

Rocco Jula **Der**  
**GmbH-**  
**Geschäftsführer**

Rechte und Pflichten

Anstellung

Vergütung und Versorgung

Haftung und Strafbarkeit

**4. Auflage**

 Springer

---

# Der GmbH-Geschäftsführer

---

Rocco Jula

# Der GmbH- Geschäftsführer

Rechte und Pflichten, Anstellung,  
Vergütung und Versorgung, Haftung  
und Strafbarkeit

4. Auflage

Rocco Jula  
Berlin  
Deutschland

ISBN 978-3-642-30925-0                      ISBN 978-3-642-30926-7 (eBook)  
DOI 10.1007/978-3-642-30926-7  
Springer Heidelberg NewYork Dordrecht London

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

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2006, 2007, 2009, 2012

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media ([www.springer.com](http://www.springer.com))

---

# Vorwort

Jeder Geschäftsführer wird mit einer Vielzahl von Pflichten konfrontiert. Als leitendem Manager stehen ihm aber auch zahlreiche Gestaltungsinstrumente zur Verfügung. Um seine Aufgaben ordnungsgemäß erfüllen und seine Handlungsspielräume effektiv nutzen zu können, ist für den Geschäftsführer die Kenntnis der rechtlichen Rahmenbedingungen unerlässlich. Die Risiken der zivilrechtlichen Haftung und der persönlichen Strafbarkeit können den Geschäftsführer existenzbedrohend treffen. Die Entwicklung tendiert zu einer Verschärfung der Haftung und Strafbarkeit. Deshalb ist der Geschäftsführer daran interessiert, seine haftungsrechtlichen Risiken zu erkennen und zu minimieren.

Der vorliegende Band stellt in seinem ersten Teil die wichtigsten Aufgaben des Geschäftsführers dar. Ausführlich informiert wird er über die rechtlichen Grundlagen und den Inhalt seiner einzelnen Rechte und Pflichten.

Der zweite Teil dieses Ratgebers betrifft den persönlichen Status des Geschäftsführers. Den Schwerpunkt bildet hierbei der Anstellungsvertrag. Die beim Abschluss und bei der Beendigung des Anstellungsvertrags auftretenden Rechtsfragen werden umfassend erörtert. Hierbei wird auch eine Beratungshilfe für die inhaltliche Gestaltung des Anstellungsvertrags gegeben. Der zweite Teil enthält zudem einen detaillierten Abschnitt zur Versorgung des Geschäftsführers mit entsprechendem Mustervertrag.

Im dritten Teil werden die haftungs- und strafrechtlichen Folgen für den GmbH-Geschäftsführer erörtert. Hierbei wird das Augenmerk insbesondere auch darauf gerichtet, inwieweit die haftungsrechtliche Verantwortung, z. B. durch Versicherungslösungen oder vertragliche Gestaltungen minimiert werden kann.

Dieses Handbuch wendet sich an GmbH-Geschäftsführer, Gesellschafter und ihre Berater.

Bitte bedenken Sie, dass sich Rechtsfragen nicht stets vorhersehbar lösen lassen; jeder Einzelfall muss gesondert gewürdigt werden, selbst gefestigte Rechtsprechung kann sich jederzeit ändern.

Auch die vierte Auflage enthält zahlreiche Fallbeispiele und berücksichtigt die neueste Rechtsprechung sowie die aktuelle Gesetzgebung.

Ihre kritischen Anregungen sind willkommen und werden dankbar aufgegriffen. Sie können diese über den Verlag oder auch direkt an meine Kanzlei richten (jula@jula-partner.de, Pestalozzistr. 66, 10627 Berlin).

Mai 2012  
Berlin

Dr. Rocco Jula

---

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Teil Der organschaftliche Status des GmbH-Geschäftsführers</b> . . . . .	1
A. Einleitung . . . . .	1
Der Geschäftsführer . . . . .	2
B. Persönliche Voraussetzungen . . . . .	3
I. Voraussetzungen des § 6 II GmbHG . . . . .	3
1. Geschäftsfähigkeit des Geschäftsführers . . . . .	4
2. Geisteskranke und Betreute . . . . .	4
3. Verurteilung wegen bestimmter Straftaten . . . . .	6
4. Verbot der Berufs- und Gewerbeausübung . . . . .	7
II. Rechtsfolgen . . . . .	9
III. Der ausländische Geschäftsführer . . . . .	11
C. Bestellung des Geschäftsführers . . . . .	12
I. Überblick . . . . .	12
II. Anordnungen im Gesellschaftsvertrag . . . . .	13
III. „Ordentliche“ Bestellung des Geschäftsführers . . . . .	15
1. Einführung . . . . .	15
2. Zuständigkeit . . . . .	15
a. Überblick . . . . .	15
b. Normalfall: Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung . . . . .	16
aa. Ordnungsgemäße Bestellung . . . . .	16
bb. Fehlerhafte Bestellung . . . . .	17
cc. Eintragung des Geschäftsführers . . . . .	19
IV. Bestellung eines Notgeschäftsführers . . . . .	19
D. Kernaufgabe: Leitung des Unternehmens . . . . .	22
I. Überblick . . . . .	22
II. Die Geschäftsführung . . . . .	24
1. Begriff . . . . .	24
2. Übergeordnete Geschäftsführungskompetenz	
der Gesellschafter . . . . .	26
a. Grundsatz . . . . .	26
b. Satzungsbestimmungen . . . . .	28
c. Gesellschafterbeschlüsse, insbesondere Weisungen . . . . .	28
d. Kompetenzen nach § 46 GmbHG . . . . .	30

e. Außergewöhnliche Geschäfte und Grundlagenentscheidungen . . . . .	31
f. Zustimmungskatalog im Anstellungsvertrag . . . . .	33
3. Gesamt- oder Einzelgeschäftsführungsbefugnis . . . . .	33
III. Die Vertretung der Gesellschaft . . . . .	35
1. Überblick . . . . .	35
2. Unbeschränkbarkeit und Unübertragbarkeit der Vertretungsmacht . . . . .	36
3. Grundsatz der Gesamtvertretung . . . . .	38
a. Bedeutung . . . . .	38
b. Wegfall eines Geschäftsführers . . . . .	40
4. Beteiligung von Prokuristen . . . . .	41
5. Grenzen der Vertretungsmacht . . . . .	42
a. Überblick . . . . .	42
b. Sonderproblem: Missbrauch der Vertretungsmacht . . . . .	43
c. Sonderproblem: Verbot des § 181 BGB . . . . .	47
aa. Überblick . . . . .	47
bb. Anwendungsbereich des § 181 BGB . . . . .	49
cc. Rechtsfolgen . . . . .	50
dd. Gestattung/Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens . . . . .	50
ee. Besonderheiten bei der Einpersonen-GmbH . . . . .	52
aaa. Voraussetzungen . . . . .	52
bbb. Befreiung und Genehmigung . . . . .	53
ccc. Speziell: Abschluss des Anstellungsvertrags . . . . .	54
ff. Steuerrechtliche Auswirkungen . . . . .	55
IV. Zurechnung . . . . .	56
1. Überblick . . . . .	56
2. Verhaltenszurechnung . . . . .	57
a. Voraussetzungen und Rechtsfolgen . . . . .	57
b. Einzelfragen . . . . .	59
aa. Gesamtvertretung . . . . .	59
bb. Organisationsverschulden . . . . .	60
cc. Verletzung vertraglicher Pflichten . . . . .	61
dd. Verletzung steuerrechtlicher Pflichten . . . . .	61
3. Wissenszurechnung . . . . .	63
a. Überblick . . . . .	63
b. Der Geschäftsführer als Wissensträger . . . . .	63
c. Verarbeitung von eingehenden Informationen . . . . .	64
d. Relevantes Wissen und aktives Auftreten der GmbH . . . . .	66
4. Irrtumzurechnung . . . . .	68
E. Gesellschaftsrechtliche Aufgaben und Pflichten . . . . .	69
I. Der Geschäftsführer als „Hüter des Kapitals“ . . . . .	69
1. System der Kapitalsicherung . . . . .	69
2. Grundsatz der Kapitalerhaltung . . . . .	71

3. Erwerb eigener Geschäftsanteile . . . . .	77
a. Einführung . . . . .	77
b. Verbot bei nicht voll eingezahlten Geschäftsanteilen . . . . .	77
c. Erwerb voll eingezahlter Anteile . . . . .	78
d. Rechtsfolgen eines wirksamen Erwerbs eigener Anteile. . . . .	79
e. Haftung des Geschäftsführers . . . . .	79
II. Organisatorische Aufgaben des Geschäftsführers . . . . .	80
1. Einberufung der Gesellschafterversammlung . . . . .	80
a. Anlass der Einberufung . . . . .	80
b. Zuständigkeit des Geschäftsführers. . . . .	82
c. Formalien der Einberufung . . . . .	82
aa. Inhalt der Einberufung . . . . .	83
bb. Einberufungsfrist . . . . .	84
cc. Folgen von Einberufungs- und Ladungsmängeln . . . . .	86
d. Durchführung der Gesellschafterversammlung. . . . .	87
e. Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren . . . . .	87
2. Informations- und Einsichtsrechte der Gesellschafter. . . . .	88
a. Allgemeines . . . . .	88
b. Voraussetzungen . . . . .	88
c. Verweigerung der Auskunft bzw. Einsicht. . . . .	89
3. Pflichten gegenüber dem Handelsregister . . . . .	91
4. Aufgaben beim Wechsel von Gesellschaftern . . . . .	95
a. Genehmigung der Anteilsübertragung. . . . .	95
b. Vollzug von Einziehungs- und Teilungsbeschlüssen . . . . .	97
c. „Registrierung“ der Gesellschafter . . . . .	98
5. Vertretung der Gesellschaft bei Streitigkeiten mit den Gesellschaftern . . . . .	99
III. Treuepflicht, insbesondere das Wettbewerbsverbot . . . . .	100
1. Allgemeines . . . . .	100
2. Wettbewerbsverbot . . . . .	101
a. Reichweite/Umfang . . . . .	101
b. Rechtsfolgen des Wettbewerbsverbots . . . . .	102
c. Verjährung . . . . .	102
3. Geschäftschancenlehre . . . . .	103
4. Befreiung vom Wettbewerbsverbot . . . . .	104
a. Zivilrechtliche Voraussetzungen . . . . .	104
b. Steuerrechtliche Konsequenzen. . . . .	106
5. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot . . . . .	110
a. Voraussetzungen . . . . .	110
b. Verzicht bzw. Lossagungsrecht . . . . .	114
F. Beendigung der Geschäftsführerstellung . . . . .	116
I. Abberufung des Geschäftsführers . . . . .	116
1. Überblick . . . . .	116
2. Zuständigkeit für die Abberufung . . . . .	118
a. Überblick . . . . .	118
b. Abberufung durch die Gesellschafterversammlung . . . . .	118

3. Speziell: Abberufung aus wichtigem Grund . . . . .	120
a. Grundsätzliches . . . . .	120
b. Wichtiger Grund . . . . .	121
c. Frist . . . . .	123
d. Probleme bei der Beschlussfassung . . . . .	123
aa. Fremdgeschäftsführer . . . . .	124
bb. Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer . . . . .	126
cc. Mindestens hälftig beteiligter Geschäftsführer . . . . .	126
dd. Gesellschafter-Geschäftsführer mit Sonderrecht zur Geschäftsführung . . . . .	128
II. Amtsniederlegung . . . . .	129
III. Sonstige Beendigungsgründe . . . . .	133
G. Buchführung, Rechnungslegung und Steuern . . . . .	134
I. Pflichten aus dem Rechnungswesen . . . . .	134
II. Pflichten aus dem Steuerrecht . . . . .	139
H. Pflichten aus dem Arbeits- und Sozialversicherungsrecht . . . . .	140
J. Aufgaben bei der Gründung . . . . .	143
I. Überblick . . . . .	143
II. Anmeldung beim Handelsregister . . . . .	145
1. Voraussetzungen . . . . .	145
2. Verfahren . . . . .	146
a. Einzureichende Unterlagen . . . . .	146
b. Versicherungen des Geschäftsführers . . . . .	147
aa. Versicherung nach § 8 II GmbHG . . . . .	147
bb. Versicherung nach § 8 III GmbHG . . . . .	148
K. Aufgaben in der Krise . . . . .	150
I. Erkennen und Bewältigen der Krise . . . . .	150
II. Einberufung der Gesellschafterversammlung . . . . .	152
III. Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags . . . . .	152
1. Überblick über das Insolvenzverfahren . . . . .	152
2. Insolvenzgründe . . . . .	154
a. Drohende Zahlungsunfähigkeit . . . . .	154
b. Zahlungsunfähigkeit . . . . .	155
c. Überschuldung . . . . .	156
<b>2. Teil Der persönliche Status des GmbH-Geschäftsführers . . . . .</b>	<b>161</b>
A. Einführung . . . . .	161
B. Sonderfall: Drittanstellung . . . . .	163
C. Anwendung des Arbeitsrechts . . . . .	164
I. Ausdrückliche Regelungen . . . . .	164
II. Ausgestaltung der Position des Geschäftsführers . . . . .	165
1. Der beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer . . . . .	166
2. Der abhängig beschäftigte Geschäftsführer . . . . .	166
a. Begriffsbestimmung . . . . .	166
b. Analoge Anwendung des Arbeitsrechts . . . . .	167
III. Betriebliche Übung . . . . .	167

IV. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz . . . . .	168
V. Drittanstellung und das ruhende Arbeitsverhältnis . . . . .	170
1. Drittanstellung . . . . .	170
2. Ruhendes Arbeitsverhältnis . . . . .	171
D. Sozialversicherungspflicht . . . . .	174
I. Übersicht . . . . .	174
II. Fremdgeschäftsführer . . . . .	174
III. Gesellschafter-Geschäftsführer . . . . .	175
1. Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses . . . . .	175
2. Antrag auf Feststellung der Sozialversicherungspflicht . . . . .	176
IV. Einzelne Versicherungszweige . . . . .	176
1. Kranken- und Pflegeversicherung . . . . .	176
2. Rentenversicherung . . . . .	177
3. Arbeitslosenversicherung . . . . .	178
4. Unfallversicherung . . . . .	178
V. Erstattung von Beiträgen . . . . .	178
E. Abschluss und Änderung des Anstellungsvertrags . . . . .	179
I. Parteien des Anstellungsvertrags . . . . .	179
1. Normalfall: GmbH und Geschäftsführer . . . . .	179
2. Drittanstellung des Geschäftsführers . . . . .	179
a. Praktische Bedeutung . . . . .	179
aa. Gesellschaftsrechtliche und konzernrechtliche Sachverhalte . . . . .	179
bb. Die Vermittlung eines Geschäftsführers durch eine Managementgesellschaft . . . . .	179
b. Zulässigkeit in der nicht mitbestimmten GmbH . . . . .	181
c. Zulässigkeit in der mitbestimmten GmbH . . . . .	181
II. Zuständigkeit für den Abschluss und die Änderung des Anstellungsvertrags . . . . .	182
1. Abschluss des Anstellungsvertrags . . . . .	182
2. Änderung des Anstellungsvertrags . . . . .	184
III. Befristung und Koppelung des Anstellungsvertrags . . . . .	184
1. Befristung aus Sicht der Gesellschafterversammlung . . . . .	185
2. Befristung aus Sicht des Geschäftsführers . . . . .	186
IV. Form des Anstellungsvertrags . . . . .	187
V. Fehlerhafter Anstellungsvertrag . . . . .	187
F. Rechte und Pflichten aus dem Anstellungsvertrag . . . . .	188
I. Motivation des Geschäftsführers . . . . .	188
II. Recht auf Vergütung . . . . .	189
1. Jahresgrundgehalt und Tantieme . . . . .	190
2. Sonderleistungen . . . . .	192
a. Dienstwagen . . . . .	192
b. Unfallversicherung . . . . .	192
c. D & O – Police . . . . .	193
d. Sonstige Zusatzleistungen . . . . .	193

3. Steuerrechtliche Behandlung von Einkünften	
des Geschäftsführers . . . . .	194
a. Grundsätzliches . . . . .	194
b. Besonderheiten beim Gesellschafter-Geschäftsführer. . . . .	194
aa. Überblick . . . . .	194
bb. Speziell: Gewinn- und Umsatzanteile . . . . .	197
cc. Besonderheiten beim beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer . . . . .	200
4. Pfändungsschutz für das Einkommen des Geschäftsführers . . . . .	201
5. Vergütung in der Krise und Insolvenz . . . . .	202
a. Verpflichtung zur Anpassung? . . . . .	202
b. Vergütung und Kapitalerhaltung . . . . .	202
III. Urlaub . . . . .	203
IV. Krankheit . . . . .	204
G. Versorgung und soziale Absicherung . . . . .	204
I. Überblick . . . . .	204
II. Gesetzliche Rentenversicherung . . . . .	205
III. Private Vorsorge . . . . .	206
IV. Betriebliche Altersversorgung . . . . .	208
1. Einführung . . . . .	208
2. Pensionszusage . . . . .	209
a. Überblick . . . . .	209
b. Zivilrechtliche Voraussetzungen . . . . .	210
c. Vertragliche Ausgestaltung . . . . .	211
aa. Typischer Inhalt . . . . .	211
bb. Absicherung durch eine Rückdeckungsversicherung . . . . .	213
aaa. Zweck und Ausgestaltung. . . . .	213
bbb. Insolvenzschutz durch Verpfändung . . . . .	215
ccc. Steuerrechtliche Behandlung . . . . .	219
d. Anwendbarkeit des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG) . . . . .	220
aa. Überblick . . . . .	220
bb. Unverfallbarkeit der Versorgungszusagen. . . . .	223
aaa. In der Insolvenz der Gesellschaft . . . . .	223
bbb. Beim vorzeitigen Ausscheiden. . . . .	223
cc. Widerruf der Versorgungszusage . . . . .	224
e. Steuerrechtliche und bilanzrechtliche Auswirkungen . . . . .	225
aa. Bildung von Pensionsrückstellungen. . . . .	225
bb. Gefahr verdeckter Gewinnausschüttungen . . . . .	225
aaa. Grundsätze für alle Gesellschafter-Geschäftsführer. . . . .	226
bbb. Besonderheiten beim beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer . . . . .	229
ccc. Steuerrechtliche Behandlung beim Geschäftsführer. . . . .	229
3. Direktversicherung . . . . .	230

H. Kündigung des Anstellungsvertrags	232
I. Ordentliche Kündigung	232
1. Kündigung durch die Gesellschaft	232
a. Voraussetzungen	232
b. Rechtsfolgen der Kündigung	236
2. Kündigung durch den Geschäftsführer	238
II. Außerordentliche Kündigung	238
1. Außerordentliche Kündigung durch die Gesellschaft	238
a. Zuständigkeit	238
b. Voraussetzungen	238
c. Wichtiger Grund	240
d. Kündigungsfrist	243
2. Außerordentliche Kündigung durch den Geschäftsführer	246
J. Aufhebung und sonstige Beendigung	248
I. Überblick	248
II. Aufhebungsvertrag	249
<b>3. Haftung und Strafbarkeit</b>	<b>251</b>
A. Einführung	251
B. Grundlagen der Haftung und strafrechtlichen Verantwortung	252
I. Systematischer Überblick	252
II. Grundsatz der Gesamtverantwortung	254
III. Der faktische GmbH-Geschäftsführer	256
C. Außenhaftung	259
I. Überblick	259
II. Haftung aus unerlaubter Handlung (deliktische Haftung)	260
1. § 823 I BGB	263
a. Grundlagen	263
b. Unterlassen und Garantienstellung des Geschäftsführers	264
2. § 823 II BGB i. V. m. einem Schutzgesetz	268
a. § 823 II BGB i. V. m. § 246 StGB (Unterschlagung)	269
b. § 823 II BGB i. V. m. § 263 StGB (Betrug)	269
c. § 823 II BGB i. V. m. § 266 StGB (Untreue)	270
aa. Überblick	270
bb. Untreue zu Lasten der GmbH	271
cc. Untreue zu Lasten Dritter	274
d. § 823 II BGB i. V. m. § 264 StGB (Subventionsbetrug)	275
e. § 823 II BGB i. V. m. § 1 I des Gesetzes zur Sicherung von Bauforderungen (BauFordSiG)	276
f. Sonstige Schutzgesetze	279
3. § 826 BGB (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung)	280
4. Verjährung	282
III. Haftung „aus Vertrauen“	283
1. Rechtsscheinhaftung bei Weglassen des GmbH-Zusatzes	283

2. Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen ( <i>culpa in contrahendo</i> ) . . . . .	286
a. Besonderes persönliches Vertrauen . . . . .	286
b. Eigenes wirtschaftliches Interesse am Vertragsschluss . . . . .	288
3. Haftung aus den Grundsätzen der Sachwalterhaftung. . . . .	288
4. Allgemeine zivilrechtliche Prospekthaftung . . . . .	289
D. Innenhaftung (§ 43 GmbHG). . . . .	290
I. Überblick . . . . .	290
II. Pflichtverletzung des Geschäftsführers . . . . .	292
1. Grundsätzliches . . . . .	292
2. Fallgruppen . . . . .	293
a. Einzelne gesetzlich geregelte Pflichten . . . . .	293
aa. Kapitalerhaltung. . . . .	293
bb. Weitere gesetzliche Pflichten. . . . .	294
b. Folgepflicht gegenüber der Gesellschafterversammlung . . . . .	294
c. Missachtung von Zustimmungsvorbehalten der Gesellschafterversammlung. . . . .	295
d. Grundsätze anerkannter Unternehmensleitung und business-judgement-rule . . . . .	296
e. Einzelfälle . . . . .	297
aa. Risikoreiche Geschäfte, insbesondere Spekulationsgeschäfte . . . . .	298
bb. Außerachtlassung von üblichen Sicherungsmöglichkeiten. . . . .	298
cc. Abschluss nachteiliger Geschäfte . . . . .	298
dd. Kontrolle des Zahlungsverkehrs . . . . .	299
ee. Eigengeschäfte des Geschäftsführers. . . . .	300
III. Kausaler Vermögensschaden . . . . .	301
IV. Verschulden . . . . .	302
V. Beweislastverteilung . . . . .	302
VI. Verjährung . . . . .	304
VII. Instrumente zum Ausschluss und zur Minimierung der Haftung . . . . .	306
1. Haftungsentlastende Weisung . . . . .	306
2. Entlastung . . . . .	306
3. Haftungsausschließende Vereinbarung/Verkürzung der Verjährungsfrist . . . . .	307
4. Verzicht, Vergleich und Generalbereinigung. . . . .	309
5. Kapitalerhaltung als Grenze . . . . .	309
VIII. Gesamtschuldnerische Haftung. . . . .	309
IX. Fallstudien . . . . .	310
1. „Kalkulationsfehler“ . . . . .	310
2. „Unzureichender Versicherungsschutz“ . . . . .	310
3. „Verjährung von Forderungen“ . . . . .	310
4. „Fehlerhafte Bewertung einer Rechtslage“ . . . . .	311

5. „Mündliche Abreden“	311
6. „Ungünstiger Beratungsvertrag“	312
7. „Entgangene Subventionen“	312
E. Haftung des Geschäftsführers bei Gründung	313
I. Grundlagen	313
II. Vertretung der GmbH i. G. durch den Geschäftsführer	313
III. Vorbelastungshaftung der Gesellschafter	314
IV. Die Handelndenhaftung gemäß § 11 II GmbHG	315
1. Überblick	315
2. Begriff des Handelnden	316
3. Handeln im Namen der Gesellschaft	316
4. Rechtsfolge: Einstandspflicht für alle rechtsgeschäftlich begründeten Verbindlichkeiten	317
5. Ausschluss der Handelndenhaftung	318
6. Rückgriff gegen die Gesellschafter bzw. die GmbH nach Inanspruchnahme	318
V. Haftung des Geschäftsführers für falsche Angaben (§ 9 a I GmbHG)	319
F. Haftung in der Krise	322
I. Überblick	322
II. Haftung wegen Insolvenzverschleppung	323
1. Grundlagen	323
2. § 823 II BGB i. V. m. § 15 a I InsO	324
a. Überblick	324
b. Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung	326
c. Frist	327
d. Verschulden	327
e. Beweislast	328
f. Rechtsfolgen	329
g. Geltendmachung des Anspruchs	331
h. Verjährung	332
III. Haftung wegen Masseschmälerung und Zahlungen an Gesellschafter (§ 64 GmbHG)	332
1. Überblick	332
2. Voraussetzungen der Haftung wegen Masseschmälerung	334
a. Zahlungen nach Insolvenzreife	334
b. Verschulden	337
3. Rechtsfolgen der Haftung wegen Masseschmälerung	338
4. Haftung wegen Zahlungen an Gesellschafter	339
5. Verjährung	341
IV. Die Haftung für Steuerschulden der Gesellschaft	341
1. Überblick	341
2. Grundsatz der Gesamtverantwortung	343
3. Amtsniederlegung und Haftung	344

4. Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen . . . . .	346
a. Pflichtverletzung des Geschäftsführers und Grundsatz der anteiligen Tilgung . . . . .	346
b. Durch die Pflichtverletzung eingetretener Haftungsschaden . .	348
c. Verschulden . . . . .	349
5. Besonderheiten bei der Lohnsteuer . . . . .	350
6. Haftung wegen Steuerhinterziehung . . . . .	351
7. Abzugsfähigkeit als Werbungskosten . . . . .	351
V. Haftung für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitnehmers . . . . .	352
1. Grundlagen . . . . .	352
2. Grundsatz der Gesamtverantwortung . . . . .	356
3. Einzelne Voraussetzungen der Haftung aus § 823 II BGB i. V. m. § 266 a I StGB. . . . .	357
a. Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung. . . . .	357
b. Möglichkeit der Abführung der geschuldeten Beiträge. . . . .	358
c. Vorsatz des Geschäftsführers . . . . .	362
d. Durch die Verletzung des Schutzgesetzes entstandener Schaden . . . . .	363
f. Verjährung . . . . .	364
g. Abzugsfähigkeit als Werbungskosten . . . . .	365
G. Verantwortlichkeit des Geschäftsführers nach Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. . . . .	365
I. Grundlagen der Verantwortlichkeit . . . . .	365
1. Überblick . . . . .	365
2. Grundsatz der Gesamtverantwortung . . . . .	366
3. Begehung durch ein Tun oder Unterlassen . . . . .	367
4. Verbotsirrtum . . . . .	368
II. Verantwortlichkeit bei Verletzung allgemeiner Straftatbestände. . .	368
III. Verletzung der für das Unternehmen geltenden Sonderdelikte . . .	368
1. Überblick . . . . .	368
2. Strafbarkeit wegen Bankrotts und Gläubigerbegünstigung. . . . .	370
IV. Sonderdelikte speziell für den Geschäftsführer. . . . .	375
1. Verletzung der Buchführungspflicht (§ 283 b StGB) . . . . .	375
2. Straftaten nach den §§ 82, 84, 85 GmbHG und 15 a IV, V InsO. . . . .	376
a. Falsche Angaben (§ 82 GmbHG) . . . . .	376
b. Unterlassene Verlustanzeige (§ 84 GmbHG) und Insolvenzsverschleppung (§ 15a IV, V InsO). . . . .	376
c. Verletzung der Geheimhaltungspflicht (§ 85 GmbHG). . . . .	378
V. Besonderheiten im Ordnungswidrigkeitenrecht. . . . .	380
1. Verantwortlichkeit des Geschäftsführers. . . . .	380
2. Verantwortlichkeit der Gesellschaft „Verbandsstrafe“ . . . . .	382

---

H. Versicherungslösungen .....	383
I. Grundlagen .....	383
1. Haftpflichtversicherungsschutz im Unternehmensbereich .....	383
2. Der Geschäftsführer als Mitversicherter in der Betriebshaftpflichtversicherung .....	385
II. Die Vermögensschadens-Haftpflicht-Versicherung (D & O – Deckung) .....	385
1. Überblick .....	385
2. Vertragliche Gestaltung der Vermögensschadens- Haftpflichtversicherung .....	386
3. Einzelheiten und Einschränkungen des Versicherungsschutzes .....	389
4. Vor- und Nachteile der Haftpflichtversicherung .....	394
III. Rechtsschutz für Geschäftsführer .....	394
VI. Prozessuales .....	395
<b>Anhang</b> .....	<b>399</b>
<b>Verzeichnis der abgekürzt verwendeten Literatur</b> .....	<b>417</b>
<b>Sachverzeichnis</b> .....	<b>419</b>

---

# Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
AO	Abgabenordnung
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (Entscheidungsnummer und Gesetzesstelle)
BeckRS	Rechtsprechungssammlung bei beck-online.de
BB	Der Betriebsberater (Jahr, Seite)
BFH	Bundesfinanzhof
BFH/NV	Bundesfinanzhof, Sammlung nicht amtlich veröffentl. Entsch.
BAG	Bundesarbeitsgericht
BetrAVG	Betriebsrentengesetz (=Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Band, Seite)
BSG	Bundessozialgericht
BStBl.	Bundessteuerblatt (Jahr, Teil, Seite)
cic	culpa in contrahendo
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
DStR	Deutscher Steuerrecht (Jahr/Seite)
FG	Finanzgericht
ggf.	gegebenenfalls
GenG	Genossenschaftsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Jahr, Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch

---

InsO	Insolvenzordnung
i. V. m.	in Verbindung mit
juris.de	Juristische Datenbank
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Jahr, Seite)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
sog.	so genannt
StGB	Strafgesetzbuch
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuern
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Jahr, Seite)
z. B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
zr-report.de	Juristische Datenbank/OLG- und BGH-Entscheidungen

---

# 1. Teil Der organschaftliche Status des GmbH-Geschäftsführers

---

## A. Einleitung

► Der Geschäftsführer als Allround-Manager

Jede GmbH benötigt einen Geschäftsführer, um handlungsfähig zu sein. Der Geschäftsführer ist das Leitungsorgan der Gesellschaft. Er muss von den Gesellschaftern sorgfältig ausgesucht und überwacht werden. Zahlreiche Krisen und Insolvenzen sind auf das Missmanagement von Geschäftsführern zurückzuführen. Der Geschäftsführer sollte selbst kritisch prüfen, ob er für die Position sämtliche Qualifikationen aufweist bzw. ob er sich dieselben aneignen oder über Dritte beschaffen kann. Es liegt auf der Hand, dass der Manager die erforderlichen Führungsqualitäten besitzen sollte. Er hat nicht nur die fachlichen Qualifikationen mitzubringen, sondern auch eine Leitungspersönlichkeit zu sein. Hierzu gehören ein entsprechendes Durchsetzungsvermögen sowie die Fähigkeit, die Mitarbeiter zu motivieren. Neben den betriebswirtschaftlichen Voraussetzungen für ein erfolgreiches Geschäftsführeramt stellt auch das Recht Anforderungen an einen Geschäftsführer. Die rechtlichen Vorgaben begrenzen den Gestaltungsspielraum des Geschäftsführers. Ihm werden zahlreiche Pflichten aufgebürdet, aber auch Rechte eingeräumt. Die den Geschäftsführer betreffenden Rechtsfragen sind Gegenstand dieser Abhandlung.

Das GmbH-Gesetz (GmbHG) schreibt zwingend für jede GmbH mindestens einen Geschäftsführer vor. Der Geschäftsführer bzw. die Geschäftsführung ist neben der Gesellschafterversammlung das zweite notwendige Organ der Gesellschaft.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Ein Aufsichtsrat als drittes Organ muss bei der GmbH nur dann gebildet werden, wenn dies rechtlich vorgeschrieben ist. Eine solche Verpflichtung kann sich aus dem Arbeitnehmermitbestimmungsrecht oder dem Kommunalrecht ergeben.

## Der Geschäftsführer

### ► Herausragende Stellung des Geschäftsführers

- ist das sog. Exekutiv-, d. h. ausführende Organ der Gesellschaft. Erst durch ihn wird die GmbH als juristische Person handlungsfähig.
- vertritt die Gesellschaft *extern*, d. h. nach außen, in allen Angelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich. Ferner hat er *intern* die Geschicke der GmbH zu leiten.
- ist weisungsabhängig gegenüber der Gesellschafterversammlung der GmbH. Er hat deren Beschlüsse auszuführen und ihre Einhaltung sicherzustellen.
- kann Gesellschaftergeschäftsführer oder Fremdgeschäftsführer sein. Der Gesellschaftergeschäftsführer ist selbst Gesellschafter der GmbH, während der Fremdgeschäftsführer am Stammkapital in keiner Weise beteiligt ist.

### ► Bestellung und Anstellung

Die Gesellschafterversammlung bestellt den Geschäftsführer. Hiervon zu unterscheiden ist die sog. *Anstellung*, die ebenfalls in die Kompetenz der Gesellschafter fällt. Die *Bestellung* ist ein körperschaftlicher Organisationsakt, der die Geschäftsführerstellung begründet. Bei der Anstellung hingegen handelt es sich um den bloßen Abschluss eines Dienstvertrags im Sinne von § 611 BGB.

- Der Geschäftsführer hat grundsätzlich nicht die Privilegien eines Arbeitnehmers – dies gilt insbesondere für die Haftung

Der *Geschäftsführer* ist grundsätzlich kein Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts. Das *BAG* wendet jedoch auf den Geschäftsführer einzelne Vorschriften des Arbeitsrechts, wie etwa die Kündigungsfristen des § 622 BGB, entsprechend an.

Wichtig ist, dass nach ganz herrschender Meinung die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung nicht für den GmbH-Geschäftsführer gelten.<sup>2</sup> Nach diesen Grundsätzen müssen Arbeitnehmer u. a. im Falle einfacher Fahrlässigkeit im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht für die durch sie herbeigeführten Schäden aufkommen. Dieser privilegierende Haftungsmaßstab wird auf GmbH-Geschäftsführer nicht angewendet. Das heißt, der GmbH-Geschäftsführer haftet im Verhältnis zur GmbH auch für einfach fahrlässig verursachte Schäden. Während der Arbeitnehmer also in der Entwicklung der Rechtsprechung haftungsrechtlich privilegiert wird, gelten bei der Haftung des Geschäftsführers grundsätzlich keine Erleichterungen.

Unabhängig von der arbeitsrechtlichen Einordnung des Geschäftsführers ist seine steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung zu beurteilen. Der Geschäftsführer kann durchaus, wenn ein sog. abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, sozialversicherungspflichtig sein.

<sup>2</sup> OLG Koblenz, Urt. vom 24.9.2007, 12 U 1437/04, Rdnr. 130, juris.de.

Des Weiteren bezieht der GmbH-Geschäftsführer *steuerrechtlich* Einkünfte aus unselbstständiger Tätigkeit. Dies führt jedoch *arbeitsrechtlich* nicht dazu, dass er den Arbeitnehmerstatus erhält.

---

## B. Persönliche Voraussetzungen

Das Gesetz legt in § 6 II GmbHG bestimmte persönliche Eignungsvoraussetzungen für den Geschäftsführer fest. Weitere gesetzliche Anforderungen für das Amt des Geschäftsführers können sich aus branchen- bzw. berufsspezifischen Sonderbestimmungen ergeben. Bei Gesellschaften beispielsweise, die freiberufliche Dienste erbringen, wie Rechtsanwalts- oder Steuerberatungsdienstleistungen, müssen die Geschäftsführer die entsprechende Zulassung besitzen.

### ► Unvereinbarkeit von Aufsichtsratsmandat und Geschäftsführeramt

Besteht bei der GmbH ein Aufsichtsrat, so gilt der Grundsatz der Unvereinbarkeit einer gleichzeitigen Mitgliedschaft im Aufsichtsrat und in der Geschäftsführung derselben Gesellschaft (§§ 52 I GmbHG, 105 I AktG; sog. Inkompatibilität). Dies hat zur Folge, dass ein Doppelmandat im Aufsichtsrat und in der Geschäftsführung unzulässig ist. Das Aufsichtsratsmitglied darf sich nicht selbst als Geschäftsführer kontrollieren. Kontrolle und Leitung müssen getrennt bleiben.

### ► Vorgaben in der Satzung

Neben den gesetzlichen Voraussetzungen enthält gelegentlich auch die Satzung (=Gesellschaftsvertrag) Vorgaben hinsichtlich der Qualifikation bzw. der sonstigen persönlichen Eigenschaften des Geschäftsführers. So könnte der Gesellschaftsvertrag z. B. vorsehen, dass nur derjenige Geschäftsführer werden kann, der ein abgeschlossenes Hochschulstudium absolviert hat.

## I. Voraussetzungen des § 6 II GmbHG

Die maßgebliche Vorschrift lautet wie folgt:

### § 6 II GmbHG [Persönliche Voraussetzungen]

Geschäftsführer kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein. Geschäftsführer kann nicht sein, wer

1. als Betreuer bei der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten ganz oder teilweise einem Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 des Bürgerlichen Gesetzbuches) unterliegt,
2. aufgrund eines gerichtlichen Urteil oder einer vollziehbaren Entscheidung einer Verwaltungsbehörde einen Beruf, einen Berufszweig, ein Gewerbe oder Gewerbebezweig nicht ausüben darf, sofern der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbotes übereinstimmt,

3. wegen einer oder mehrerer vorsätzlich begangener Straftaten
  - a. des Unterlassens der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Insolvenzverschleppung),
  - b. nach den §§ 283 - 283d des StGB (Insolvenzstraftaten),
  - c. der falschen Angaben nach § 82 dieses Gesetzes oder § 399 des Aktiengesetzes,
  - d. der unrichtigen Darstellung nach § 400 des Aktiengesetzes, § 331 des Handelsgesetzbuches, § 313 des Umwandlungsgesetzes, § 17 des Publizitätsgesetzes oder
  - e. nach den §§ 263 bis 264a oder den §§ 265b bis § 266a des Strafgesetzbuches zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist; dieser Ausschluss gilt für die Dauer von fünf Jahren seit der Rechtskraft des Urteils, wobei die Zeit nicht eingerechnet wird, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. Satz 2 Nr. 3 gilt entsprechend bei einer Verurteilung im Ausland, wegen einer Tat, die mit den in Satz 2 Nr. 3 genannten Taten vergleichbar ist.

## 1. Geschäftsfähigkeit des Geschäftsführers

### ► Geschäftsfähigkeit

Der Geschäftsführer muss eine natürliche Person und unbeschränkt geschäftsfähig sein. Damit scheiden Minderjährige als Geschäftsführer aus. Selbst wenn die Eltern und das Vormundschaftsgericht damit einverstanden sind, dass ein Minderjähriger Geschäftsführer wird, ist dies nicht zulässig.

## 2. Geistesranke und Betreute

### ► Speziell: Betreute

Geschäftsunfähig sind Geistesranke, ohne dass dies einer „amtlichen Bestätigung“ bedarf; man redet hier von der natürlichen Geschäftsunfähigkeit. Betreute hingegen sind grundsätzlich uneingeschränkt geschäftsfähig; etwas anderes gilt nur, soweit ein Einwilligungsvorbehalt in Vermögensangelegenheiten angeordnet ist. Ein Einwilligungsvorbehalt hat zur Folge, dass der Betreute nur mit Zustimmung des Betreuers wirksam Geschäfte tätigen kann. Ist ein solcher Einwilligungsvorbehalt angeordnet, so entfällt damit die Fähigkeit, Geschäftsführer einer GmbH zu sein. Fehlt jedoch ein entsprechender Einwilligungsvorbehalt, so kann der Betreute – wie jeder andere – Geschäftsführer einer GmbH werden.

### ► Konsequenzen für die Praxis

Diese rechtliche Gleichstellung der Betreuten mag menschlich betrachtet verständlich sein, sie ist jedoch für den geschäftlichen bzw. unternehmerischen Bereich sehr belastend. Man stelle sich den alkoholkranken Geschäftsführer vor, der infolge seines jahrelangen Alkoholismus immer weniger in der Lage ist, rationale Entscheidungen zu treffen und die Tragweite seiner Handlungen zu überblicken. Wenn dieser Mensch nun unter Betreuung – ohne Einwilligungsvorbehalt – gestellt wird,

so kann er weiterhin Geschäftsführer sein. Erst wenn ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist, entfällt seine Fähigkeit, das Geschäftsführeramt auszuüben. In Anbetracht der Tatsache, dass oftmals zahlreiche Arbeitsverhältnisse, aber auch sonstige Vertragsverhältnisse, von dem Bestand des Unternehmens abhängig sind, ist die gesetzgeberische Entscheidung, wonach Betreute grundsätzlich – solange kein Einwilligungsvorbehalt des Vormundschaftsgerichts angeordnet ist – Geschäftsführer sein dürfen, äußerst bedenklich. Im Falle zusätzlicher Geisteskrankheit ist der Betreute allerdings schon aus diesen Gründen geschäftsunfähig, so dass dann die Fähigkeit, das Amt des Geschäftsführers zu bekleiden, in dem Moment entfällt, in dem die Geisteskrankheit eintritt.

**Achtung!**

Die Geisteskrankheit muss für die Vertragspartner, die mit der GmbH in Kontakt stehen, nicht unbedingt erkennbar sein. Oft wird sie erst in einem nachfolgenden Gerichtsprozess durch medizinische Gutachter ermittelt. Das geltende Recht schützt den Geisteskranken vor Geschäftsabschlüssen, unabhängig davon, ob dieser dabei übervorteilt wird oder nicht. Ein Schutz für die redlichen Vertragspartner wird hingegen grundsätzlich nicht gewährt. Geschäfte, die ein Geschäftsunfähiger tätigt, sind grundsätzlich nichtig. Ein Schutz über das Handelsregister, in dem der Geschäftsführer noch als solcher eingetragen ist, kann hier nicht erreicht werden. Die Geschäftsfähigkeit und das Erlöschen derselben sind keine eintragungspflichtigen Tatsachen, sondern lediglich persönliche Voraussetzungen, die als solche nicht in das Handelsregister gehören. Dies hat zur Folge, dass das Geschäft grundsätzlich nichtig ist und auch nicht wegen des Umstandes, dass der Geschäftsführer noch im Handelsregister eingetragen ist, als wirksam behandelt werden kann. Allenfalls dann, wenn die Gesellschafter hätten merken können und müssen, dass der Geschäftsführer geschäftsunfähig ist, kann eine sog. *Rechtsscheinhaftung der GmbH* ausgelöst werden, da die Gesellschafter zurechenbar veranlasst haben, dass ein amtsunfähiger Geschäftsführer für die Gesellschaft auftritt.<sup>3</sup>

**Beispiel**

„Der durchgedrehte GmbH-Geschäftsführer“

G ist Geschäftsführer einer GmbH. Infolge einer Psychose wird er geschäftsunfähig. Dies ist jedoch auf den ersten Blick nicht erkennbar. Im Zustand der Geschäftsunfähigkeit veräußert er das Betriebsgrundstück der Gesellschaft an einen Interessenten. Der Verkauf und die anschließende Übereignung des Grundstücks sind unwirksam. Das Grundstück muss daher wieder an die GmbH her-

<sup>3</sup> BGHZ 115, 78, 81 ff.

ausgegeben werden. Hätten die Gesellschafter allerdings bemerken können und müssen, dass der Geschäftsführer geschäftsunfähig ist, so kann man sie nach den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung für verpflichtet halten, den Käufer so zu stellen, als sei der Kaufvertrag wirksam zustande gekommen. Denn die Gesellschafter haben zugelassen, dass ihr Geschäftsführer für die Gesellschaft auftritt und handelt, obwohl er geschäftsunfähig ist. Dann aber müssen sie auch die Vertragspartner, die auf eine Geschäftsfähigkeit vertraut haben, entschädigen.

### 3. Verurteilung wegen bestimmter Straftaten

#### ► Vorstrafen

Ist der Geschäftsführer wegen einer in § 6 II GmbHG erwähnten Straftat rechtskräftig verurteilt worden, so darf er für die Dauer von fünf Jahren ab Rechtskraft des Urteils nicht das Amt eines Geschäftsführers bekleiden. Eine Erweiterung des Katalogs ist unzulässig.

#### ► Verschärfung erfolgt

Bis zum 31.10.2008 waren nur die sog. Insolvenzdelikte des StGB Hinderungsgrund für die Ausübung des Amtes als Geschäftsführer. Die Insolvenzdelikte sind:<sup>4</sup>

- der Bankrott,
- die Schuldnerbegünstigung,
- die Gläubigerbegünstigung sowie
- die Verletzung der Buchführungspflicht.

Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), das zum 1.11.2008 in Kraft getreten ist, wurde der Katalog der Straftaten erweitert, die als K.O.-Kriterium für die Ausübung des Amtes als Geschäftsführer gelten. Danach sperrt jetzt auch eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung (15a IV InsO) oder wegen falscher Angaben, insbesondere wegen Gründungsschwindels nach § 82 GmbHG den Verurteilten für die Dauer von fünf Jahren ab Rechtskraft des Urteils für das Amt des Geschäftsführers. Auch eine Vielzahl von Vermögensdelikten, wie Untreue (§ 266 StGB), Betrug (§ 263 StGB), Computerbetrug (§ 263a StGB), Kapitalanlagebetrug (§ 264 StGB), Subventionsbetrug (§ 264 StGB), Kreditbetrug (§ 265b StGB) oder das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB) lassen die Amtsfähigkeit entfallen. Bei den vorgenannten Vermögensdelikten muss mindestens eine Freiheitsstrafe von einem Jahr verhängt worden sein. Bei den übrigen Straftaten, wie der vorsätzlichen Insolvenzverschleppung reicht jede rechtskräftige Verurteilung aus, um dem Betroffenen die persönliche Voraussetzung für das Amt des Geschäftsführers zu nehmen. Wichtig ist, dass nunmehr auch vergleichbare

---

<sup>4</sup> Die Einzelheiten der Strafbarkeit der Insolvenzdelikte werden im 3. Teil unter G III. 2 und G IV.1 erläutert.

Vorstrafen im Ausland ausreichen. Ob diese Regelung einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhält, bleibt abzuwarten.

► Abschließender Katalog

Voraussetzung ist stets eine vorsätzliche Begehung der Straftat, so dass beispielsweise eine fahrlässige Insolvenzverschleppung oder ein leichtfertiger Subventionsbetrug nicht schaden. Ein Geschäftsführer, der nur wegen fahrlässiger Insolvenzverschleppung rechtskräftig verurteilt worden ist, kann also ohne weiteres erneut „sein Unwesen treiben“ und wiederum Geschäftsführer einer GmbH werden.

### Beispiel

„Fortsetzung folgt“

G war Geschäftsführer einer Reiseveranstaltungs-GmbH. Trotzdem diese schon seit fünf Wochen überschuldet ist, setzt G die Geschäfte fort, da er die Krise nicht erkennt. G kann alle fälligen Zahlungen erbringen, weil die Gesellschaft hierfür aufgrund der Anzahlungen der Kunden, genügend Fremdgeld hat, so dass G die Insolvenzreife gar nicht auffällt. G wird schließlich wegen fahrlässiger Insolvenzverschleppung (§ 84 GmbHG) rechtskräftig zu einer Geldstrafe verurteilt. Sofort nach Stellung des Insolvenzantrags hat er jedoch bereits eine neue GmbH gegründet und sich selbst zum Geschäftsführer bestellt. Mit ihr betreibt er ebenfalls in der Reiseveranstaltungsbranche Geschäfte. Die erneute Bestellung als Geschäftsführer ist gesetzlich zulässig, da eine Verurteilung wegen Vorsatzes nicht erfolgt ist.

## 4. Verbot der Berufs- und Gewerbeausübung

► „Staatliche Verbote“

Die Fähigkeit, Geschäftsführer einer GmbH zu sein, büßt derjenige ein, dem durch Gerichtsurteil oder durch eine vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde, die Ausübung eines Berufs oder Gewerbes untersagt worden ist (§ 6 II Satz 4 GmbHG). Die Verwaltungsentscheidung muss hierbei nur vollziehbar sein; es ist nicht erforderlich, dass sie endgültig Bestandskraft erlangt hat. Vollziehbar heißt, dass das Verbot durch die Verwaltung, notfalls auch mit hoheitlicher Gewalt durchgesetzt werden kann. Selbst wenn sich später herausstellen sollte, dass die Entscheidung der Behörde rechtswidrig war, muss sie, solange sie vollziehbar ist, beachtet werden. Das Berufs- bzw. Gewerbeverbot kann sich auf eine bestimmte Tätigkeit bzw. Branche beziehen. In diesem Bereich darf derjenige, für den das Verbot ausgesprochen wurde, nicht mehr als Geschäftsführer tätig sein. Hierbei genügt es, wenn der Unternehmensgegenstand der GmbH sich teilweise mit der Tätigkeit überschneidet, für die das Berufsverbot erteilt worden ist.

Ein Verbot gegen die GmbH, durch das ihr eine bestimmte Tätigkeit untersagt wird, gilt nicht gleichzeitig auch für den GmbH-Geschäftsführer.<sup>5</sup> Adressat ist nur die GmbH, nicht der Geschäftsführer persönlich. Nach § 35 VII a der Gewerbeordnung ist es allerdings möglich, ein Gewerbeverbot sowohl gegen die GmbH als auch gegen den Geschäftsführer auszusprechen. Auch genügt es, wenn das Verbot gegenüber einem Einzelunternehmer erteilt worden ist und dieser dann später Geschäftsführer wird. Dies ist schon vom Wortlaut der Vorschrift des § 6 II Satz 4 GmbHG erfasst.

### Beispiel

*„Haare schneiden verboten“*

G ist Friseurmeister und betreibt als Einzelunternehmer einen Friseursalon. Die einschlägigen Hygienevorschriften missachtet er nachhaltig. Die geschnittenen Haare lässt er allenfalls einmal täglich wegfegen, die Haare der Kunden werden in demselben Waschbecken gewaschen, ohne dass dieses zwischendurch gereinigt wird, auch Kämme werden nur gelegentlich ausgewaschen. Da G günstige Preise anbietet, kommen dennoch Kunden. Trotz mehrmaliger Aufforderung seitens der zuständigen Behörde, die einschlägigen Hygienevorschriften einzuhalten, ändert G seine Geschäftspolitik nicht. Ihm wird nach § 35 der Gewerbeordnung schließlich untersagt, das Friseurhandwerk zu betreiben. Nunmehr gründet G eine Friseur-GmbH und wird Geschäftsführer. Das ihm gegenüber erteilte Verbot nimmt ihm gleichzeitig die Eigenschaft, vertretungsberechtigtes Organ der GmbH zu sein. Dies gilt selbst dann, wenn in dem Verbot nicht ausdrücklich zusätzlich angeordnet ist, dass dieses auch für die Ausübung der Tätigkeit als vertretungsberechtigtes Organ gilt.<sup>6</sup>

#### ► Eidesstattliche Versicherung ist kein Hindernis

Kein Berufsverbot bzw. keine Untersagung der Gewerbeausübung stellt es dar, wenn der Geschäftsführer die eidesstattliche Versicherung infolge eines erfolglosen Zwangsvollstreckungsversuchs abgegeben hat. Dass dies für die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft äußerst schädlich ist, steht auf einem anderen Blatt. Geschäftsführer darf jedenfalls auch derjenige werden, der nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung die Richtigkeit seines Vermögensverzeichnisses an Eides statt versichert hat. Gleiches gilt, wenn er sich weigerte, die eidesstattliche Versicherung abzugeben und deshalb ein Haftbefehl vorliegt. Die Beispiele zeigen schon, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Eignungsvoraussetzungen für den Geschäftsführer trotz der Verschärfung durch die Ausweitung des Vorstrafenkatalogs insgesamt sehr großzügig ist.

<sup>5</sup> BayObLG GmbHR 1987, 20, 21.

<sup>6</sup> OLG Frankfurt GmbHR 1994, 802.

## II. Rechtsfolgen

### ► Automatischer Verlust der Geschäftsführerstellung

Wer das Geschäftsführeramt bekleidet, obwohl die persönlichen Eignungsvoraussetzungen nicht gegeben sind, verliert sein Amt ab dem Zeitpunkt, in dem die Umstände eintreten, die zum Verlust der persönlichen Eignung führen.<sup>7</sup> Hierfür bedarf es keiner Abberufung des Geschäftsführers aus seinem Amt durch die Gesellschafterversammlung. In dem Augenblick, in dem der Geschäftsführer beispielsweise geschäftsunfähig wird, verliert er automatisch die Eigenschaft, GmbH-Geschäftsführer zu sein und ist seines Amtes verlustig. Das Handelsregister löscht von Amts wegen den Geschäftsführer im Handelsregister.<sup>8</sup> In dem Fall der Geschäftsunfähigkeit ist – wie oben ausgeführt – ein Schutz des Rechtsverkehrs nur eingeschränkt möglich. In den sonstigen Fällen, in denen die Eignungsvoraussetzungen wegen eines Berufsverbots bzw. Gewerbeverbots oder wegen Verurteilung nach einem einschlägigen Insolvenzdelikt nicht vorliegen, kann sich der Rechtsverkehr gemäß § 15 I HGB auf die Handelsregistereintragung berufen, so dass dadurch ein gewisser Schutz erreicht wird. Die Rechtsgeschäfte des „Geschäftsführers“ werden dann als wirksam behandelt, falls sie zu einem Zeitpunkt getätigt wurden, als der Geschäftsführer noch im Handelsregister eingetragen war.

#### Beispiel

*„Das Handelsregister schützt“*

G ist wegen Bankrotts rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt worden. Mit Rechtskraft des Urteils ist er nicht mehr Geschäftsführer der GmbH, da er die Eignungsvoraussetzungen nicht mehr besitzt. Nunmehr veräußert er ein Fahrzeug der GmbH. Der Käufer hat zwar keinen wirksamen Kaufvertrag mit der GmbH abgeschlossen, da G nicht mehr vertretungsberechtigt war. Unter Berufung auf § 15 I HGB muss sich die GmbH jedoch so behandeln lassen, als sei G noch Geschäftsführer. Damit hätte dieser auch den Kaufvertrag abschließen können, so dass der Käufer das Fahrzeug wirksam erworben hat und damit behalten darf.

#### Achtung!

Tritt der Geschäftsführer auf, obwohl er seines Amtes verlustig geworden ist, so kann ihn dies teuer zu stehen kommen. Der Geschäftspartner, der über den vermeintlichen Geschäftsführer mit der GmbH in Kontakt getreten ist, darf sich auch an diesen persönlich halten. Der Geschäftsführer haftet als Vertreter

<sup>7</sup> Lagen die persönlichen Voraussetzungen bereits bei Bestellung nicht vor, ist diese nichtig, siehe OLG Naumburg GmbHR 2000, 378.

<sup>8</sup> § 398 FamFG (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit).

ohne Vertretungsmacht dem Vertragspartner nach dessen Wahl auf Erfüllung oder auf Schadensersatz. Der Vertragspartner kann sich aussuchen, ob er sich auf die unterbliebene Austragung des Geschäftsführers aus dem Handelsregister beruft und seine Ansprüche gegen die GmbH richtet oder ob er sich für eine Inanspruchnahme des Geschäftsführers entscheidet. Ist die Gesellschaft insolvent, wird er sich an den Geschäftsführer halten, der ihm unbeschränkt mit seinem Vermögen haftet. Lediglich der geschäftsunfähige bzw. beschränkt geschäftsfähige Geschäftsführer haftet nicht persönlich (siehe auch § 179 III 2 BGB).

► Haftung der Gesellschafter

Ebenfalls mit Wirkung ab 1.11.2008 hat der Gesetzgeber eine Schadensersatzpflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft eingeführt, die vorsätzlich oder grob fahrlässig einem amtsunfähigen Geschäftsführer die Geschäfte überlassen haben (§ 6 V GmbHG). Eine „Überlassung der Geschäfte“ ist nicht nur bei Bestellung der betreffenden Person gegeben. Sie liegt auch dann vor, wenn die Gesellschafter den Betreffenden nach Eintritt der Amtsunfähigkeit, wodurch die Bestellung nichtig wird, nicht aus dem Amt entfernt oder ihm sonst faktisch die Führung der Geschäfte der GmbH überlassen haben. Die Gesellschafter müssen danach für Schäden haften, die der GmbH dadurch entstehen, dass der Geschäftsführer seine Obliegenheiten nicht erfüllt. Was dies im Einzelnen bedeutet, ist unklar. Es sind nur Schäden der GmbH und nicht bei Dritten erfasst, die diesen etwa durch die unterlassene Stellung des Insolvenzantrages oder Nichterfüllung von Forderungen entstehen. Die GmbH ist Inhaberin des Anspruchs. Bedeutung wird diese Anspruchsgrundlage wohl erst in der Insolvenz der GmbH erlangen, da vorher die GmbH gegen ihre eigenen Gesellschafter den Anspruch nicht durchsetzen wird. Andererseits könnte der Anspruch von einzelnen Gesellschaftern verfolgt werden, wenn nur ihre Mitgesellschafter, nicht jedoch sie selbst hiergegen verstoßen haben, etwa wenn die Mitgesellschafter trotz Kenntnis von einer Amtsunfähigkeit den Geschäftsführer bestellten. Auch könnten nach einem Gesellschafterwechsel, die eintretenden Gesellschafter gegen die Altgesellschafter derartige Ansprüche verfolgen. Schäden der Gesellschaft, die dieser durch die Verletzung der Obliegenheiten entstehen, könnten Nachteile sein, die durch die sorgfaltswidrige Geschäftsführung des amtsunfähigen Geschäftsführers entstehen. Der Geschäftsführer hat die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes einzuhalten. Diese lässt sich als Obliegenheit im Sinne des § 6 Abs. 5 GmbHG begreifen, so dass der GmbH ein Schadensersatzanspruch gegen die betreffenden Gesellschafter bei einem etwaigen Auswahl- bzw. Unterlassungsver schulden erwächst. Die Einzelheiten des Anspruchs muss die Rechtsprechung klären. Meines Erachtens gelten dieselben Grundsätze wie für den gegen den Geschäftsführer bestehenden Anspruch, etwa hinsichtlich der Verjährungsfrist. Hat beispielsweise der Geschäftsführer Forderungen der GmbH verjähren lassen, haftet er auf Schadensersatz gemäß § 43 GmbHG, wobei eine Verjährungsfrist von fünf

Jahren gilt. Hierbei dürfte der Geschäftsführer trotz Nichtigkeit seiner Bestellung als faktischer Geschäftsführer haften, daneben haften die Gesellschafter, die ihm die Geschäfte vorsätzlich oder grob fahrlässig überlassen haben.

### III. Der ausländische Geschäftsführer

#### ► Aufenthaltserlaubnis erforderlich?

Geschäftsführer einer GmbH kann auch ein ausländischer Staatsangehöriger sein. Bei EU-Angehörigen gibt es ohnehin keine Schwierigkeiten. Ein Wohnsitz oder ständiger Aufenthalt, eine Arbeits- oder Gewerbeerlaubnis im Inland sind nicht erforderlich.<sup>9</sup> Problematisch sind die Fälle, in denen der Geschäftsführer keine Aufenthaltserlaubnis besitzt und diese auch nicht bekommt. Grundsätzlich stellt dies kein Bestellungen- oder Eintragungshindernis für das Handelsregister dar. Das Registergericht kann den Geschäftsführer trotzdem eintragen. Einige Registergerichte verlangen allerdings die Vorlage einer Aufenthaltserlaubnis bzw. eines Negativattest der Ausländerbehörde. Die Praxis ist hier uneinheitlich.

#### ► Pflichterfüllung ausschlaggebend

Von entscheidender Bedeutung ist es, ob der Geschäftsführer aufgrund der fehlenden Aufenthaltserlaubnis in der Lage ist, seine Pflichten zu erfüllen. Die strenge Auffassung fordert eine jederzeitige Einreisemöglichkeit ins Inland.<sup>10</sup> Teils wird aber auch vertreten, dass sich der Geschäftsführer aufgrund moderner Kommunikationsmittel (wie Email, Telefon, Fax, Internetkonferenzen) in die Lage versetzen kann, die Geschäfte zu führen und auch die gesetzlichen Pflichten zu erfüllen.<sup>11</sup> Mit vielen Staaten existieren zudem Abkommen, wonach Geschäftsführer bis zur Dauer von drei Monaten ohne vorherige Beantragung und Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ins Bundesgebiet einreisen und sich hier aufhalten dürfen.

Diese Personen können nach zutreffender Ansicht als Geschäftsführer fungieren.<sup>12</sup> In den Fällen, in denen sich der Geschäftsführer jedoch definitiv nicht in Deutschland aufhalten darf – etwa weil er schon rechtskräftig abgeschoben worden

<sup>9</sup> OLG Celle ZIP 2007, 1157.

<sup>10</sup> OLG Celle ZIP 2007, 1157; OLG Zweibrücken NJW-RR 2001, 1689; OLG Köln OLGR 1999, 108; OLG Hamm ZIP 1999, 1919 unter Hinweis auf die Pflichterfüllung im Hinblick auf die Insolvenzantragspflicht, die Pflicht zur Sicherung des Stammkapitals und der unverzüglichen Gewährung des Auskunfts- und Einsichtsrechts des Gesellschafters, das solle auch dann gelten, wenn mehrere Geschäftsführer existieren.

<sup>11</sup> OLG Frankfurt/Main NJW 1977, 1595; OLG Düsseldorf GmbHR 1978, 110; OLG Dresden GmbHR 2003, 537, 538.

<sup>12</sup> OLG Frankfurt 2001, 209; siehe auch OLG Dresden GmbHR 2003, 537, wonach die jederzeitige Einreisemöglichkeit nicht gefordert werden könne. Das Gericht bejahte die Eignung als Geschäftsführer in einem Fall, in dem der Geschäftsführer längstens für drei Monate im Jahr ein Visum erhielt, sich anschließend OLG Stuttgart NZG 2006, 789.