Komplementärin einer GmbH & Co. KG ist, kann nach Ansicht des BSG nicht allein aufgrund seiner Stellung als Mehrheitskommanditist der Kommanditgesellschaft einen seine abhängige Beschäftigung ausschließenden Einfluss auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen der GmbH nehmen. Der auf seiner Kommanditeinlage beruhende gesellschaftsrechtliche Einfluss des GmbH-Geschäftsführers ist auf die GmbH & Co. KG beschränkt. Der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH ist grundsätzlich an die Weisungen der GmbH-Gesellschafter gebunden. An der Komplementär-GmbH war in dem vom BSG entschiedenen Fall jedoch weder die GmbH & Co. KG noch der GmbH-Geschäftsführer direkt oder über seine Stellung als Kommanditist mittelbar als Gesellschafter beteiligt. Ohne eine solche Beteiligung können die Gesellschafter der GmbH & Co. KG nur auf deren Geschäftsführung, nicht aber auf davon unabhängige Geschäfte ihrer Komplementär-GmbH Einfluss nehmen. Das bedeutet konkret, dass der Geschäftsführer der GmbH in der GmbH & Co. KG entweder mehrheitlich an der GmbH beteiligt sein muss, oder die GmbH & Co. KG hält sämtliche Anteile an der GmbH (Einheitsgesellschaft) und der Geschäftsführer hält eine Kommanditeinlage von über 50 % an der GmbH & Co. KG. Ist das nicht der Fall, kommt eine Befreiung von der Sozialversicherungspflicht in der Regel nicht in Betracht.

### 5.6.7 Der Geschäftsführer mit Doppelfunktion im Konzern

Ist der Geschäftsführer in einem Konzern für mehrere Organstellungen bestellt, wird er oft in einem oder mehreren Unternehmen ohne Anstellungsvertrag tätig. In solchen Fällen

liegt eine (zulässige) Drittanstellung beim Konzernunternehmen vor. Ist der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft als Arbeitnehmer der Muttergesellschaft beschäftigt, ist die Geschäftsführertätigkeit ein Teil seiner unselbstständigen Tätigkeit. Bestehen mehrere Anstellungsverträge, ist zu prüfen, ob diese eine wirtschaftliche Einheit bilden oder getrennt zu betrachten sind. Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn der Abschluss der Verträge zeitlich auseinanderliegt.

### 5.6.8 Kontrollfragen für die Frage der Sozialversicherungspflicht

Aus der vielfältigen Rechtsprechung zu der hier erörterten Frage können in der Praxis die folgenden Kontrollfragen zu Sachverhalten entwickelt werden, die bei einer Entscheidung über die Sozialversicherungspflicht bewertet werden.

(1). Kann der Arbeitgeber vom Geschäftsführer verlangen, seine Tätigkeit an einem bestimmten Arbeitsort zu erbringen?

→ Regelungen im Dienstvertrag über Arbeitsort, Richtlinien, faktische Gegebenheiten

(2). Verfügt der Geschäftsführer über ein vom Arbeitgeber gestelltes Arbeitszimmer mit vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Arbeitsmitteln?

→ Festlegungen und Richtlinien des Arbeitgebers betreffend Arbeitsmittel

(3). Gibt es Vorgesetzte/Gesellschafter, die dem Geschäftsführer Weisungen erteilen können, beispielsweise auch in einer Konzernstruktur?

→ Gesellschaftsvertrag, Konzernrichtlinien, Matrixstrukturen, Berichtslinien

(4). Ist der Geschäftsführer nach einem bestimmten unternehmensweiten System in die Unternehmenshierarchie integriert?

→ Einstufungen, Funktionsbezeichnung wie Abteilungsleiter

(5). Kann der Arbeitgeber den Umfang, Beginn der Tätigkeit des Geschäftsführers und deren Ende bestimmen?

→ Regelungen im Dienstvertrag über Arbeitszeiten und Umfang der geschuldeten Tätigkeit, Einzelvertretungsbefugnis, Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens

(6). Kann der Arbeitgeber dem Geschäftsführer Vorgaben über die Art und Weise der fachlichen Erfüllung seiner Aufgaben machen?

→ Weisungsbefugnis aus dem GmbH-Gesetz, Berichtspflichten

(7). Muss der Geschäftsführer bei bestimmten Geschäftsführungsmaßnahmen zunächst die Zustimmung der Gesellschafter oder eines Aufsichtsorgans einholen?

→ Katalog zustimmungspflichtiger Maßnahmen des Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag, Geschäftsordnung oder Dienstvertrag

(8). Ist der Geschäftsführer verpflichtet, seine Tätigkeit selbst zu erbringen oder kann er diese auch durch Dritte erbringen?

→ Regelung im Dienstvertrag über höchstpersönliche Dienstverpflichtung

## 1. Teil: Praxisrelevante Situationen bei der Tätigkeit des Geschäftsführers

---

(9). Unterliegt der Geschäftsführer bei seiner Tätigkeit einem unternehmerischen Risiko?

→ Extrem hohe praxisunübliche gewinnabhängige Vergütung, Darlehen und Bürgschaften für die GmbH.

(10). Kann der Geschäftsführer Entscheidungen der Gesellschafter im Hinblick auf Ort, Zeit, Umfang und Ausgestaltung seiner Tätigkeit verhindern?

→ Regelungen im Gesellschaftsvertrag, Ausschluss von Weisungsrechten, nicht geeignet: Stimmbindungsverträge der Gesellschafter.

### 5.6.9 Zusammenfassung

Die Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers ist und bleibt ein sehr praxisrelevantes Thema. Unproblematisch liegt der Fall bei einer Beteiligung von 50 % und mehr. Durch entsprechende gesellschaftsrechtliche Gestaltungen ist auch bei Geschäftsführern mit einer Beteiligung von unter 50 % eine Befreiung von der Sozialversicherungspflicht denkbar (allerdings schwierig). Ein von Rechtsprechung und Sozialversicherungsträgern anerkanntes Argument ist die Sperrminorität und der Ausschluss von Weisungsrechten der Gesellschafter. Diese können ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ausschließen. Fehlt eine Sperrminorität oder liegt überhaupt keine Beteiligung des Geschäftsführers vor, kommt eine Befreiung nicht in Betracht.

### Praxishinweis

---

 Die Sozialversicherungspflicht ist eine wichtige Vorfrage, die unbedingt bei der Bestellung geklärt werden sollte. Als Faustregel kann der Grundsatz verwendet werden, dass Geschäftsführer, die an ihrer Gesellschaft mit zumindest 50 % des Stammkapitals beteiligt sind, von der Sozialversicherungspflicht befreit werden können. Auch bei einer Beteiligung von unter 50 % kann im Einzelfall eine Befreiung vorliegen, insbesondere wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer aufgrund von weiteren gesellschaftsvertraglichen Regelungen einen erheblichen Einfluss auf die Gesellschafterentscheidungen hat. Die ist aber eine Frage des Einzelfalls.

---

## 5.7 Typische Inhalte des Anstellungsvertrags

Aus der Bestellung als Geschäftsführer resultieren zahlreiche Pflichten des Geschäftsführers. Diese bestehen wohlgemerkt unabhängig von der Frage, welche Vergütung ein Geschäftsführer erhält und ob er überhaupt einen Anstellungsvertrag hat. Es ist weithin üblich, die Rechte und Pflichten ausdrücklich im Anstellungsvertrag zu regeln, obwohl sie sich teilweise auch aus dem Gesetz ergeben.

### Beispiel

---

 In den Standardmustern für Geschäftsführer ist oft die Regelung enthalten, dass der Geschäftsführer der Gesellschaft während seiner Tätigkeit keinen Wettbewerb machen darf. Ein solches Wettbewerbsverbot gilt aber schon aufgrund der Bestellung. Da es im GmbH-Gesetz aber nicht ausdrücklich geregelt ist, macht eine „Erinnerung“ im Anstellungsvertrag Sinn. Ob man auch regelt, dass der Geschäftsführer