

Der Geschäftsführer- Anstellungsvertrag

Für die Praxis: Alle Rechte und Pflichten des GmbH-Geschäftsführers gegenüber der GmbH werden im Geschäftsführer-Anstellungsvertrag vereinbart. Vieles können Sie zu Ihrem Vorteil gestalten – vom Gehalt bis zur optimalen Altersversorgung. Lesen Sie, wie Sie mit der richtigen Vertragsgestaltung weniger Steuern zahlen, sich vor Haftungsrisiken schützen, mehr Geld zur Verfügung haben und optimal für Ihre Zukunft vorsorgen.

Inhalt

1. Überlegungen vor Abschluss des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages
2. Die Stellung des Geschäftsführers in der GmbH
3. Vermeiden Sie unnötige Steuernachzahlungen aus sog. verdeckten Gewinnausschüttungen
4. So sichern Sie Ihre Stellung als Fremd-Geschäftsführer
5. Geschäftsführer in der GmbH & Co. KG
6. Geschäftsführer in einer Konzern Tochtergesellschaft
7. So „lesen“ Sie Ihren Anstellungsvertrag juristisch
8. Änderung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages
9. Was tun, wenn Sie keinen Geschäftsführer-Anstellungsvertrag haben?
10. Vom AG-Vorstand zum GmbH-Geschäftsführer
11. Geschäftsführer im internationalen Konzern

1. Überlegungen vor Abschluss des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages

Der Geschäftsführer der GmbH wird von den Gesellschaftern in das Amt bestellt. Er vertritt die GmbH nach außen gegenüber Kunden, Lieferanten, Gläubigern, Banken usw. (§ 35 Abs. 1 GmbHG). Mit der **Bestellung** wird der Geschäftsführer zum **handlungsbevollmächtigten Organ der GmbH**. Unabhängig davon entsteht zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer ein Rechtsverhältnis – ein Anstellungsverhältnis -, dessen Inhalt im **Geschäftsführer-Anstellungsvertrag** bestimmt wird. Der Geschäftsführer wird für die GmbH im Rahmen dieses Anstellungsverhältnisses im Innenverhältnis tätig. Darin werden alle Rechte und Pflichten festgelegt.

Bei **entgeltlicher Tätigkeit** des Geschäftsführers handelt es sich um einen **Geschäftsbesorgungsvertrag** (BAG NJW 1995, 675; §§ 611 bis 630 BGB), auf den die Regeln eines Dienstvertrages Anwendung finden. Wird der Geschäftsführer (die Geschäftsführung) **unentgeltlich** tätig, handelt es sich um ein Auftragsverhältnis (§§ 662 ff. BGB). GmbH-Geschäftsführer sind nach allgemeiner Auffassung **keine Arbeitnehmer** (BGHZ 79, 291). Es finden **keine** Anwendung für Sie als GmbH-Geschäftsführer:

- der Kündigungsschutz (§ 14 Abs. 1 Nr. KSchG)
- die Rechte der Arbeitnehmer gemäß Betriebsverfassungsgesetz (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG)
- die Rechte der leitenden Angestellten (§ 1 Abs. 1 SpAuG)
- das arbeitsgerichtliche Verfahren (§ 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG)
- die Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes (§ 3 Abs. 1 Satz 1 MitbestG)

Wissen	Arbeitsgerichtsbarkeit
Für Streitigkeiten aus dem Geschäftsführer-Anstellungsvertrag sind regelmäßig die ordentlichen Gerichte (Amtsgericht, LG) zuständig. Nur ausnahmsweise kann das Arbeitsgericht zuständig sein.	

Das Bundesarbeitsgericht (BAGE 39, 16) behandelt den GmbH-Geschäftsführer **ausnahmsweise als Arbeitnehmer**, wenn die konkrete Vertragsgestaltung seine Befugnisse außergewöhnlich stark einschränkt bzw. er stark **persönlich abhängig** ist. Das ist der Fall, wenn Sie als GmbH-Geschäftsführer **regelmäßig einem bezüglich Zeit, Dauer, Art und Ort der Ausführung seiner Tätigkeit umfassenden Direktionsrecht unterliegen**.

Enthält Ihr Anstellungsvertrag ausführliche Vorschriften bezüglich Zeit, Dauer, Art und Ort der Tätigkeit (z.B. Arbeitszeiten, Dienort, Auswahl der zustimmungspflichtigen Geschäfte) bzw. erteilen die Gesellschafter regelmäßig entsprechende Weisungen an Sie, berufen Sie sich im Falle einer Abberufung bzw. Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages auf Ihre (arbeitnehmerähnliche) Stellung als Arbeitnehmer. Folge: Das örtliche Arbeitsgericht ist zuständig. Die Kündigung ist erschwert, da das Kündigungsschutzgesetz im Regelfall Anwendung findet. Sie können Sie bei gütlicher Einigung eine höhere Abfindungszahlung durchsetzen – die Arbeitsgerichte sind tendenziell „arbeitnehmerfreundlich“.

Zuständig für den Abschluss des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages ist in der Regel die **Gesellschafterversammlung** (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Der Gesellschaftsvertrag kann diese Aufgabe einem anderen Organ übertragen (Beirat).

Wissen	Gesellschafterversammlung
<p>Die Gesellschafterversammlung ist das oberste Willensbildungsorgan jeder GmbH. Die Gesellschafter bestimmen hier über alle Angelegenheiten der GmbH und können den Geschäftsführern direkte Weisungen erteilen.</p>	

Für unter das **Mitbestimmungsgesetz 1976** fallende GmbH ist der **Aufsichtsrat** für den Abschluss und für die Änderung des Anstellungsvertrags des Geschäftsführers **zwingend** zuständig (§ 31 MitbestG).

Für die Praxis: Ein Anstellungsverhältnis zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer entsteht auch dann, wenn kein schriftlicher Vertrag abgeschlossen wird. Auch durch mündliche Vereinbarung oder die tatsächliche Durchführung des Anstellungsverhältnisses entsteht ein wirksamer Vertrag, den Sie im Konfliktfall gerichtlich durchsetzen können.

2. Die Stellung des Geschäftsführers in der GmbH

GmbH-Geschäftsführer werden je nach gesellschaftsrechtlicher Stellung auch **sozialversicherungs-** und **steuerrechtlich** unterschiedlich behandelt.

Dabei ist zu unterscheiden zwischen **dem Gesellschafter-Geschäftsführer der Einmann GmbH**, der einziger Gesellschafter der GmbH ist, dem **Gesellschafter-Geschäftsführer**, der zusammen mit anderen Gesellschaftern an der GmbH beteiligt ist, und dem **Fremd-Geschäftsführer**, der selbst keine Beteiligung an der GmbH hält.

Der Gesellschafter-Geschäftsführer – der zugleich zusammen mit mehreren Gesellschaftern oder alleine an der GmbH beteiligt ist - , muss einen schriftlichen - und ausführlichen - Anstellungsvertrag abschließen, damit Gehaltszahlungen und alle sonstigen geldwerten Leistungen, die die GmbH für ihn erbringt (Tantieme, Dienstwagen, Weihnachtsgeld usw.), vom Finanzamt als gewinnmindernde Betriebsausgaben anerkannt werden. Im Falle der Nicht-Anerkennung durch das Finanzamt werden diese Zahlungen als Gewinn versteuert und zusätzlich mit Gewerbesteuer belastet. Es entsteht eine **verdeckte Gewinnausschüttung (vGA)**.

Wissen	Verdeckte Gewinnausschüttung (vGA)
<p>Im Gegensatz zur offenen Ausschüttungen liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) vor, wenn dem Gesellschafter einer GmbH ohne Ausschüttungsbeschluss auf Kosten der GmbH ein Vermögensvorteil entsteht. Diese Zahlungen werden dann wie Gewinn der GmbH behandelt und dementsprechend mit Körperschaft- und Gewerbesteuer belastet.</p>	

Als Gesellschafter-Geschäftsführer müssen Sie dem Finanzamt einen **schriftlich abgeschlossenen** Geschäftsführer-Anstellungsvertrag vorlegen. Achten Sie darauf, dass alle geltwerten Leistungen, die Sie von der GmbH beziehen, dem Grund und der Höhe nach vertraglich zugesagt sind

3. Vermeiden Sie unnötige Steuernachzahlungen aus sog. verdeckten Gewinnausschüttungen

Das Finanzamt erkennt Zahlungen und Leistungen an den Gesellschafter-Geschäftsführer steuerrechtlich nur dann als Betriebsausgabe und lohnsteuerpflichtige Gehaltszahlung an, wenn diese auf der Grundlage eines **zivilrechtlich wirksamen Vertrages** geleistet werden. Das Finanzamt fordert dazu:

- **Schriftform:** Sie müssen dem Finanzamt einen schriftlichen Geschäftsführer-Anstellungsvertrag vorlegen können.
- **Sie müssen das von-vorneherein-Gebot beachten:** D. h. rückwirkende Vertragsänderungen werden grundsätzlich nicht akzeptiert. Achten Sie darauf, dass in Ihrem Geschäftsführer-Anstellungsvertrag vom ersten Tag des Tätigwerdens für die GmbH sämtliche Leistungen der GmbH dem Grund, der Sache und der Höhe nach aufgelistet sind.
- **Der richtige Vertragspartner muss den Vertrag beschließen und zeichnen:** Für Abschluss und für Änderungen des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages ist die Gesellschafter-Versammlung der GmbH zuständig (Sie müssen jederzeit das Protokoll der entsprechenden Beschlussfassung vorlegen können – führen Sie unbedingt ein Protokollbuch).
- **Der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag muss dem sog. Drittvergleich standhalten:** Alle Vertragsklauseln müssen so ausgelegt sein, wie es zwischen Dritten üblich ist. Unübliche Bevorzugungen (etwa bezüglich der Gehaltshöhe) führen regelmäßig zu Beanstandungen durch die Finanzbehörden.
- **Sie müssen Verträge mit sich selbst schließen dürfen – Sie müssen vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit sein:** Sie sind Gesellschafter (Arbeitgeber) und Geschäftsführer (Arbeitnehmer) in einer Person. Wenn Sie einen Anstellungsvertrag für die GmbH unterzeichnen und zugleich als Angestellter unterschreiben, schließen Sie einen Vertrag mit sich selbst. Das ist nur zulässig, wenn Sie dazu ermächtigt sind. **Dies muss im Gesellschaftsvertrag der GmbH vereinbart und im Handelsregister eingetragen sein** (Befreiung von § 181 BGB).

Kommt es trotz aller vertraglichen Vorkehrungen zu Beanstandungen durch das Finanzamt, müssen Sie Ihr Recht gerichtlich durchsetzen. Für derartige Streitigkeiten können Sie sich über die sog. Steuerschutz-Versicherung absichern. Diese gewährt und erstattet Rechtsschutz für alle Steuerstreitigkeiten, die für die GmbH aber auch für den Gesellschafter-Geschäftsführer entstehen. Zum Beispiel: Gerling Konzern, <http://www.gerling.de> Jahresprämie gestaffelt; für GmbH bis 3 Mitarbeiter: 420 DM, bis 6 Mitarbeiter: 550 DM, bis 10 Mitarbeiter 690 DM usw.

4. So sichern Sie Ihre Stellung als Fremd-Geschäftsführer

Als Geschäftsführer **ohne Beteiligung an der GmbH** haben Sie nur begrenzte Möglichkeiten zur Ausgestaltung Ihres Anstellungsverhältnisses. In der Regel werden **die vertraglichen Modalitäten vor der Bestellung in Absprache mit Ihrem neuen Arbeitgeber festgelegt**. Das erhöht die Rechtssicherheit für alle Beteiligten. Oft hilft im Zweifel bereits ein Blick in den Anstellungsvertrag und die Rechtslage ist klar, ohne dass erst kostspielig ein Anwalt hinzugezogen werden muss.

Für die Praxis: Als Fremd-Geschäftsführer ohne eigene Beteiligung haben Sie nur einen begrenzten Verhandlungsspielraum bei der Gestaltung der Vertragsmodalitäten. Dennoch: Lassen

Sie sich den vollständigen Wortlaut des Entwurfes vorlegen. Lesen Sie den Vertrag unbedingt vollständig durch. Besprechen Sie Vertragsklauseln, die Sie nicht beurteilen können, mit einem Rechtsberater oder prüfen Sie die Klauseln anhand unserer kommentierten Musterformulierungen. Erarbeiten Sie ein Vertragsprotokoll, bestehend aus: Vertragsinhalt, Ihren Anmerkungen und Ihrem Gegenvorschlag. Besprechen Sie dieses Protokoll mit dem Vertragspartner Punkt für Punkt bevor Sie unterschreiben.

Es ist hilfreich und erleichtert den Abstimmungsprozess mit Ihrem künftigen Arbeitgeber, wenn Sie für die von Ihnen nicht akzeptierten Vertragsklauseln konkrete **Alternativ-Formulierungen** vorschlagen. Damit zwingen Sie sich selbst zu einer Konkretisierung der von Ihnen angestrebten Vertragsinhalte. Außerdem tragen Sie so dazu bei, dass ein für beide Seiten akzeptabler Vertrag schneller zustande kommt.

Rechtsschutz: In der wirtschaftlichen Krise kommt es zwischen den Gesellschaftern und dem/den Fremd-Geschäftsführer/n sehr oft zu Spannungen und Konflikten, die schlussendlich gerichtlich entschieden werden. Für Geschäftsführer gibt es eine spezielle Rechtsschutzversicherung für Rechtsstreitigkeiten, die sich auf den Geschäftsführer-Anstellungsvertrag beziehen. Das betrifft alle im Vertrag vereinbarten geldwerten Ansprüche, aber auch sonstige Ansprüche, die Ihnen aus Ihrem Anstellungsverhältnis zustehen, auch wenn diese nicht ausdrücklich Vertragsbestandteil sind – z.B. eine Einigung auf der Grundlage einer – im Vertrag nicht vorgesehenen - Abfindungszahlung. Alle großen deutschen Versicherer (Zum Beispiel: Gerling Konzern, <http://www.gerling.de>, oder: Allianz-Versicherungs AG, <http://www.allianz.de>) bieten entsprechende Versicherungen an. Der Abschluss einer solchen Versicherung ist zu empfehlen, wenn Sie als Geschäftsführer in einer besonders dynamischen Branche (IT, Internet) tätig werden oder wenn bekannt ist, dass Ihr Vorgänger vorzeitig gekündigt wurde oder ein gerichtliches Verfahren mit ihm anhängig ist.

5. Geschäftsführer in der GmbH & Co. KG

In der GmbH & Co. KG kann der Geschäftsführer den Anstellungsvertrag mit der **Komplementär-GmbH** oder der **Kommanditgesellschaft (KG)** abschließen. Für die GmbH sind die GmbH-Gesellschafter Vertragspartner des Geschäftsführers, für die KG die Gesellschafterversammlung der Kommanditgesellschaft.

Auch der in der KG angestellte Geschäftsführer gilt **nicht** als Arbeitnehmer. Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, der zugleich Kommanditist ist, gilt steuerlich als Mitunternehmer (§ 15 EStG). Damit ist das Geschäftsführer-Gehalt keine Betriebsausgabe und zwar weder bei der GmbH noch bei der KG.

Wissen	Mitunternehmer
Einkünfte eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft (auch: GmbH & Co. KG) stammen steuerrechtlich aus einer Beteiligung als Mitunternehmer. Die Gewinnanteile werden steuerrechtlich als Einkünfte aus Gewerbebetrieb behandelt.	

Für die Praxis: Übt die Komplementär-GmbH neben der Geschäftsführung für die KG noch eine andere Geschäftstätigkeit aus, ist das dafür anteilig gezahlte Geschäftsführer-Gehalt als Betriebsausgabe anzuerkennen. Prüfen Sie, inwieweit Sie über die Komplementär-GmbH ande-

re z. B. vermögensverwaltende Tätigkeiten ausüben, um steuerliche Vorteile der Vermögensverwaltung in einer GmbH zu nutzen – etwa den steuerfreien Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften.

6. Geschäftsführer in einer Konzern Tochtergesellschaft

Im Konzern bestellt die **Geschäftsführung der Ober-Gesellschaft** den Geschäftsführer der Unter-Gesellschaft. Diese ist auch zuständig für den **Abschluss und Änderungen des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages**. Zu unterscheiden sind:

- Ein Mitarbeiter der Ober-Gesellschaft übt **zusätzlich** die Tätigkeit eines Geschäftsführers in einer Unter-Gesellschaft aus. Dabei bleibt der **bisherige Arbeitsvertrag** mit allen Rechten und Pflichten bestehen.
- Ein Mitarbeiter der Ober-Gesellschaft wird **ausschließlich** für die Unter-Gesellschaft als Geschäftsführer tätig und schließt einen neuen Anstellungsvertrag.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG)¹ hat hierzu abschließend klargestellt, dass mit Abschluss eines schriftlichen Geschäftsführer-Anstellungsvertrages ein vorausgehend bestehendes Arbeitsverhältnis endet. Soll dieses Arbeitsverhältnis nach Beendigung des Geschäftsführer-Amtes weiter bestehen, dann muss das ausdrücklich vereinbart werden.

Für die Praxis: Besteht die Gefahr, dass der Mitarbeiter nur zum Geschäftsführer berufen wird, um ihn anschließend einfacher kündigen zu können, ist darauf zu achten, dass die Wiedereinstellungsoption als Bestandteil im schriftlichen Geschäftsführer-Anstellungsvertrages aufgenommen wird. Diese Option sollte aber auch für alle anderen Aufsteiger so vereinbart werden.

7. So „lesen“ Sie Ihren Anstellungsvertrag juristisch

7.1 ordnungsgemäße Bestellung, Präambel

Vor den einzeln zu klärenden Vertragsinhalten werden allgemeine Feststellungen zum zukünftigen Anstellungsverhältnis angesprochen. Mit der Feststellung der ordnungsgemäßen Bestellung zur Geschäftsführung sichert Ihnen die GmbH rechtsverbindlich zu, dass alle rechtlichen Voraussetzungen für Ihre zukünftige Geschäftsführer-Tätigkeit ordnungsgemäß erledigt wurden. Beispiel: Haben die Gesellschafter falsche Angaben zur Bestellung (Vertretungsberechtigung, fehlender oder nicht ordnungsgemäßer Gesellschafterbeschluss) gegenüber dem Handelsregister gemacht, dann gilt dies als vorsätzliche Täuschung mit entsprechenden Auswirkungen im Haftungsfall.

Formulierung: *Die Gesellschaft ist eingetragen in das Handelsregister beim Amtsgericht <ORT> unter HR B Nr. <NUMMER>. Der Geschäftsführer ist in der Gesellschafterversammlung vom <DATUM> ordnungsgemäß bestellt und am <DATUM> als Geschäftsführer in das Handelsregister eingetragen worden.*

7.2 Sie werden aus einem mit der GmbH bestehenden Anstellungs-/Arbeitsverhältnis zum Geschäftsführer berufen

War der Geschäftsführer bereits in der GmbH an anderer Stelle als Arbeitnehmer tätig, wird in

¹ BAG, Beschluss vom 3.2.2009, 5 AZB 100/08

der Präambel geregelt, was aus diesem Rechtsverhältnis wird.

Für die GmbH vorteilhaft: *Der bisherige Anstellungsvertrag wird mit Abschluss dieses Vertrages einvernehmlich aufgehoben.*

Für Sie als Geschäftsführer vorteilhaft: *Der bisherige Anstellungsvertrag wird von diesem Vertrag nicht berührt.*

7.3 Vertretungsberechtigung des Geschäftsführers

Ist nur **ein** Geschäftsführer bestellt, so vertritt dieser die GmbH regelmäßig alleine im Außenverhältnis, also gegenüber Gläubigern, Kunden, Ämtern und Behörden gerichtlich und außegerichtlich (§ 35 Abs. 1 GmbHG).

Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, müssen diese zusammen handeln – sie handeln in **Gesamtvertretung** (§ 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG), sofern nicht bestimmt wurde, dass eine Erklärung und Zeichnung durch sämtliche Geschäftsführer nicht erforderlich ist. Das betrifft alle Erklärungen der GmbH nach außen bzw. an Dritte (Aktivvertretung). Umgekehrt genügt die Erklärung eines Dritten (Geschäftspartner, Gericht) **an einen** Geschäftsführer, um Willenserklärungen gegenüber einer GmbH wirksam auszusprechen (Passivvertretung).

Im Gesellschaftsvertrag können davon abweichende Regelungen vereinbart werden. Das ist sinnvoll, um die Handlungsfähigkeit der GmbH zu erhöhen bzw. schnelles Reagieren zu ermöglichen. Üblich und in der Praxis hilfreich sind:

- Bei drei Geschäftsführern müssen jeweils zwei gemeinsam zeichnen/handeln
- Bei zwei und mehr Geschäftsführern kann jeweils einer zusammen mit einem Prokuristen handeln (unechte Gesamtvertretung)
- Möglich ist auch: Ein Geschäftsführer hat Einzelvertretungsbefugnis, die anderen vertreten jeweils zu zweit

Unzulässig ist, die Vertretungsbefugnis des einzigen Geschäftsführers durch Gesellschaftsvertrag oder Weisungen einzuschränken. Nur im **Innenverhältnis** wirken weitergehende Beschränkungen der Vertretungsmacht, etwa im Hinblick auf bestimmte Rechtsgeschäfte (Miet- und Pachtverträge) oder betragsmäßige Beschränkungen (bis 50.000 €). Im **Außenverhältnis** gelten solche Geschäfte als wirksam. Die GmbH kann daraus resultierende **Schadensersatzforderungen** gegen den Geschäftsführer geltend machen, der interne Beschränkungen verletzt.

Für die Praxis: Prüfen Sie vor Abschluss des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages, welche Art der Vertretungsbefugnis im Gesellschaftsvertrag besteht und welche Regelung im Anstellungsvertrag vorgesehen ist. Sind im Innenverhältnis Einschränkungen zu beachten, müssen Sie sich daran genau halten, selbst wenn einzelne Gesellschafter anders lautende Anweisungen geben. Nur wenn die Weisung auf der Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses ergeht, können Sie handeln, ohne befürchten zu müssen, dass Sie zur Haftung herangezogen werden.

Die **Änderung der Vertretungsbefugnis** ist eine Änderung des Gesellschaftsvertrages und mit der dafür erforderlichen Mehrheit (einfache Mehrheit). Enthält der Gesellschaftsvertrag eine Ermächtigung, wonach ein Gesellschafter dem oder den Geschäftsführer(n) Alleinvertretungsbefugnis erteilen kann, ist keine Änderung des Gesellschaftsvertrages erforderlich. Eine Änderung der Vertretung muss im **Handelsregister** bekannt gemacht werden. Die Vertretungsbe-

fugnis **kann nicht durch den/die Gesellschafter per Vollmacht auf Dritte übertragen werden.**

Für die Praxis: Ist die Vertretungsbefugnis Bestandteil des Anstellungsvertrages, ist eine Änderung der Vertretungsbefugnis nur als Änderungskündigung – also nur mit Ihrer Zustimmung - durchsetzbar. Überzeugen Sie die Gesellschafter davon, dass Sie es aus Gründen der Rechtssicherheit für wichtig halten, die Vertretungsbefugnis in den Anstellungsvertrag aufzunehmen. Im Konfliktfall haben Sie damit die rechtlich besseren Karten - bei einer Kündigung/-androhung und beim Verhandeln um eine höhere Abfindung

7.4 Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB)

Als Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH sind Sie **Arbeitgeber und angestellter Geschäftsführer** zugleich. Sie schließen also – sofern kein zweiter Geschäftsführer diese Verträge gegenzeichnen kann- auch Verträge mit sich selbst, sei es den Anstellungsvertrag oder bei Gesellschafter-Darlehen Darlehensverträge usw. Das ist aber nach dem Gesetz nicht zulässig (sog. **Verbot des Selbstkontrahierens**, § 181 BGB).

Wissen	Mitunternehmer
Nach § 181 BGB dürfen Personen mit sich selbst keine Verträge abschließen. Ist dies dennoch der Fall, muss diese ausdrücklich gestattet werden – man spricht von der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens.	

Da die Rechtsform GmbH mit aktiv am Geschäftsleben beteiligten Gesellschaftern ohne solche Verträge nicht möglich ist, müssen Sie diese Bestimmung **ausdrücklich außer Kraft setzen**. Sie müssen sich vom Verbot des Selbstkontrahierens befreien. Dies ist zwar nur eine juristische **Formsache**, aber höchst wichtig. Versäumen Sie dies, sind die Verträge, die Sie mit sich selbst geschlossen haben, unwirksam. Das ist Grund für das Finanzamt, Ihren Anstellungsvertrag als unwirksam zu behandeln, weil Ihre Gehaltszahlungen z. B. dann ohne schriftliche, vertragliche Grundlage ausgezahlt würden. Folge ist, dass das Finanzamt Ihr Gehalt als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt und darauf Gewerbesteuer fällig wird.

Die Gesellschafterversammlung kann per Beschluss eine Befreiung von diesem Verbot aussprechen. Dies kann bereits im Gesellschaftsvertrag oder für den Einzelfall festgelegt werden. Die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens ist gegenüber dem **Handelsregister** anzumelden und zu veröffentlichen (BGH Beschluss vom 18.02.1982, GmbHR 1983, 269).

Für die Praxis: Als (Allein)-Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH muss der Gesellschaftsvertrag die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens enthalten. Ist dies nicht der Fall, sollten Sie sofort einen Anwalt einschalten. Dieser prüft, ob der Verfasser des Gesellschaftsvertrages (Anwalt, Notar) wegen fehlerhafter Rechtsberatung, Rechtsmittelbelehrung in Anspruch genommen werden kann bzw. wie eine nachträgliche Heilung des vertraglichen Mangels herbeigeführt werden kann.

Auch der Gesellschafter-Geschäftsführer der **Einpersonen-GmbH** unterliegt dem Verbot des Selbstkontrahierens. Er kann (und sollte) sich davon befreien (Entschluss per Niederschrift) und die Befreiung im Handelsregister eintragen.

Formulierung: „Hiermit befreie ich mich als Gesellschafter und Geschäftsführer der __ GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB“. Datum, Unterschrift, Dokumentation im Protokollbuch, Meldung an das Handelsregister.

7.5 Aufgaben des Geschäftsführers

Als Geschäftsführer der GmbH übernehmen Sie die Aufgabe, die GmbH nach außen zu vertreten und die operativen und strategischen Ziele, die sich aus dem Geschäftszweck herleiten, in praktische Geschäftstätigkeit umzusetzen. Diese Aufgabe ist eine **Gestaltungsaufgabe**, die Sie eigenverantwortlich - auch ohne Weisungen durch die Gesellschafter - durchzuführen haben.

Diese Aufgabe des Geschäftsführers ist **nicht** gesetzlich ausdrücklich formuliert. Sie ergibt sich aus der **Verantwortlichkeit des Geschäftsführers und seiner Stellung in der GmbH**. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, die Geschäfte nach Maßgabe der Gesetze, des Gesellschaftsvertrages, eventuell bestehender Geschäftsordnungen und nach den Weisungen der Gesellschafter auszuüben.

In der Praxis kann auf die **Konkretisierung der Aufgabenstellung des Geschäftsführers im Anstellungsvertrag verzichtet werden**. Aus seiner allgemeinen Verantwortung als Geschäftsführer und der Treuepflicht gegenüber der GmbH ergibt sich nämlich bereits, dass eine fahrlässige oder vorsätzliche Vernachlässigung der Erfüllung seiner Aufgaben – auch wenn diese nicht explizit im Anstellungsvertrag genannt und beschrieben werden – Kündigungsgrund sind.

Dem Geschäftsführer können jederzeit neue Aufgaben als **Weisungen** erteilt werden. Dazu notwendig ist ein Gesellschafterbeschluss.

Von den allgemeinen Gestaltungsaufgaben des Geschäftsführers zu unterscheiden sind solche Geschäfte, die der Geschäftsführer nur mit **ausdrücklicher Zustimmung der Gesellschafter** ausführen darf (Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte). Dieser Katalog wird sinnvollerweise im Rahmen des **individuellen Anstellungsvertrages** festgelegt. Das ist vorteilhafter als eine Festlegung der zustimmungspflichtigen Geschäfte im Gesellschaftsvertrag, weil der kompetenzbeschränkende Katalog nicht im Handelsregister von jedermann eingesehen werden kann, und nicht jede Änderung des Kataloges zu einer aufwendigen Änderung des Gesellschaftsvertrages führt.

In der Praxis ist es üblich, Geschäfte, **die im Verhältnis zum Gesamtvolumen der GmbH einen bestimmten Betrag überschreiten** (Grundstückserwerb und -veräußerung, Arbeitsverträge mit leitenden Angestellten), von der Zustimmung der Gesellschafter abhängig zu machen. Das betrifft auch Geschäfte, die **nicht unmittelbar zum Geschäftsgegenstand** der GmbH gehören, die aber eine wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung darstellen können (siehe -> **Muster-Anstellungsvertrag** mit zahlreichen Beispielformulierungen). Der Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte kann auch als Inhalt der Geschäftsordnung festgelegt werden.

Für die Praxis: Wird für Sie als Fremd-Geschäftsführer der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte von den Gesellschaftern über Nacht erweitert und damit stillschweigend Ihre Kompetenz beschnitten, dann können Sie sich wehren. In dieser Änderung liegt ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung des Anstellungsvertrages (OLG Frankfurt Urteil vom 17.12.1992, Az: 26 U 54/92), wenn damit in den Kernbereich Ihrer Befugnisse eingegriffen wird. U. U. entsteht ein Schadensersatzanspruch, den Sie mit einer Abfindung kompensieren können.

Schließen Sie für die GmbH ein zustimmungsbedürftiges Geschäft **ohne die Zustimmung der Gesellschafter** (Beschluss der Gesellschafterversammlung, keine Einzelweisung), handeln Sie pflichtwidrig und machen Sie sich Schadensersatzpflichtig gegenüber der GmbH und dem Gläubiger.

Für die Praxis: Möchten Sie zum Wohle der GmbH unbedingt ein eigentlich zustimmungsbedürftiges Geschäft abschließen, gelingt es Ihnen aber nicht in der vorhandenen Zeit, die Zu-

stimmung der Gesellschafter einzuholen, empfiehlt es sich, zumindest die Mehrheitsgesellschafter über das Geschäft zu informieren und sich vorab deren Zusage geben zu lassen. Protokollieren Sie diesen Vorgang (Aufzeichnungen, Zeugen). Im Zweifel sollten Sie das Geschäft nicht abschließen.

7.6 Anspruch auf Entlastung des Geschäftsführers

Die Gesellschafterversammlung kann Ihnen als Geschäftsführer Entlastung erteilen (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Damit billigt die Gesellschafterversammlung Ihre Geschäftsführung des abgelaufenen Geschäftsjahres und spricht Ihnen ihr Vertrauen für die zukünftige Zusammenarbeit aus. Mit der Entlastung **verzichten die Gesellschafter auf Schadensersatzansprüche gegen Sie**, sofern die Anspruchsvoraussetzungen **bekannt** oder **erkennbar** waren und Sie die hierzu notwendigen Informationen und Unterlagen zur Verfügung gestellt haben.

Ein rechtlicher Anspruch des Geschäftsführers auf Entlastung besteht nicht. Aus diesem Grund sollte der (Fremd-) Geschäftsführer darauf bestehen, dass im Anstellungsvertrag ein Anspruch des Geschäftsführers auf Entlastung vereinbart wird.

Formulierung: „Die Gesellschaft ist verpflichtet, durch die Gesellschafterversammlung jährlich, spätestens zum Zeitpunkt der Feststellung des Jahresabschlusses, einen Beschluss über eine Entlastung des Geschäftsführers für die vorangegangene Tätigkeit zu fassen“.

7.7 Wettbewerbsverbot / Nebentätigkeit

Der GmbH-Geschäftsführer unterliegt – auch ohne ausdrückliche Vereinbarung – einem **generellen Wettbewerbsverbot**. Dies ergibt sich aus der Verpflichtung, seine ganze Arbeitskraft der GmbH zu widmen und aus der allgemeinen Treuepflicht gegenüber der GmbH (BGH Urteil vom 9.11.1997, BGHZ 49). Auch der Mehrheitsgesellschafter unterliegt einem Wettbewerbsverbot, nicht jedoch der alleinige Gesellschafter-Geschäftsführer der Einpersonen-GmbH. Verstöße gegen das Wettbewerbsverbot sind grundsätzlich schadensersatzpflichtig.

Die Verletzung des Wettbewerbsverbotes berechtigt **zur fristlosen Kündigung des Geschäftsführers aus wichtigem Grund**. Unternimmt die Gesellschaft bei Verletzung des Wettbewerbsverbotes durch den Geschäftsführer nichts, so nehmen diese den damit verbundenen wirtschaftlichen Nachteil hin. Für den Fremd-Geschäftsführer hat dies somit keine rechtlichen und steuerlichen Folgen. Anders für den Gesellschafter-Geschäftsführer: Duldet die GmbH eine wettbewerbliche Tätigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers auf eigene Rechnung, so führt dies zur Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung mit entsprechenden Steuerfolgen.

Für den Gesellschafter-Geschäftsführer muss im Gesellschaftsvertrag die Befreiung vom Wettbewerbsverbot vereinbart sein oder eine Öffnungsklausel vereinbart werden, wonach die Gesellschafter jederzeit per Gesellschafter-Beschluss eine Befreiung vom Wettbewerbsverbot aussprechen können.

Bei Formulierung des Wettbewerbsverbotes im Anstellungsvertrag ist aus Fremd-Geschäftsführer-Sicht zu beachten:

- Ist der Geschäftsführer bereits vor seiner Anstellung „wettbewerlich“ tätig? Dies sollte unbedingt in den Anstellungsvertrag aufgenommen und genehmigt werden (Beispiel: private Grundstücksgeschäfte, Fonds- und Aktiengeschäfte).
- Betreut der Geschäftsführer bereits seit Jahren eigene Stammkunden, dann sollte er dies anzeigen und sich die Genehmigung für diese Tätigkeit einholen (z. B. unternehmensberatende Tätigkeit).

Von wettbewerblichen Tätigkeiten zu unterscheiden sind **Nebentätigkeiten**. Das sind Tätigkeiten des Geschäftsführers, die dessen Arbeitszeit beanspruchen, aber außerhalb des Geschäftsgegenstandes der GmbH liegen. Solange diese die Haupt-Tätigkeit des Geschäftsführers nicht beeinträchtigen, sind solche Tätigkeiten **grundsätzlich erlaubt**.

Rechtlich schwerer zu beurteilen sind **private Aktivitäten, die im Widerspruch zum Ansehen der GmbH stehen**, etwa Aktivitäten in politischen Parteien oder Verbänden. Sinnvoll ist es, mit Abschluss des Anstellungsvertrages auf solche Aktivitäten – auch ungefragt – hinzuweisen. Aus Sicht der GmbH empfiehlt es sich, sich über Nebentätigkeiten mit gesellschaftlichen Institutionen und Organisationen informieren zu lassen und diese genehmigungspflichtig zu machen. Zum Schutze des Geschäftsführers sollte dann zusätzlich vereinbart werden, dass die **Genehmigung nur aus wichtigem Grund versagt werden kann**.

7.8 Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Mit Beendigung der Tätigkeit des Geschäftsführers endet grundsätzlich auch das Wettbewerbsverbot. Die GmbH kann jedoch – bereits bei Abschluss des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages – vereinbaren, dass der Geschäftsführer einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot unterliegen soll.

Achtung: Da der GmbH-Geschäftsführer kein Handlungsgehilfe im Sinne des § 56 ff. HGB ist, gelten für ihn nicht die Bestimmungen über das nachvertragliche Wettbewerbsverbot aus § 74 ff. HGB, insbesondere § 74 Abs. 2 HGB wonach ein Wettbewerbsverbot nur wirksam vereinbart werden kann, wenn dafür eine Ausgleichszahlung (Karenzentschädigung) gewährt wird. Konkret: Für den GmbH-Geschäftsführer ist das Wettbewerbsverbot auch dann verbindlich und wirksam, wenn die GmbH dafür nicht zahlt (BGH Urteil vom 26.03.1984, Az: II ZR 229/83).

Unwirksam ist ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot allerdings dann, wenn es sittenwidrig ist. Das ist der Fall, wenn der Geschäftsführer durch das Wettbewerbsverbot dermaßen in der Ausübung einer beruflichen Betätigung gehindert ist, dass dies einem **Berufsverbot** nahe kommt. Hinweise dazu sind:

- das Wettbewerbsverbot ist regional unbegrenzt wirksam,
- das Wettbewerbsverbot bezieht sich auf eine ganze Branche,
- das Wettbewerbsverbot bezieht sich auf Betätigungen, die nicht Haupt-Betätigung oder nicht Haupt-Betätigung der GmbH sind,
- die zeitliche Dauer des Wettbewerbsverbotes ist nicht hinzunehmen (mehr als 2 Jahre).

Beispiel: Das nachvertragliche Verbot jeglicher Konkurrenzfähigkeit in einem Anstellungsvertrag mit einem Geschäftsführer verstößt auch bei einer zeitlichen Befristung gegen Art. 12 GG, § 138 Abs. 1 BGB, weil an einer so weitgehenden Bindung kein schutzwürdiges Interesse der GmbH besteht (OLG Düsseldorf Urteil vom 3.12.1998, Az: 6 U 151/98). Die GmbH hatte versucht, ihre Rechtsposition darauf zu stützen, dass für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot eine **zeitliche Begrenzung** von lediglich 2 Jahren vorgesehen war. Das Gericht geht aber zu Recht davon aus, dass es darauf nicht ankommt. Entscheidend ist die Reichweite des Wettbewerbsverbotes insgesamt. Bleibt dem **Geschäftsführer keine Möglichkeit, im Rahmen der von ihm ausgeübten beruflichen Qualifikation (sachlich, räumlich, zeitlich) tätig zu werden, handelt es sich um eine unzulässige Beschränkung seiner Berufs- und Betätigungsfreiheit**. Ein solches Wettbewerbsverbot ist unwirksam.

Da die GmbH nach Ausscheiden des Geschäftsführers in aller Regel ein eigenes wirtschaftliches Interesse daran hat, dass dieser für eine gewisse Zeit **nicht** wettbewerbsfähig tätig wird, **ist in der Praxis der Anspruch auf Karenzzahlungen üblich und leicht durchzusetzen**. Diese können zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer in der Höhe frei vereinbart werden, in der Praxis orientiert man sich an den Bestimmungen des § 74 HGB. Danach wird als **Vergütung die Hälfte der zuletzt vertragsmäßig bezogenen Leistungen** vereinbart – in der Regel ist dies das zuletzt bezogene Brutto-Jahresgehalt (Festgehalt + Urlaubs- und Weihnachtsgeld, nicht aber: Sonderzuwendungen, Tantieme, Sachzuwendungen).

Für die Praxis: Lassen Sie die Ihnen angebotene Vereinbarung über ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot unbedingt von einem sachverständigen Berater (Rechtsanwalt) prüfen. Hier steckt der Teufel im Detail. Zum Beispiel: „Die Vergütung für jedes Jahr des Wettbewerbsverbotes beträgt jeweils die Hälfte der im Vorjahr bezogenen Leistungen“ Konkret: Im zweiten Jahr des Wettbewerbsverbotes haben Sie nur noch Anspruch auf die Hälfte der Hälfte der Zahlungen“. Also: Besser zweimal prüfen!

7.9 Verzicht auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot

Um das persönliche Risiko des angestellten Geschäftsführers ohne eigene Beteiligung an der GmbH einigermaßen zu begrenzen, ist es üblich, ein **nachvertragliches Wettbewerbsverbot gegen eine angemessene Karenzentschädigung** zu vereinbaren. Zu beachten ist: Eine GmbH, die mit ihrem Geschäftsführer ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart hat, **kann auch noch nach Beendigung des Dienstverhältnisses auf das Wettbewerbsverbot verzichten, wobei auch die Verpflichtung der Gesellschaft zur Zahlung einer Karenzentschädigung entfällt** (OLG Düsseldorf Urteil vom 22.8.1996; Az: 6 U 150/95). Einem derartigen nachträglichen Verzicht steht § 75a HGB nicht entgegen, da diese Vorschrift auf das Verhältnis einer GmbH zu ihrem Geschäftsführer ohne besondere vertragliche Vereinbarung nicht analog anwendbar ist.

Es kommt also auf die exakte Formulierung der Wettbewerbsvereinbarung an, wenn der Geschäftsführer sicherstellen will, dass er für die vereinbarte Zeit nach seinem Ausscheiden tatsächlich Karenzzahlungen erhält. Notwendig ist ein expliziter Hinweis darauf, dass die Vorschriften des § 75 ff. HGB analog für den Geschäftsführer gelten sollen. Hier eine entsprechende (ausführliche)

Beschlussformulierung: Der Geschäftsführer verpflichtet sich, für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Anstellungsvertrages nicht in Wettbewerb zur Gesellschaft zu treten, sei es durch entgeltliche oder unentgeltliche Tätigkeit oder durch Errichtung oder Erwerb eines derartigen Unternehmens oder durch mittelbare und unmittelbare Beteiligung an einem derartigen Unternehmen, es sei denn im Rahmen des an der Börse notierten Aktienhandels der privaten Vermögensvorsorge. Das Wettbewerbsverbot erstreckt sich auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Für die Dauer des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes verpflichtet sich die Gesellschaft, dem Geschäftsführer eine Entschädigung in Höhe von 50 % der zuletzt durchschnittlich bezogenen monatlichen Vergütung zu zahlen, wobei die Entschädigung zum Ende eines Kalendermonates fällig wird. Auf diese Entschädigung sind Einkünfte anzurechnen, welche der Geschäftsführer während der Dauer des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes aus jeder Erwerbstätigkeit erzielt oder zu erzielen unterlässt. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, auf Verlangen der Gesellschaft entsprechende Auskunft über die Höhe seiner Einkünfte zu erteilen. **Es gelten die Bestimmungen der §§ 74 ff. HGB.** In jedem Fall der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsverbot hat der Geschäftsführer eine Vertragsstrafe in Höhe von 1/12 des Jahres-Grundgehaltes zu zahlen. Zugleich entfällt für den entsprechenden Monat des Verstoßes

die Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung durch die Gesellschaft. Bei Dauerverstößen ist die Vertragsstrafe für jeden angefangenen Monat neu verwirkt. Etwaige weitergehende Schadensersatzansprüche der Gesellschaft bleiben unberührt, wie auch der Anspruch auf Unterlassung.

Umgekehrt bedeutet dies aus Sicht der GmbH: Will sich die Gesellschaft die Möglichkeit offen halten, jederzeit von einem vereinbarten Wettbewerbsverbot zurückzutreten, muss anstelle der Vereinbarungen zu § 75a wie folgt formuliert werden:

Musterformulierung: „Die Gesellschaft kann jederzeit mit Wirkung zum Ende eines Kalendermonats auf die Einhaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Geschäftsführer verzichten“.

Aber auch ohne ausdrücklichen Hinweis auf die Möglichkeit des Rücktrittes ist davon auszugehen, dass die GmbH jederzeit von der Einhaltung des Wettbewerbsverbotes und damit der Zahlung einer Karenzentschädigung zurücktreten kann. Für die GmbH also u. U. ein lohnenswertes Modell.

7.10 Beendigung des Vertrages / Kündigung

Der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag kann von vorne herein befristet werden. Die Befristung kann dabei

- über einen bestimmten Zeitraum (5 Jahre) oder
- bis zu einem bestimmten Lebensalter (65. Lebensjahr) ausgesprochen werden.

Für den auf einen Zeitraum begrenzten Anstellungsvertrag wird in der Regel eine **Anschlussoption** vereinbart, wonach sich der Anstellungsvertrag um weitere 2, 3 oder 5 Jahre oder unbefristet zu den gleichen Bedingungen verlängert, sofern keine der Vertragsparteien das Anstellungsverhältnis beendet.

Besteht ein unbefristetes Anstellungsverhältnis mit einem **Fremd-Geschäftsführers** und soll dieses mit Erreichen des **65. Lebensjahres** beendet werden, ist zu beachten, dass der Anstellungsvertrag auf diesen Zeitpunkt mit **ordentlicher** oder **außerordentlicher Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes** beendet werden kann. Eine Befristung des Vertrages auf das 65. Lebensjahr ist nur möglich, wenn dieser drei Jahre vor Erreichen der Altersgrenze abgeschlossen wird oder innerhalb dieser Frist bestätigt (Verlängerungsoption) wurde.

Für die Praxis: Für den Geschäftsführer hat der Abschluss eines befristeten Vertrages den Vorteil, dass er nach Ablauf neu über die Vertragskonditionen (Gehalt) verhandeln kann, sofern nicht ohnehin eine Anpassungsklausel vereinbart ist.

Die Beendigung des Anstellungsvertrages kann aber auch an ein bestimmtes Ereignis gekoppelt werden:

- Verlust einer Qualifikation
- Strafverfahren
- Geschäftsunfähigkeit
- längere Krankheit
- Verlust der Gesellschafterstellung
- nicht rechtzeitige Erstellung und Vorlage des Jahresabschlusses

Für die Praxis: Wenn die Gesellschafter sicherstellen wollen, dass der/die Geschäftsführer seinen Buchführungs- und Bilanzierungsverpflichtungen unbedingt nachkommt, ist es zulässig zu vereinbaren, dass bei nicht fristgerechter Erstellung und Vorlage des Jahresabschlusses der Anstellungsvertrag automatisch beendet wird.

Tritt eine der Beschränkungen ein, verliert der Geschäftsführer automatisch sein Geschäftsführer-Amt und der Anstellungsvertrag ist gekündigt.

Ordentliche Kündigung: Die ordentliche Kündigung wird durch Beschluss der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit (sofern keine andere Mehrheit vereinbart!) ausgesprochen. Der betroffene Geschäftsführer behält dabei sein Stimmrecht, solange es sich nicht um eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund handelt. Die Kündigungsfrist richtet sich nach den Bestimmungen des Anstellungsvertrages. Sind hier keine Fristen genannt gelten die gesetzlichen Kündigungsfristen, das sind vier Wochen zum 15. eines Monats oder zum Monatsende (§ 622 Abs. 1 BGB). Bei einer Beschäftigungsdauer von zwei Jahren beträgt die Frist einen Monat zum Monatsende, bei einer Beschäftigungsdauer von fünf Jahren beträgt sie zwei Monate zum Monatsende. In der Staffelung von 8, 10, 12, 15 und 20 Jahre erhöht sich die Kündigungsfrist um jeweils einen Monat (§ 622 Abs. 2 BGB).

Beispiel: bei 15jähriger Beschäftigung beträgt die Kündigungsfrist 6 Monate zum Monatsende.

Außerordentliche Kündigung: Die außerordentliche Kündigung ist immer fristlos. Sie ist nur wirksam, wenn ein wichtiger Grund vorhanden ist. Dieser kann sich aus den Voraussetzungen im Anstellungsvertrag ergeben oder aus faktischen Verhältnissen (grob fahrlässige Pflichtverstöße). Die Kündigung wird von der Gesellschafterversammlung beschlossen. Der betroffene Geschäftsführer hat kein Stimmrecht.

Wichtige Gründe können nicht Gründe sein, die den Gesellschaftern **bei der Bestellung des Geschäftsführers schon bekannt waren**. Die Kenntnis eines Mit-Gesellschafters über einen kündigungsrelevanten Sachverhalt reicht dazu allerdings nicht aus. Die Abberufung des Geschäftsführers alleine **ist kein wichtiger Grund**, der eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt.

Für die Praxis Erfüllt der Geschäftsführer bereits die Voraussetzungen, die laut Anstellungsvertrag einen wichtigen Grund zur Kündigung darstellen (wettbewerbliche Tätigkeit im Rahmen eines bestimmten Projektes, Nebentätigkeiten), dann sollte er alle Gesellschafter frühzeitig von diesem Sachverhalt unterrichten (nachweislich mit Protokollnotiz). Schließen die Gesellschafter den Anstellungsvertrag dann dennoch ab, können Sie sich auf diesen Grund zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung nicht mehr berufen.

Wichtige Gründe für eine Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages **aus Sicht der Gesellschafter** sind:

- Verdacht auf betrügerisches Verhalten im Geschäftsverkehr
- Ausnutzung geschäftlicher Möglichkeiten für private Interessen
- Wirtschaftliche Krise der Unternehmens
- Betriebsstilllegung
- Annahme von Schmiergeldern
- Handeln ohne vorgeschriebene Zustimmung der Gesellschafter
- Unberechtigte Amtsniederlegung

Wichtige Gründe für eine Kündigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages **aus Sicht des Geschäftsführers** sind:

- unberechtigte Vorwürfe durch Mit-Geschäftsführer, die eine Amtsausübung unzumutbar machen
- Gesetzeswidrige Weisungen der Gesellschafter
- Widerruf der Bestellung
- Einschränkung wesentlicher Kompetenzen

Die Kündigung aus wichtigem Grund muss **spätestens innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis des Kündigungsgrundes** ausgesprochen werden (§ 626 Abs. 2 BGB). Jede neue Tatsache, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt, setzt die Zwei-Wochen-Frist wieder in Gang. Die Frist beginnt mit **Kenntnis der Gesellschafterversammlung** von den Kündigungsgründen. Der einzelne Gesellschafter hat sein Wissen über mögliche Kündigungsgründe den übrigen Gesellschaftern **unverzüglich** mitzuteilen.

7.11 Ausscheiden aus der GmbH als wichtiger Grund zur Kündigung

Vorsicht bei folgender Vereinbarung im Geschäftsführer-Anstellungsvertrag: *„Der Anstellungsvertrag ist jederzeit aus wichtigem Grund fristlos kündbar. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn ... der Geschäftsführer aus der GmbH ausscheidet“*. Dazu ist zu beachten:

- Diese Klausel wird normalerweise für den Gesellschafter-Geschäftsführer verwendet. Damit ist gemeint: Scheidet der Geschäftsführer als Gesellschafter der GmbH aus (also: Veräußerung des GmbH-Anteils), so ist dies ein Grund für eine fristlose Abberufung als Geschäftsführer. Das kann und darf so vereinbart werden.
- Wird diese Klausel für den Fremd-Geschäftsführer verwendet, ist sie wirkungslos. Denn: Der Fremd-Geschäftsführer verfügt ohnehin über keine Beteiligung. Wird er als Geschäftsführer aus seinem Amt abberufen, so liegt darin kein „Ausscheiden aus der GmbH“. Fazit: Es liegt damit auch kein Grund für eine fristlose Kündigung vor. Es muss also eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden - mit entsprechenden Fristen bzw. Abfindungsangeboten.

Der Gesellschafter-Geschäftsführer muss sich bei Vereinbarung dieser Klausel darüber im Klaren sein, dass er bei Abgabe (Verkauf, Schenkung, Vererbung) seines Anteils fristlos gekündigt werden kann.

7.12 Pflicht zur Übernahme sachbearbeitender Tätigkeiten nach Übernahme der GmbH in einen Konzernverbund

Mit der Zahl der Unternehmensübernahmen steigen die Rechtsstreitigkeiten zwischen dem amtierenden Geschäftsführer und den neuen Gesellschaftern. Da meist ein neues Management angestrebt wird, einigt man sich mit dem bisherigen Geschäftsführer in aller Regel über einen Aufhebungsvertrag, mit einer entsprechenden Abfindungsregelung und ggf. einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot. Nach neuester Rechtsprechung (OLG Nürnberg Urteil vom 9.6.1999, Az:12 U 4408/98) dürfen im neu entstandenen Konzern dem nicht mehr ausgelasteten Geschäftsführer neben einer reduzierten Geschäftsführer-Tätigkeit zusätzlich auch sach-

bearbeitende Tätigkeiten zugewiesen werden, womit eine Aufhebungsvertrag bzw. eine Kündigung überflüssig wird.

Eine hartnäckige Weigerung, solche Tätigkeiten auszuführen, rechtfertigt nach diesem Urteil eine außerordentliche Kündigung des bestehenden Geschäftsführer-Anstellungsvertrages. Unbedingt zu beachten ist: Sind Sie betroffener Geschäftsführer, sollten Sie von Ihrem Anwalt prüfen lassen, bis zu welchem Grad Sie sachbearbeitende Tätigkeiten übernehmen müssen – auf jeden Fall müssen Ihnen typische GF-Tätigkeiten verbleiben. Wir empfehlen, sachbearbeitende Tätigkeiten zu übernehmen und zur Zufriedenheit zu erledigen.

Kaufen Sie selbst eine GmbH mit amtierendem Geschäftsführer, so ist zu prüfen, ob Sie statt einer teuren Lösung per Aufhebungsvertrag den Geschäftsführer im (Teil-) Amt lassen und ihn zusätzlich sachbearbeitend tätig werden zu lassen.

7.12 Vergütung, Gehalt des Geschäftsführers

Im Anstellungsvertrag wird die Vergütung des Geschäftsführers bestimmt. Diese setzt sich zusammen aus

- dem Jahresfestgehalt (monatliches Gehalt) und
- den erfolgsabhängigen Bezügen.

Daneben erhält der Geschäftsführer in der Regel zahlreiche Sonderleistungen, die im Anstellungsvertrag einzeln aufgeführt und genau beschrieben werden. Lesen Sie ausführlich in den Beiträgen -> **Geschäftsführer-Gehalt** und -> **Tantieme**.

7.13 Pensionszusage

Als Bestandteil des Anstellungsvertrages oder als eigenständiges Dokument, auf das im Anstellungsvertrag verwiesen wird, kann zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer eine Pensionszusage rechtlich wirksam vereinbart werden. Der Geschäftsführer erhält so nach seinem Ausscheiden Anspruch auf Altersruhegeld und Erwerbs- bzw. Berufsunfähigkeitsrente, im Todesfall Anspruch auf Witwen- und Waisenversorgung.

Zur steuerrechtlichen Anerkennung der Pensionszusage sind zahlreiche Voraussetzungen zu beachten, lesen Sie dazu ausführlich im Beitrag -> **Pensionszusage**.

7.14 Gehaltsfortzahlung

Der Geschäftsführer ist kein Arbeitnehmer, für ihn gilt also der gesetzliche Anspruch auf Gehaltsfortzahlung nicht. Dennoch kann man in Anlehnung an § 616 BGB davon ausgehen, dass auch dem Geschäftsführer eine **6wöchige Gehaltsfortzahlung** zusteht, wenn er ohne sein Verschulden an der Ausübung seiner Dienstleistung gehindert ist. In der Praxis üblich und für den Gesellschafter-Geschäftsführer steuerlich anerkannt ist eine Gehaltsfortzahlung des ganzen Gehaltes für die Dauer von **6 Monaten**, bis zu längstens einem Jahr. Hier sind die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

Im Todesfall kann für die Hinterbliebenen vereinbart werden, dass noch für **drei Monate** das volle Gehalt weiter gezahlt wird.

Anspruch auf Tantieme im Krankheitsfall: Für den Tantieme-Anspruch des GmbH-Geschäftsführers im Krankheitsfalle ist zu prüfen: Die einem leitenden Angestellten zugesagte Beteiligung am Jahresgewinn des von ihm geführten Betriebes ist eine Erfolgsvergütung. Nach §§ 275 Abs. 1 BGB erlischt dieser Anspruch, wenn der Angestellte während des gesamten Ge-

schäftsjahres arbeitsunfähig erkrankt ist und keine Entgeltfortzahlung beanspruchen kann (BAG Urteil vom 8.9.1998, Az: 9 AZR 273/97).

Dies gilt sinngemäß auch für den angestellten GmbH-Geschäftsführer. Für den Gesellschafter-Geschäftsführer ist eine steuerlich unübliche Vereinbarung anzunehmen, wenn eine Entgeltfortzahlung länger als ein halbes Jahr, maximal für ein Jahr gewährt wird. Insofern ist auch davon auszugehen, dass nach einjähriger Krankheit eine Tantieme-Anspruch für den Fremd-Geschäftsführer nicht mehr besteht bzw. eine darüber hinausgehende Zahlung an den Gesellschafter-Geschäftsführer als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt wird.

Gehaltsfortzahlung und Unfallversicherung: Das Verletztengeld eines freiwillig unfallversicherten GmbH-Geschäftsführers ruht, soweit er das Geschäftsführerentgelt weiter bezieht. So die laufende Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu den Ansprüchen des Gesellschafter-Geschäftsführers im Falle einer unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit. Was ist für vergleichbare Fälle zu beachten?

Die Unfallversicherung kam im oben zitierten Fall nach Prüfung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages zu der Einschätzung, **dass keine Gehaltsfortzahlung für den Krankheitsfall vereinbart war**. Dies ist auch - laut SGB - die Voraussetzung dafür, dass ein Anspruch auf Verletztengeld gewährt wird. Auf Mitteilung des Steuerberaters des Geschäftsführers erfuhr die Unfallversicherung jedoch, dass dennoch gleichzeitig Gehalt überwiesen wurde. Daraufhin forderte die Unfallversicherung die gezahlten Beträge unter Hinweis auf § 569 Abs. 1 RVO (alt) zurück.

Das betrifft insbesondere **freiwillig unfallversicherte Gesellschafter-Geschäftsführer von GmbH**. Hierbei ist zu beachten:

- Steht Ihnen laut Anstellungsvertrag eine Gehaltsfortzahlung für unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit zu, entsteht **kein** Anspruch auf Verletztengeld. Es empfiehlt sich also, die Gehaltsfortzahlung auf nicht-unfallbedingte Krankheiten zu beschränken. (Formulierung: „*Unfallbedingte Ausfallzeiten gelten nicht als Krankheit für einen Anspruch auf eine Gehaltsfortzahlung*“)
- Ist generell keine Gehaltsfortzahlung vereinbart, gibt es nur Probleme, wenn Sie trotzdem das Gehalt weiter zahlen. Ansonsten zahlt die Unfallversicherung, sofern Sie freiwillig versichert sind.

7.15 Urlaub / Urlaubsgeld / Weihnachtsgeld

Der Geschäftsführer ist nicht Arbeitnehmer, für ihn gilt das Bundesurlaubsgesetz nicht. Ohne vertragliche Regelung hat der Geschäftsführer lediglich einen Anspruch auf **angemessene Erholung**. Da dies in der Praxis regelmäßig zu Unklarheiten führt, empfiehlt es sich, den Urlaubsanspruch vertraglich zu regeln. Das umfasst:

- die Anzahl der Urlaubstage
- die Verpflichtung zur Abstimmung mit betrieblichen Belangen
- eine Abgeltungsregelung für den Fall der betriebsbedingten Verhinderung des Urlaubsantritts
- der Anspruch auf Urlaubsgeld
- Fälligkeit des Urlaubsgelds

Festzulegen ist, ob bei der Zählung der Urlaubstage von der fünf- oder der Sechs-Tage-Woche auszugehen ist. Aus Sicht des Geschäftsführers ist – wie für Arbeitnehmer – die **Fünf-Tage-Woche** zugrunde zu legen. Dies sollte im Anstellungsvertrag allerdings ausdrücklich festgehalten sein.

Für die Praxis: Ist im Anstellungsvertrag nicht ausdrücklich der Bezug zur Fünf-Tage-Woche hergestellt, müssen Sie davon ausgehen, dass für den Geschäftsführer (auch: Fremd-Geschäftsführer) die Sechs-Tage-Woche angerechnet wird. Das bedeutet: Bei einem Urlaubsanspruch von 30 Tagen haben Sie statt 6 Wochen Urlaub tatsächlich nur 5 Wochen Urlaub.

Ebenso besteht kein gesetzlicher Anspruch auf **Weihnachtsgeldzahlungen**. Diesen müssen Sie der Höhe und der Fälligkeit nach ausdrücklich vereinbaren. In der Praxis ist davon auszugehen, dass die Vereinbarungen eines Jahres-Festgehales ein Weihnachtsgeld enthält. Hier zusätzlich zu verhandeln ist nicht üblich. Der Gesellschafter-Geschäftsführer, der sein Gehalt in Form von **festen Monatsbeträgen** vereinbart hat, sollte aber von der Möglichkeit einer Weihnachtsgeldzahlung Gebrauch machen. Die – arbeitnehmerorientierten – Finanzamts-Sachbearbeiter werden in der Regel bei entsprechender Vereinbarung im Anstellungsvertrag, diese Zahlung als Betriebsausgaben anzuerkennen.

7.16 Dienstwagen / Reisekosten / Spesen

In der Regel erhält der Geschäftsführer **auf GmbH-Kosten** einen Dienstwagen, der auch für Privatfahrten genutzt werden kann. Je nach Umsatz und Ertragsstärke des Unternehmens besteht Anspruch auf ein adäquates und repräsentatives Fahrzeug. Der Gesellschafter-Geschäftsführer muss beachten, dass das Fahrzeug vom Finanzamt auf seine Angemessenheit überprüft wird.

Beispiel: Wer als Geschäftsführer eines GmbH mit knapp 500.000 € Umsatz einen Firmen-Porsche fahren will, stellt schnell fest, dass das Finanzamt auch für den Firmen-Pkw steuerliche Angemessenheitsgrenzen anwendet – in diesem Fall ist der Porsche Privatvergnügen.

Als Anhaltspunkt für die Angemessenheit gilt: Durchschnittliche **Anschaffungskosten ca. 40.000 €**, **Hubraum zwischen 2500 und 3500 ccm**. Nach einer Studie Der BBE-Unternehmensberatung, Köln, aus 2002 sind das die Spitzenreiter: Von hundert Geschäftsführern fahren E-Klasse 18,5%, 5er BMW 15,8%, S-Klasse 10,7%, 7er BMW 9,6%, A6 9,2%, sonstige: 36,2%. Wichtig: Achten Sie darauf, dass eine Überlassung des Firmen-Pkw an Familienangehörige (etwa im Anstellungsvertrag oder in der Nutzungsvereinbarung) ausgeschlossen ist! Dies ist auf jeden Fall steuerschädlich.

Die Besteuerung der privaten Fahrten erfolgt nach **Fahrtenbuch** oder der **1%-Methode**. Die für Sie steuerlich günstigste Möglichkeit sollten Sie von Ihrem Steuerberater genau für den Einzelfall ermitteln lassen, da hierzu:

- gefahrene Kilometer,
- Umfang der Privatnutzung,
- Aufwand zur Führung des Fahrtenbuches,
- Entfernung Arbeitsstätte/Wohnung,
- Art des Fahrzeuges,
- weitere Verwendung und
- individuelle Gewohnheiten

berücksichtigt werden müssen. Eine Überlassung des Kfz nur für dienstliche Fahrten (also lohnsteuerfrei), wird derzeit steuerlich nur anerkannt, wenn im Haushalt des Geschäftsführers ein adäquater Zweitwagen zur Verfügung steht. Laut FG Köln (Az: 12 K 4477/98) wird der Firmenwagen vom Gesellschafter-Geschäftsführer grundsätzlich immer dann auch privat genutzt, wenn dieser keinen Privat-Pkw besitzt, selbst dann, wenn er einen privaten Nutzungsverzicht unterschrieben hat. Für die Praxis: Existiert ein adäquater Ehegatten-Pkw, dürfte diese Rechtsauffassung leicht zu widerlegen sein.

Auch im Falle einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sollte der entsprechenden FA-Veranlagung (Nachversteuerung nach der 1%-Methode) widersprochen werden und ggf. Klage eingereicht werden (Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz).

Selbst wenn kein Privat-Pkw existiert, ist zu prüfen, ob gerichtliches Vorgehen gegen diese Art pauschaler Versteuerung im Einzelfall erfolgversprechend ist (Nachweis der Nutzung des Öffentlichen Nahverkehrs, Vorlage von Bahn- und Flug-Tickets usw.).

Reisekosten/Spesen: Reisekosten, Spesen und sonstige im Zusammenhang mit Dienstreisen stehende Kosten für den GmbH-Geschäftsführer sind von der GmbH zu tragen. Dies sollte auch so im Anstellungsvertrag vereinbart sein. Nicht notwendig ist es, ausführliche Vorschriften für die Aufzeichnung und Abwicklung zu erlassen. Dies ergibt sich bereits aus den steuerlichen Richtlinien zur Behandlung von Reisekosten und Spesen.

Die Übernahme der Geschäftsführer-Reisekosten durch die GmbH ist auch ohne explizite Vereinbarung steuerlich wirksam. Reisekosten wie Fahrtkosten, Verpflegungsmehraufwendungen, Übernachtungskosten und Nebenkosten sind Aufwendungen, die bei betrieblich veranlassten Reisen typischerweise anfallen und vom Arbeitgeber übernommen werden. Das gilt auch für den GmbH-Geschäftsführer, so dass eine klare, im Voraus getroffene schriftliche Vereinbarung dazu nicht erforderlich ist (FG Niedersachsen mit Urteil vom 29.6.1999, Az: VI 110/97).

Für Spesen, die der Geschäftsführer trägt und die im Rahmen dessen liegen, was das Finanzamt als üblich und angemessen anerkennt, ist ein Erstattungsanspruch des Geschäftsführers gegenüber der GmbH im Anstellungsvertrag zu vereinbaren.

7.17 Sonstige Leistungen der GmbH

Avalprovision: Übernimmt der Geschäftsführer Bürgschaften für die GmbH, steht ihm dafür eine Vergütung in Form einer sog. Avalprovision in Höhe von ca. 4% der Bürgschaft zu.

Direkt-/Riester-Versicherung: Die GmbH schließt für ihren Geschäftsführer eine steuerbegünstigte Direktversicherung ab. Dabei wird unmittelbar mit einer Versicherung ein Vertrag abgeschlossen, dessen Bezugsberechtigter der Geschäftsführer bzw. seine Angehörigen sind. Die Versicherung kann beliehen werden. Die Beiträge sind pauschal mit 15% + 1,05 KSt = 16,05% zu versteuern, sofern die Beitragszahlung 3.000 DM pro Arbeitnehmer nicht überschreitet. Der Anspruch auf Abschluss der Direktversicherung zugunsten des Geschäftsführers ist unbedingt im Anstellungsvertrag schriftlich zu vereinbaren. Die Direktversicherung kann anstelle einer Pensionszusage oder zusätzlich zu einer Pensionszusage zur Altersvorsorge abgeschlossen werden. Auch wenn beide Formen gewährt werden, sind diese steuerlich anzuerkennen, solange die steuerrechtlichen Voraussetzungen gewahrt sind und die Gesamtbezüge des Gesellschafter-Geschäftsführers nicht unangemessen hoch sind.

Firmenkreditkarte: Auch für GmbH-Geschäftsführer ist es eine deutliche Erleichterung, wenn Zahlungen per Karte angewiesen werden können – mit der sog. Firmenkreditkarte. Stellt Ihre GmbH Ihnen eine Firmenkreditkarte aus, deren Umsätze ein Firmenkonto belasten, ist zu be-

achten: Werden damit auch private Einkäufe getätigt, so liegt darin ein sog. Sachbezug, der in voller Höhe der Lohnsteuer unterliegt. Ausnahme: Soweit die Überlassung einer Kreditkarte für private Zwecke zu einem Sachbezug führt, kann der geldwerte Vorteil für einen Steuerabzug außer Ansatz bleiben, wenn er – ggf. zusammen mit anderen geldwerten Vorteilen – im Rahmen der monatlichen Freigrenze von 44 EUR (§ 8 Abs. 2 Satz 9 EStG) bleibt. Übernimmt die GmbH die Gebühr für eine Kreditkarte, deren Umsätze über Ihr Privatkonto abgewickelt werden, handelt es sich um eine lohnsteuerpflichtige Barzuwendung. Wird die Karte von Ihnen zur Abrechnung der Reisekosten und von Auslagen für den Betrieb eingesetzt, ist die Übernahme der Gebühr nach § 3 Nr. 16 EStG steuerfrei. Aber: Achten Sie als Geschäftsführer darauf, dass Firmenkreditkarten nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz vergeben und eingesetzt werden – also alle Geschäftsführer mit Karte ausgestattet werden

Gesundheit: In größeren Unternehmen ist es üblich, dass sich Geschäftsführer jährlich einem Gesundheits-Check unterziehen. Die GmbH verpflichtet sich dann, die Kosten zu übernehmen, sofern diese nicht von der Krankenkasse erstattet werden. Nur ausnahmsweise kann die GmbH Zuschüsse zu einer Kur übernehmen oder diese ganz bezahlen. Hierzu muss ein hohes betriebliches Interesse an der Wiederherstellung der Leistungskraft des Gesellschafter-Geschäftsführers bestehen. Das kann der Fall sein, wenn der Junior noch nicht eingearbeitet ist, und der Senior der einzige Unternehmer ist, der die GmbH lenken kann.

Mutterschutz: Der Geschäftsführerin steht ein Anspruch nach dem Mutterschutzgesetz und Elterngeld nicht zu. Sollen diese Bestimmungen gelten, dann muss dies ausdrücklich im Anstellungsvertrag vereinbart werden.

Sonntags- und Feiertagsarbeit: Um in den Genuss der steuerfreien Zuschläge für Sonn- und Feiertagsarbeit zu kommen, war es bis vor einigen Jahren – insbesondere in handwerksnahen Branchen üblich – Vereinbarungen im Geschäftsführer-Anstellungsvertrag zu treffen, wonach der Geschäftsführer Anspruch auf steuerfreie Zuschläge hat. Voraussetzung: Es liegen Aufzeichnungen über die Arbeitszeiten und -einsätze vor. Mit Urteil vom 19.3.1997, Az: I R 75/96 hat der Bundesfinanzhof klargestellt, dass der Geschäftsführer grundsätzlich keinen Anspruch auf steuerfreie Zuschläge hat. Vielmehr hat er seine gesamte Arbeitskraft der GmbH zur Verfügung zu stellen, die mit der Gehaltsvereinbarung abgegolten ist.

Telefonkostenerstattung: Richtet der Geschäftsführer in seiner Privatwohnung einen (zusätzlichen) Telefonanschluss (ISDN) ein, über den ausschließlich geschäftliche Gespräche geführt werden, dann sind die Telefonkosten Betriebsausgaben. Die Telefongebühren (Nachweis: Liste der Einzelverbindungen) und die anteiligen Anschluss- und Grundgebühren werden von der GmbH erstattet. Das Mobiltelefon sollte grundsätzlich von der GmbH gestellt werden, auch die Kosten der Freisprechanlage sollten in voller Höhe von der GmbH getragen werden.

Überstundenvereinbarung: Um in den Genuss der steuerfreien Zuschläge für Überstunden zu kommen, war es bis vor einigen Jahren – insbesondere in handwerksnahen Branchen üblich – Vereinbarungen im Geschäftsführer-Anstellungsvertrag zu treffen, wonach der Geschäftsführer Anspruch auf steuerfreie Zuschläge hat. Voraussetzung: Es liegen Aufzeichnungen über die Arbeitszeiten und -einsätze vor. Mit Urteil vom 19.3.1997, Az: I R 75/96 hat der Bundesfinanzhof klargestellt, dass der Geschäftsführer grundsätzlich keinen Anspruch auf steuerfreie Zuschläge hat. Vielmehr hat er seine gesamte Arbeitskraft der GmbH zur Verfügung zu stellen, die mit der Gehaltsvereinbarung abgegolten ist.

Unfallversicherung: Beiträge der GmbH zur Unfallversicherung sind grundsätzlich Betriebsausgaben, auch die für den Gesellschafter-Geschäftsführer. Ein Anspruch auf diese Leis-

tungen entsteht für den Geschäftsführer aber nur, wenn dies im Anstellungsvertrag so vereinbart ist.

Sonstige Versicherungen: Die GmbH kann für ihren Geschäftsführer Versicherungen abschließen und die Beitragszahlungen als Betriebsausgaben abziehen, wenn diese im betrieblichen Interesse liegen. Dazu gehören auch die Versicherungen, die im betrieblichen Interesse für den Geschäftsführer abgeschlossen werden. Das sind:

- Vermögensschaden
- Rechtsschutzversicherungen
- Strafrechtsschutzversicherung

Der Geschäftsführer hat einen rechtsverbindlichen Anspruch auf Abschluss dieser Versicherungen nur, wenn sich die GmbH im Anstellungsvertrag zum Abschluss verpflichtet.

Zuschuss zur Sozialversicherung: Der Arbeitgeberzuschuss zur Sozialversicherung des versicherungspflichtigen Geschäftsführers (Fremd-Geschäftsführer, Minderheits-Geschäftsführer) ist steuerfrei (§ 3 Nr. 62 EStG). Ist der Fremd-Geschäftsführer freiwillig krankenversichert und zahlt ihm die GmbH einen Zuschuss, so sind die Beträge bis zur Hälfte der Gesamtaufwendungen und bis zur Höhe des anteiligen Arbeitgeberzuschuss steuerfrei. Dies muss im Anstellungsvertrag vereinbart werden, damit das Finanzamt diese Zahlungen steuerlich anerkennt.

7.16 Anspruch auf Abfindungen

Für den GmbH-Geschäftsführer gilt nicht das Kündigungsschutzgesetz, entsprechend hat er bei einer Kündigung keinen Anspruch auf Zahlung einer Abfindung. Abfindungen müssen gesondert vereinbart werden. In der Praxis sind **zwei Fälle** zu unterscheiden:

- Der **Fremd-Geschäftsführer:** Hier dürfte es nicht ganz einfach sein, eine Abfindungsvereinbarung durchzusetzen. Für die GmbH besteht eigentlich **kein Anlass**, für den Fall des Ausscheidens eine „Prämie“ zu zahlen, da mit der ordentlichen bzw. außerordentlichen Kündigung der **Anstellungsvertrag endet** und mit ihm auch alle Ansprüche auf zusätzliche Leistungen, mit Ausnahme eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes enden.
- Für den **Gesellschafter-Geschäftsführer:** Auf Grund der oben dargestellten Rechtslage dürfte auch eine Abfindungsvereinbarung für den Gesellschafter-Geschäftsführer eher **unüblich** sein. Entsprechende Zahlungsvereinbarungen sind danach **als verdeckte Gewinnausschüttungen** zu beurteilen und demnach keine echten Abfindungszahlungen (da ja der eigene Gewinnanspruch geschmälert wird).

In der Praxis üblich sind Abfindungsvereinbarungen, wenn der **ehemalige, langjährige Angestellte zum Geschäftsführer berufen wird** und bei der Aufhebung des ursprünglichen Anstellungsvertrages auf bereits erworbene Arbeitnehmerrechte verzichtet. Im Gegenzug wird diesem dann zur persönlichen Absicherung eine Abfindung angeboten. Diese beträgt in der Regel **1/12 des Jahresgehaltes für jedes Tätigkeitsjahr**. Abfindungen können auf Antrag durch die sog. Fünftel-Regelung günstiger besteuert werden. Danach wird die Einkommensteuer zunächst ohne den übersteigenden Wert ermittelt. Anschließend wird dem Einkommen ein Fünftel des übersteigenden Werts hinzugerechnet und die sich daraus ergebende Steuer ermittelt. Die Differenz zwischen den beiden Steuerbeträgen wird mit fünf multipliziert und der Steuer ohne den übersteigenden Wert hinzugerechnet. Das mildert die Progression, wirkt sich aber bei Jahreseinkommen über 60.000 € nicht mehr aus.

Für den Fall der Abberufung aus wichtigem Grund darf keine Abfindungszahlung vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung ist nicht wirksam (BGH Urteil vom 3.7.2000, Az: II ZR 282/98). Sie können sich also nicht darauf verlassen, dass Sie bei einer Abberufung aus wichtigem Grund eine gewisse finanzielle Sicherheit haben – die GmbH braucht nicht zu zahlen. Sinnvoller ist es hier, gerichtlich prüfen zu lassen, ob tatsächlich ein wichtiger Grund für eine Abberufung vorgelegen hat und sich dann außergerichtlich auf eine Abfindungszahlung zu einigen.

In vielen Geschäftsführer-Anstellungsverträgen ist zum ordnungsgemäßen bzw. altersbedingten Ausscheiden eine **einmalige Abfindungszahlung** vereinbart. Diese Zahlungen unterliegen der vollen Besteuerung.

8. Änderungen des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages

Zuständig für den Abschluss und Änderungen des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages ist in der Regel die **Gesellschafterversammlung** (§ 46 Abs. 5 GmbHG). Der Gesellschaftsvertrag kann diese Aufgabe einem anderen Organ übertragen (Beirat).

Dies gilt für den Fremd-Geschäftsführer und den Gesellschafter-Geschäftsführer. Vertragsänderungen werden nur wirksam, wenn in der Einpersonen-GmbH der **protokollierte Entschluss** des Allein-Gesellschafters bzw. in der Mehrpersonen-GmbH ein **wirksamer Beschluss der Gesellschafter** über Inhalt und Termin der Vertragsänderung vorliegt.

Vertragliche Änderungen können nur im **gegenseitigen Einverständnis** erreicht werden. Eine einseitige Änderung (Änderungskündigung) ist nicht wirksam und kann für den Geschäftsführer Grund zur außerordentlichen (fristlosen) Kündigung des Anstellungsvertrages sein.

Häufigste Änderungen des Anstellungsvertrages des (Gesellschafter-) Geschäftsführers einer GmbH betreffen das Gehalt, etwa in Form von Gehaltserhöhungen, aber auch – bei dauerhaft schlechter Ertragslage – Gehaltsreduzierungen (Lesen Sie dazu im Beitrag -> **Geschäftsführer-Gehalt**).

9. Was tun, wenn Sie keinen Anstellungsvertrag haben?

Einer der Gesellschafter wird zum Geschäftsführer bestellt. Ein Geschäftsführer-Anstellungsvertrag wird **nicht** abgeschlossen. Welche Rechte und Pflichten hat der Geschäftsführer ohne Anstellungsvertrag?

Ganz grundsätzlich kann man davon ausgehen, dass mit der Bestellung ein Anstellungsvertrag zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer zustande gekommen ist. Nur: Es darf darüber gestritten werden, **welche Inhalte bei dieser stillschweigenden oder mündlichen Vereinbarung gelten.** Für den Gesellschafter-Geschäftsführer ohne schriftlichen Anstellungsvertrag gilt: Nur wenn geringe Beträge fließen und ordnungsgemäß Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge gezahlt werden, gelten die Zahlungen als Arbeitslohn. Höhere Beträge werden als Gewinnausschüttungen behandelt und damit zusätzlich der Gewerbesteuer unterworfen. Bleibt dieser vertragslose Zustand einige Jahre erhalten, können sich empfindliche Steuernachzahlungen ergeben.

Achtung: Aussichten auf steuerliche Anerkennung des **mündlich geschlossenen Anstellungsvertrages** haben Sie nur, wenn Sie ein moderates Gehalt beziehen, dieses ordnungsgemäß, regelmäßig (wichtig!) und in gleich bleibender Höhe über die Lohnabrechnung abwickeln.

Einmalüberweisungen oder ähnliche Besonderheiten werden sofort moniert (BFH mit nicht veröffentlichtem Beschluss vom 13.3.97, Az: I B 124/96). Der Gesellschafter-Geschäftsführer ohne schriftlichen Anstellungsvertrag bekommt früher oder später Ärger mit dem Finanzamt.

Einstellen müssen Sie sich aber auch auf andere Nachteile, die sich daraus ergeben, weil keine klaren Vereinbarungen zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer vorliegen. Beispiele:

- **Kündigungsfrist:** Ist nichts vereinbart, gelten die gesetzlichen Fristen. Konkret: Der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag kann innerhalb von 4 Wochen zum 15. des Monats bzw. zum Monatsende gekündigt werden. Auch wenn keine Gründe vorliegen.
- **Nachvertragliches Wettbewerbsverbot:** Liegt keine schriftliche Vereinbarung vor, wirken die Vereinbarungen **aus dem Gesellschaftsvertrag**. Ist dort z.B. geregelt, dass der Gesellschafter keine Betätigungen im Gegenstand der GmbH ausüben darf, so wirkt dies natürlich auch auf seine Möglichkeiten, nach seiner Abberufung als Geschäftsführer in einer anderen GmbH als Arbeitnehmer tätig zu werden. Zusätzlicher Nachteil: Für diese Enthaltbarkeit (Karenz) hat er als Geschäftsführer keinen Anspruch auf eine Entschädigung.
- **Gehalt:** In der Praxis wird dem Geschäftsführer ein Gehalt zugebilligt. Dies wird dann entweder telefonisch oder per kurzer Aktennotiz festgehalten. Nur: Ansprüche auf eine regelmäßige Überprüfung der Gehaltshöhe oder sonstige Zusatzleistungen hat der Geschäftsführer nicht.

Die Reihe der Nachteile ließe sich verlängern. Als betroffener Geschäftsführer sollten Sie davon ausgehen, dass nur Sie alleine den vertraglosen Zustand beenden können.

Der Abschluss des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages ist Sache der Gesellschafterversammlung. **Absprachen mit einem einzelnen Gesellschafter sind rechtlich gesehen unerheblich.** Gehen Sie in die Offensive: Bereiten Sie Ihren Anstellungsvertrag vor. Berücksichtigen Sie, dass die Mit-Gesellschafter in aller Regel eine gewisse - auch inhaltliche - Mitsprache nehmen wollen, also nicht nur unterschreiben wollen. Bieten Sie Verhandlungsspielraum an. Begründen Sie Ihre Forderungen, nicht zuletzt aus steuerrechtlichen Notwendigkeiten.

10. Vom AG-Vorstand zum GmbH-Geschäftsführer

Ist das **Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft nach deren Umwandlung in eine GmbH zum Geschäftsführer** bestellt und ist bis zu seiner Abberufung durchgehend nach dem seinerzeit mit der Aktiengesellschaft geschlossenen schriftlichen Anstellungsvertrag verfahren worden, so gelten dessen Regeln auch für das spätere Dienstverhältnis mit der GmbH (BGH Urteil vom 12.5.1997, Az: II ZR 50/96).

Diese **Fortgeltung** wurde bisher nur für Fälle angenommen, in denen ein Arbeitnehmer einer GmbH zu deren Geschäftsführer bestellt wurde, ohne dass sein bisheriges Arbeitsverhältnis ausdrücklich beendet wurde. Der BGH dehnt diesen Rechtsgedanken nun auch auf AG-Umwandlungsfälle aus, was für den neuen GmbH-Geschäftsführer z.B. dann vorteilhaft ist, wenn er sich als Ex-AG-Vorstand - wie hier - erfolgreich aus seinem Vertrag auf eine für ihn günstige (lange) Kündigungsfrist oder Abfindungsregelung berufen kann.

Für die Praxis: Sie brauchen also eine Verschlechterung der Vertragsbedingungen nicht hinzunehmen – solange kein neuer Vertrag geschlossen wird und Sie einer Aufhebung des AG-Vertrages nicht zustimmen, haben Sie Anspruch auf die dort vereinbarten Rechte.

11. Geschäftsführer im internationalen Konzern

Die zunehmende Internationalisierung und Verschachtelung von Unternehmen führt dazu, dass auch die rechtliche Stellung des Unternehmensleiters bzw. Geschäftsführers nicht ausschließlich deutscher Gerichtsbarkeit unterliegt.

Beispiel: Herr F. ist angestellter Geschäftsführer der X-GmbH & Co. KG, die Produkte der französischen Mutterfirma auf dem deutschen Markt vertreibt. Im Zuge von Umstrukturierungsmaßnahmen wird das Anstellungsverhältnis gekündigt. Herr F. erstrebt vor dem (deutschen) Arbeitsgericht eine Abfindung in Höhe von rund 50.000 €. Die X-GmbH & Co. KG zahlt nicht. Daraufhin stellt der betroffene, ehemalige Geschäftsführer Konkursantrag gegen die Firma X. Diese ist vor Einleitung des Rechtsstreits bereits liquidiert.

Anschließend versucht der Geschäftsführer seinen Abfindungsanspruch gegen die französische Muttergesellschaft geltend zu machen, unter Hinweis auf deren Haftung im Konzern. Vor dem Landgericht kann der Geschäftsführer seine Ansprüche noch durchsetzen. Das Oberlandesgericht nimmt die Revision der französischen Mutter wegen Nicht-Zuständigkeit eines deutschen Gerichtes nicht zur Verhandlung an. In der letzten Instanz vor dem Bundesgerichtshof (Beschluss vom 13.1.1997; Az: II ZR 304/95) werden die Ansprüche des Geschäftsführers dann abgelehnt, und zwar mit folgender Begründung (Leitsatz):

- Um Ansprüche aus einem Vertrag i. S. von EuGVÜ Art. 5 Nr. 1 handelt es sich **nicht**, wenn das Klagebegehren auf die Haftungsgrundsätze **im qualifiziert faktischen Konzern** gestützt wird.
- Hat zwar das abhängige, nicht jedoch das beherrschende Unternehmen seinen Sitz im Inland, sind die deutschen Gerichte zur Entscheidung eines auf diese Haftungsgrundlage gestützten Begehrens international **nicht zuständig**.

Für die Praxis: Dem Geschäftsführer der (inländischen) Tochtergesellschaft eines (ausländischen) internationalen Konzerns bleibt damit nichts anderes übrig, als die Zeichen der Zeit frühzeitig zu erkennen und sich nicht in falscher Sicherheit zu wagen, wenn er einen auf dem Papier vorteilhaften Vertrag unterschrieben hat.

Impressum: Der Geschäftsführer-Anstellungsvertrag – ist ein Produkt der VvF MedienConcepte GmbH, Freiburg HRB 5726, General von Holzing Str. 53, 79283 Bollschweil, Tel. 07633/9232386, Verantwortlich: Dipl. Volkswirt Lothar Volkelt e-mail: info@GmbH-GF.de Internet www.GmbH-GF.de.

Alle Informationen nach bestem Wissen aber ohne Gewähr. Nachdruck nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Verlages, Als pdf-Datei über eMail, Preis: 25,00 Euro inkl. MWSt.