Lothar Volkelt

Geschäftsführer im Konzern

Amtsantritt, Aufgaben, Geschäftsführer-Vertrag, Rechte und Pflichten

GABLER

Lothar Volkelt

Geschäftsführer im Konzern

Lothar Volkelt

Geschäftsführer im Konzern

Amtsantritt, Aufgaben, Geschäftsführer-Vertrag, Rechte und Pflichten

GABLER

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

1. Auflage 2011

Alle Rechte vorbehalten
© Gabler Verlag | Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2011

Lektorat: Andreas Funk

Gabler Verlag ist eine Marke von Springer Fachmedien.
Springer Fachmedien ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media.
www.gabler.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, 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.

Umschlaggestaltung: KünkelLopka Medienentwicklung, Heidelberg
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier
Printed in Germany

ISBN 978-3-8349-2593-0

Vorwort

Gesellschafter-Geschäftsführer treffen strategische und operative Entscheidungen weitgehend selbstständig. Sie unterliegen lediglich dem Weisungsrecht der Gesellschafter durch die Gesellschafterversammlung. Komplizierter ist die Situation des Geschäftsführers, der in einem verbundenen Unternehmen als Verantwortlicher einer Tochtergesellschaft tätig ist. Er muss regelmäßig auf die wirtschaftlichen Interessen der Muttergesellschaft und den Gesamt-Konzern Rücksicht nehmen. Die Konzern-Muttergesellschaft und deren Vorstand können jederzeit direkt in die Geschäfte der Tochtergesellschaften und damit in den Verantwortungsbereich der Geschäftsführer eingreifen.

Der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft muss den Spagat zwischen gegenläufigen Interessen annehmen und gestalten: Er muss den Anforderungen des Gesetzgebers an seine Verantwortlichkeiten gerecht werden, er muss die Interessenlage des Gesamt-Konzerns und der Konzern-Obergesellschaft berücksichtigen und last not least die persönlichen Motivationen der Mitglieder der Konzern-Leitung kennen und in seine Unternehmensführung einbeziehen.

In diesem Buch sind alle wichtigen rechtlichen, organisatorischen und praktischen Aspekte des Handelns für den **Geschäftsführer im Konzern** behandelt. Der Geschäftsführer erfährt darüber hinaus, wie man Geschäftsführer wird und welche Aufgaben und Verantwortlichkeiten auf ihn zukommen. Es zeigt, wie sich der Geschäftsführer vertraglich absichern kann und wie er seine Position zwischen verschiedenen Interessen erfolgreich einnimmt.

Bollschweil im Januar 2011 — Dipl. Volkswirt Lothar Volkelt

Inhaltsübersicht

Vorwort 5

Abkürzungsverzeichnis 11

Verzeichnis Quellen, Literatur, Fachbeiträge 13

§ 1 Grundlagen 15

A. Konzern ist nicht gleich Konzern 15
I. Besonderheiten in verbundenen Aktiengesellschaften 16
II. Die GmbH als Tochtergesellschaft im Konzern 16

B. Vertragliche Einbindung des Geschäftsführers 18
I. Pflichten des Geschäftsführers nach Handelsrecht 20
II. Pflichten des Geschäftsführers nach dem GmbH-Gesetz 23
1. Keine Auszahlung von Stammkapital 24
2. Vorsicht beim Erwerb eigener Anteile 24
3. Vorsicht in der wirtschaftlichen Krise der GmbH 25
4. Vorsicht bei falschen Angaben zur GmbH 26

§ 2 Bewerbung um die Position eines Geschäftsführers einer Tochtergesellschaft 27

A. Was es bedeutet, Geschäftsführer eines Unternehmens zu sein 27

B. Sie streben die Stelle eines Geschäftsführers an 28
I. Bewerbungsunterlagen 29
II. Gesprächsvorbereitung 29
III. Fragen im Gespräch 29
IV. Bewerbungskosten 31

C. Wie werden Geschäftsführer ausgewählt? 32
I. Die Auswahlkriterien der Personalberater 32
II. Auswahl und Abstimmung durch die Mitglieder des Bestellorgans 33
III. Besonderheiten im mittelständischen Unternehmensverbund 34

D. Was Sie über das Zielunternehmen wissen müssen 35
I. Informationen aus dem Jahresabschluss 35
II. Informationen über das Zielunternehmen aus anderen Quellen 38

§ 3 Gestaltung und Abschluss des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages 41

A. Wechsel des Angestellten in die Stellung des Geschäftsführers 44

B. Bestellung zum Allein-Geschäftsführer 45

C. Bestellung zum ressortverantwortlichen Geschäftsführer 46

D. Sozialversicherung und Steuer 46
I. Sozialversicherungsrechtliche Stellung des Konzern-Geschäftsführers 46
II. Besteuerung der Einkünfte des Konzern-Geschäftsführers 48

E. Sondervereinbarung zum Kündigungsschutz 48

F. Das Gehalt des Geschäftsführers im Konzern 48

G. So machen Sie Ihren Anstellungsvertrag „kündigungsfest“ 53

H. Vertragsmuster mit fallbezogenen Formulierungen 55

I. Häufige Fragen zum Geschäftsführer-Anstellungsvertrag 62

§ 4 Der Amtsantritt in der Tochtergesellschaft 63
A. Die Anmeldung zum Handelsregister 63
B. Amtsantritt 65
I. Erwartungen und Erfolgsfaktoren 65
II. Betriebsbesichtigung und Präsentation 66
III. Ziele und Zielvorgaben 66
IV. Zusammenarbeit mit weiteren Geschäftsführern 69
V. Umgang mit Mitarbeitern 71
§ 5 Praktische Grundlagen der Geschäftsführung 73
A. Rechte, Pflichten, Unternehmensgrundsätze, Informationsverpflichtung 73
I. Ressortübergreifende Verantwortung jedes einzelnen Geschäftsführers 73
II. Vorkehrungen gegen die Haftung des Geschäftsführers 77
III. Berichtswesen: Wer muss was wissen 90
IV. Unternehmenskultur / Unternehmensgrundsätze 91
V. Führungsstile – zeitgemäßer Umgang 92
VI. Selbst-Management, Arbeits-Systematik 94
VII. Projekt-Management 95
VIII. Umgang mit neuen Gesetzen und Vorschriften 98
B. Organisation des Geschäftsführer-Office 98
I. Der Geschäftsführer als Abteilungsleiter und Vorgesetzter 98
II. Richtlinien-Kompetenz des Geschäftsführers 101
III. Arbeitsabläufe im Office des Geschäftsführers 102
IV. Öffentlichkeitsarbeit 104
V. Marktforschung 105
VI. Lobby und Verbandsarbeit 106
VII. Netzwerke 107
VIII. Rechtsabteilung 108
C. Pflicht zur externen Beratung 109
I. Zusammenarbeit mit externen Beratern 110
II. Zusammenarbeit mit dem Steuerberater 112
§ 6 Besonderheiten im GmbH-Konzern 117
A. Zentrale Unternehmensplanung 117
B. Cash-Pooling-Finanzierung 119
C. Konzernverträge 121
I. Gewinnabführungsvertrag 121
II. Organgesellschaft 122
D. Zustimmungserfordernisse und Weisungen 124
E. Auskunfts- und Einsichtsrechte im verbundenen Unternehmen 125
F. Steuerpflichten 128
I. Die Pflicht zur Abgabe von Steuererklärungen 129
II. Termine für die Jahres-Steuererklärungen 129
III. Pflicht zur Steueranmeldung und Voranmeldung 129
IV. Folgen der Nichtabgabe von Steuererklärungen und Anmeldungen 130
V. Verpflichtung zur Zahlung der Steuern 130
VI. Folgen der Nicht-Zahlung von Steuern 130

VII. Gewerbesteuer 131
VIII. Kapitalertragsteuer 131
IX. Steuerbescheinigung für den Gesellschafter 132
X. Körperschaftsteuer/Solidaritätszuschlag 133
XI. Lohnsteuer 134
XII. Folgen nicht ordnungsgemäßer Anmeldung und Entrichtung der Lohnsteuer 135
XIII. Umsatzsteuer 136
XIV. Steuerbelastung der GmbH und der Gesellschafter 137

G. Der Jahresabschluss im GmbH-Konzern 138
I. Grundlagen des GmbH-Jahresabschlusses 138
II. Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers 143
III. Der Konzern-Abschluss 148
IV. Offenlegung des Jahresabschlusses im Konzern 151

H. Innerbetriebliche Verrechnungspreise 151

I. Die GmbH in der wirtschaftlichen Krise 152
I. So prüfen die Banken 153
II. Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung 154
III. Sanierung 156
IV. Insolvenzverfahren 157
V. Stellung des Geschäftsführers im Insolvenzverfahren 159

J. „Ihre" Tochter-GmbH wird verkauft 160

K. Häufige Fragen 162

§ 7 Beendigung der Zusammenarbeit 166

A. Beendigung der Zusammenarbeit zum vereinbarten Vertragsende 166

B. Abberufung des Geschäftsführers 167

C. Kündigung des Anstellungsvertrages 167
I. Ordentliche Kündigung 169
II. Außerordentliche Kündigung 169
III. Die Abberufung als wichtiger Grund zur Kündigung 170
IV. Pflicht zur Übernahme sachbearbeitender Tätigkeiten nach Übernahme der GmbH in einen Konzernverbund 171
V. Beispiele für unberechtigte Kündigungen 172
VI. Ansprüche gegen die ausländische Muttergesellschaft 173

D. Wettbewerbsverbot 174
I. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot 175
II. Verzicht auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot 176
III. Lücken im nachvertraglichen Wettbewerbsverbot 177

E. Amtsniederlegung 178

F. Das Zeugnis des GmbH-Geschäftsführers 179
I. Qualifiziertes statt einfaches Zeugnis 180
II. Zeugnisanspruch 180
III. Falsches oder fehlerhaftes Zeugnis 180
IV. Anspruch auf ein Zwischenzeugnis 181
V. Inhalt des Zeugnisses 182

VI. Der Aufbau des Zeugnisses 183
G. Häufige Fragen zum Vertragsende des Geschäftsführers 186
§ 8 Vorteilhafte Gestaltungen 188
A. Verkauf der eigenen GmbH an eine Konzerngesellschaft 188
B. Vorbereitung der Verträge 189
C. Vorkehrungen gegen ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot 189
D. Checkliste: vorbereitende Maßnahmen zum Verkauf der eigenen GmbH 190
E. Bewertung der GmbH 193
F. Häufige Fragen zum Verkauf der eigenen GmbH an ein Konzernunternehmen 196
G. Steuergestaltungen für den Geschäftsführer einer Tochter-GmbH 197
I. Das häusliche Arbeitszimmer: 197
II. Der Firmenwagen 198
III. Steuerliche Möglichkeiten für die Alterssicherung 198
IV. Gestaltungen mit dem Geschäftsführer-Gehalt 199
V. Gesellschafter-Darlehen 199
VI. Steuergünstig Ansparen und an den Nachfolger verkaufen 200
VII. Steuersparende Gestaltungen mit Familien-Angehörigen 200
VIII. Erfolgsbeteiligung für den (Gesellschafter-) Geschäftsführer 202
Stichwortverzeichnis 203

Abkürzungsverzeichnis

AktG	Aktiengesetz
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Fachzeitschrift)
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BStBl.	Bundessteuerblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DB	Der Betrieb (Fachzeitschrift, Verlag Handelsblatt)
DR	Deutsche Rentenversicherung
FG	Finanzgericht
GAufzV	Gewinnabgrenzungsaufzeichnungsverordnung
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau (Fachzeitschrift, Verlag Otto Schmidt Verlag)
HGB	Handelsgesetzbuch
IFRS	International Financial Report Standards
InsO	Insolvenzordnung
InvG	Investmentgesetz
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KSt	Körperschaftsteuer
KStG	Körperschaftsteuergesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, (Fachzeitschrift, Verlag C.H. Beck)
OLG	Oberlandesgericht
SprAuG	Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten
StGB	Strafgesetzbuch
vGA	verdeckte Gewinnausschüttung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz

Verzeichnis Quellen, Literatur, Fachbeiträge

Cash-Management in Unternehmensgruppen, Makowski, Reihe 2000, Verlag C. H. Beck

Die Geschäftsleitung der GmbH, Prof. Dr. Reinhard Höhn, Köln, 2. Auflage 1995, Verlag Dr. Otto Schmidt

Die Konzernhaftung für die satzungsgemäß abhängig gegründete GmbH, Dr. S. Beinert, 1995, Verlag Otto Schmidt

Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen: Wolfgang Berens, Hans U. Brauner, Joachim Strauch, 2005, Verlag Schäffer-Poeschel

Die Due Diligence bei der GmbH und der Aktiengesellschaft. Die Geschäftsführungsorgane im Konflikt zwischen Geheimhaltung und Informationsoffenlegung: Nikolas Zirngibl, 2003, Verlag Rhombos

Führen Leisten Leben, Fredmund Malik, Verlag Campus

Führungskräfte Handbuch, Herausgeber H. Joka, Springer Verlag Berlin Heidelberg New York, 2002, Der Geschäftsführer im Konzern, S. 531 ff.

Holding-Handbuch. M. Lutter, 2004, Verlag C.H. Beck

Konzernleitung bei der GmbH, Die Pflichten des Geschäftsführers. Konzern, Konzernrecht und Konzernfinanzierung, Teil X., Jungkurth, Hrsg. von Walther Hadding / Uwe H. Schneider, 2000, Verlag C.H. Beck

Fachbeiträge (geordnet nach Erscheinungsdatum)

Prof. Dr. Uwe H. Schneider: Die 16 goldenen Regeln zur Haftung des Geschäftsführers einer Holding, GmbHR 2010, 1313 ff.

Dr. Stephan Arens: Untreue des Gesellschafters bei Errichtung eines Cash-Pools, GmbHR 2010, 905 ff.

Dr. Caspar Frhr. V. Schnurbein: Verdeckte Sacheinlage im Konzern – Vereinfachung durch das MoMiG?, GmbHR 2010, 568 ff.

Prof. Dr. Ingo Saenger, Dr. Raphael Koch: Cash-Pooling und Feststellung der Zahlungsunfähigkeit, GmbHR 2010, S. 113 ff.

Dr. Guido Eusani: Darlehensverzinsung und Kapitalerhaltung beim Cash-Pooling nach dem MoMiG, GmbHR 2009, S. 785 ff.

§ 1 Grundlagen

Mit der Bestellung ins Amt des Geschäftsführers übernimmt der Geschäftsführer die „operative" Hoheit im Unternehmen. Zumindest auf dem Papier. In der Praxis stimmt das für den Gesellschafter-Geschäftsführer – also für den Geschäftsführer, der zugleich an der GmbH beteiligt ist und aufgrund seines mit dem Geschäftsanteil verbundenen Stimmrechts seine wirtschaftlichen Interessen und geschäftlichen Vorstellungen in der Geschäftspolitik umsetzen kann. Alle anderen Geschäftsführer müssen sich in der Praxis der Geschäftsleitung mit anderen Organen und Personen arrangieren und abstimmen: 1

- Der Geschäftsführer, der nur eine **Minderheits-Beteiligung** (Beteiligung < 50% und weniger) an der GmbH hält, kann die Grundlagen der Geschäftspolitik – das sind z. B. strategische Entscheidungen aber auch Entscheidungen zu einzelnen Geschäftsvorgängen – nur zusammen mit anderen Gesellschaftern durchsetzen.
- Der Geschäftsführer **ohne eigene Beteiligung** an der GmbH (Fremd-Geschäftsführer) unterliegt einem weit reichenden Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung. In der Praxis wird zusätzlich ein Katalog mitbestimmungspflichtiger Geschäfte festgelegt. Diese Geschäfte kann er dann nur tätigen, wenn er zuvor das Einverständnis der Gesellschafter zu solchen Geschäften einholt.

Noch weiter gehende Abhängigkeiten muss der Geschäftsführer im Tochterunternehmen eines Konzerns in Kauf nehmen. Da es Zweck des Konzerns ist, die einzelnen Unternehmensteile zum Wohle des gesamten Unternehmensverbundes zu verbinden, ist die Konzernleitung mit Vollmachten und Rechten ausgestattet, die es ermöglichen jedes Konzernunternehmen auf dieses gemeinsame Ziel hinzulenken. Für den einzelnen Geschäftsführer bedeutet das: Er ist Team-Player – er muss sich mit seinen Entscheidungen und wirtschaftlichen Ausrichtungen arrangieren und er muss sich mit den handelnden Personen im Konzern verständigen, einlassen und abstimmen. Das erfordert hohe soziale und kommunikative Kompetenz und die Fähigkeit, sich auf Projekt- und Führungs-Management einzulassen. 2

A. Konzern ist nicht gleich Konzern

Ein Konzern entsteht, wenn mehrere Unternehmen finanziell, wirtschaftlich oder rechtlich miteinander verbunden sind, so dass die Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung stehen. Die einzelnen Konzern-Unternehmen bleiben dabei rechtlich eigenständige Unternehmen. Die Verbindung der Unternehmen besteht dabei entweder in der Verflechtung von Kapitalanteilen oder in vertraglichen Vereinbarungen. 3

Man unterscheidet verschiedene Arten von Konzernen. 4

- Der **Vertragskonzern**: Dabei wird zwischen dem Mutterunternehmen und einem/den Tochterunternehmen ein Vertrag[1] abgeschlossen, in dem die Rechte und Pflichten der Beteiligten vereinbart werden (z. B. als Gewinnabführungsvertrag).
- Der **faktische Konzern**: Besteht die Verbindung allein aus einer (gegenseitigen) Beteiligung, handelt es sich um eine faktische Verbindung zwischen den Unternehmen[2].
- Der **qualifizierte Konzern:** Hält das Mutterunternehmen eine beherrschende Beteiligung an einem anderen Unternehmen (> 50%), hat die Muttergesellschaft jederzeit die Möglichkeit auf die Geschäfte der Tochterunternehmen Einfluss zu nehmen.

1 §§ 291, 292 AktG
2 § 17 AktG

L. Volkelt, *Geschäftsführer im Konzern*, DOI 10.1007/ 978-3-8349-6576-9_1,
© Gabler Verlag | Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2011

I. Besonderheiten in verbundenen Aktiengesellschaften

5 Rechtliche Vorgaben für in dieser Weise verbundene Unternehmen ergeben sich aus dem Aktienrecht, dem Wertpapierhandelsgesetz, dem Mitbestimmungsrecht, dem Handels- und Steuerrecht und dem Wettbewerbsrecht.

6 Das Aktienrecht verbietet die Bildung von faktischen qualifizierten Abhängigkeiten für Aktiengesellschaften. Die Aktiengesellschaft kann zwar Aktien anderer Aktiengesellschaften erwerben. Damit ist es aber nicht möglich, direkten Einfluss in Form von Weisungen an den Vorstand der Tochter-Aktiengesellschaften zu erteilen. Die Weisungshoheit an einer anderen Aktiengesellschaft ist nur über einen Beherrschungsvertrag zwischen der Konzern-Muttergesellschaft und den Konzern-Untergesellschaften möglich. Dieser sog. Gewinnabführungsvertrag bedarf der Zustimmung durch die Hauptversammlung[3] der beteiligten Konzern-Gesellschaften.

Stellung des Vorstandes einer „Tochter"-Aktiengesellschaft:

In der Regel wird der Vorstand zeitlich befristet bestellt (max. 5 Jahre) und auf der Grundlage eines ebenfalls zeitlich befristeten Anstellungsvertrages tätig. Dieser kann während der Laufzeit in der Regel nur aus wichtigem Grund vorzeitig gekündigt werden[4]. Der Vorstand kann die operativen Geschäfte im Rahmen bestehender Gesetze und vertraglicher Vereinbarungen selbst bestimmen[5]. Er ist ausschließlich dem Wohl der Gesellschaft verpflichtet. Weder Aufsichtsrat noch Hauptversammlung können dem Vorstand direkte Weisungen erteilen.

7 Kommt ein Beherrschungsvertrag nicht zustande, wird die Einflussnahme des herrschenden Unternehmens per Gesetz auf eine solche Einflussnahme begrenzt, die bei Nachteilen auch ausgeglichen werden können[6]. Verstöße dagegen führen zur Haftung des herrschenden Unternehmens. Darüber hinaus enthält das Aktiengesetz zahlreiche Einschränkungen, die bei Beteiligungen von Aktiengesellschaften untereinander zu beachten sind. Das sind spezielle Vorschriften über Mehrheitsbeteiligungen[7] (mindestens 50 % der Anteile), für beherrschende Beteiligungen (75 % der Anteile) oder über die faktische einheitliche Leitung im Unternehmensverbund von Aktiengesellschaften. Zusätzlich sind Vorschriften aus dem Wertpapierhandelsgesetz (Anzeigepflichten) und aus dem Mitbestimmungsgesetz zu beachten.

II. Die GmbH als Tochtergesellschaft im Konzern

8 Rechtlich völlig anders angelegt ist die Einbindung von Unternehmen in der Rechtsform der GmbH (Unternehmergesellschaft, aber auch GmbH & Co. KG) in einen Konzern bzw. Unternehmensverbund. Hier gelten zunächst die Vorschriften des GmbH-Gesetzes. Das betrifft die Stellung der Organe der GmbH, ihre Rechte und Pflichten und insbesondere die Aufgabenteilung zwischen den Gesellschaftern der GmbH und ihrem/n Geschäftsführer/n.

Stellung des Geschäftsführers einer „Tochter"-GmbH:

Der Geschäftsführer wird von den Gesellschaftern der GmbH bestellt – befristet oder unbefristet – und auf der Grundlage eines ebenfalls befristeten oder unbefristeten Anstellungsvertrages tätig. Gesellschafter der GmbH ist im Konzernverbund in der Regel die Konzern-Obergesellschaft. Das Stimmrecht der Konzern-Obergesellschaft wird stellvertretend vom Vorstand der die GmbH-Anteile haltenden Aktiengesellschaft bzw. von der Geschäftsführung der die GmbH-Anteile haltenden GmbH-

3 §§ 293, 308 AktG
4 § 84 Abs. 3 AktG
5 § 76 AktG
6 § 311 AktG
7 § 16 AktG

Obergesellschaft wahrgenommen. Die Gesellschafter der GmbH – vertreten durch die Geschäftsleitung der Muttergesellschaft - können dem Geschäftsführer jederzeit und in allen Angelegenheiten der Tochter-GmbH direkt Weisungen erteilen[8]. Der Geschäftsführer muss diese ausführen, soweit diese nicht gegen bestehende gesetzliche Vorschriften oder vertragliche Vereinbarungen (Gesellschaftsvertrag, Treuepflicht) verstoßen9.

Zu allen anderen Angelegenheiten der Tochtergesellschaft können die Gesellschafter jederzeit beschließen. Welche Weisungen an den Geschäftsführer erteilt werden, steht völlig im freien Ermessen der Gesellschafter. Auch Einzelanweisungen an Geschäftsführer sind möglich[10]. Dazu genügt jedoch nicht – sofern es mehrere Gesellschafter gibt – die Anweisung eines Mehrheits-Gesellschafters. Die Anweisung muss dann auf der Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses erfolgen. 9

Normalfall ist, dass Sie mit der Weisung einverstanden sind und Sie die Weisung für eine wirtschaftlich richtige Maßnahme halten. Schwieriger ist es, wenn Weisungen auf Gesellschafterbeschlüssen beruhen, denen Nichtigkeit oder Anfechtung droht. Solange kein Gesellschafter eine konkrete rechtliche Maßnahme eingeleitet hat, müssen Sie auch diese Weisung ausführen. Noch schwieriger ist es, wenn es sich um eine Weisung handeln, die Sie wirtschaftlich nicht vertreten wollen oder können[11] 10

Für die Praxis

Ein einzelner Gesellschafter – auch nicht der Mehrheits-Gesellschafter - kann keine Weisungen erteilen. Weisungen an die Geschäftsführer müssen auf der Grundlage eines ordnungsgemäßen Gesellschafterbeschlusses ergehen. Als Geschäftsführer einer Tochter-Gesellschaft sollten Sie sich im Fall eines weisungsgemäßen Eingriffs in Ihre Geschäfte entweder immer den autorisierten Beschluss der Gesellschafterversammlung schriftlich vorlegen lassen oder wie im Konzern – eine schriftliche Weisung des weisungsbefugten Organs der Muttergesellschaft vorlegen lassen. Verlassen Sie sich auf keinen Fall auf mündlich, telefonisch oder elektronisch erteilte Anweisungen.

Da es für GmbH-Konzerne keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen gibt (außer über die Mitbestimmung, s. o.), werden einzelne Regelungen aus dem Aktienrecht angewandt. Im Unterschied zum Aktienrecht ist die sog. „qualifizierte Abhängigkeit" im faktischen GmbH-Konzern möglich und zulässig. 11

Hierzu gibt es aber ausführliche Rechtsprechung, nach der eine Durchgriffshaftung des beherrschenden Unternehmens angenommen wird. Danach haftet das beherrschende Unternehmen bzw. der beherrschende Gesellschafter[12], wenn er bei Ausübung seiner Konzernleitungsmacht keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen GmbH nimmt, soweit sich der dadurch der GmbH zugefügte Nachteil nicht durch Einzelausgleichsmaßnahmen auszugleichen sind[13]. Die Haftung des Mehrheitsgesellschafters besteht, weil er neben den Interessen der beherrschten Gesellschaft auch unternehmerische Interessen des anderen Unternehmens verfolgt, so ein tatsächlicher Interessenausgleich nicht mehr möglich ist. 12

In einigen neueren Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof eine pauschale gegenseitige Haftung im GmbH-Konzern nicht mehr unterstellt. Der Bundesgerichtshof[14] hat klargestellt, dass die Konzernhaftung nicht mehr automatisch auch auf GmbH angewandt werden kann, sondern jeder Einzelfall gesondert nach Pflichtverstößen zu prüfen ist. 13

8 § 37 GmbHG
9 vgl. dazu unter § 6 Buchstabe D
10 § 37 Abs. 1 GmbHG
11 vgl. dazu unter § 6 Buchstabe D
12 gemäß §§ 302, 303 AktG
13 Z. B. BGH, Urteil vom 29.3.1993, II ZR 265/91
14 z. B. BGH, Urteil vom 17.09.2001, II ZR 178/99

14 Es ist damit nicht mehr möglich, alleine schon bei dem Vorliegen einer konzernähnlichen Organisationseinheit die aktienrechtlichen Haftungsvorschriften (§§ 291 AktG) anzuwenden, wonach die Konzernmitglieder gegenseitig zur Haftung herangezogen werden können. Halten mehrere Gesellschafter (ein Gesellschafter) mehrere GmbH, die nicht durch eine Konzernvereinbarung/Gewinnabführungsvertrag gebunden sind und gerät eine GmbH in die Krise, ist im Einzelfall zu prüfen, ob hier Verstöße der Gesellschafter (-Geschäftsführer) vorliegen, die einen Durchgriff auf dessen sonstiges Vermögen zulassen. Der Geschäftsführer muss danach z. B. darauf achten, dass

- das Vermögen, das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich ist, nicht an die Gesellschafter ausgezahlt wird[15].
- die GmbH keine eigenen Geschäftsanteile erwirbt, auf welche die Einlagen nicht vollständig eingezahlt sind[16].
- keine Zahlungen mehr nach Vorliegen eines Insolvenzgrundes (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung) geleistet werden, gegebenenfalls rechtzeitig Insolvenzantrag gestellt wird[17]. Achtung: Hier kann der Geschäftsführer neben der Haftung mit dem Vermögen sogar zusätzlich strafrechtlich belangt werden mit Geldstrafen oder einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren[18].

B. Vertragliche Einbindung des Geschäftsführers

15 Der Geschäftsführer der Tochter-Gesellschaft wird von den Gesellschaftern bestellt. Damit ist er gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft. Er alleine handelt im Außenverhältnis rechtsverbindlich für die Gesellschaft.

16 Unabhängig von seiner Organstellung im Konzern als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft gibt es verschiedene Möglichkeiten den Geschäftsführer vertraglich in den Konzern einzubinden:

- Der Geschäftsführer ist als (Leitender) Angestellter der Konzern-Obergesellschaft tätig und wird im Rahmen seines Anstellungsvertrages mit der Geschäftsführung der Tochtergesellschaft beauftragt.
- Der Geschäftsführer wird im Rahmen seines bestehenden Anstellungsvertrages mit der Tochtergesellschaft zusätzlich mit der Führung der Geschäfte der Tochtergesellschaft beauftragt.
- Der Geschäftsführer wird auf der Grundlage des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages, der mit der Tochtergesellschaft abgeschlossen wird, tätig.
- Der Geschäftsführer wird aber auch auf der Grundlage eines Anstellungsvertrages mit einem Drittunternehmen (Schwesterunternehmen, z. B. eine Verwaltungs-Gesellschaft) als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft tätig.

17 Je nach vertraglicher Ausgestaltung bestimmt sich die Rechtsposition des Geschäftsführers. In der Praxis ist entscheidend, wie die Verhältnisse „tatsächlich" ausgelegt sind – ob der Geschäftsführer z. B. ausschließlich zur Umsetzung von Weisungen eingesetzt wird und ansonsten arbeitnehmerähnlich Tätigkeiten verrichtet oder inwieweit er weisungsunabhängig Entscheidungen treffen kann und über das operative Geschäft hinaus für die Tochtergesellschaft tätig wird[19].

18 Für GmbHs üblich ist, dass der Geschäftsführer auf der Grundlage eines mit der GmbH abgeschlossenen Geschäftsführer-Anstellungsvertrages tätig wird. Dieser kann mit der GmbH oder der geschäftsführenden Komplementär GmbH in der GmbH & Co. KG abgeschlossen werden. Bestand

15 § 43 Abs. 3 GmbH-Gesetz, § 30 GmbHG
16 § 43 Abs. 3 GmbH-Gesetz, § 33 GmbHG
17 § 64 GmbHG
18 § 85 GmbHG
19 zu den Rechten und Pflichten und einzelnen Vertragsgestaltungen vgl. unter § 3 ff

vor der Bestellung zum Geschäftsführer ein Anstellungs- oder Arbeitsverhältnis innerhalb der Konzern-Gesellschaft – also in der Konzern-Obergesellschaft oder im Tochterunternehmen selbst – sind rechtliche Besonderheiten zu beachten. So kann ausdrücklich vereinbart werden, dass dieses Arbeitsverhältnis weiter besteht oder nach Beendigung des Geschäftsführer-Anstellungsvertrages wieder „auflebt“[20]

19 Außer der Bestellung zum Geschäftsführer ins Amt und seiner vertraglichen Einbindung im Konzern gelten für GmbH-Geschäftsführer auch noch einige andere rechtliche Vorgaben und gesetzliche Vorschriften. Das betrifft z. B. seine Verpflichtung zur Unternehmensführung, weitere gesellschaftsrechtliche Vorgaben, die Stellung des Geschäftsführers im Sozialversicherungsrecht u. v. m. Deshalb ist es für den Geschäftsführer mit seiner Bestellung wichtig, sich einen Überblick über das gesamte Vertragskorsett zu verschaffen, in dessen Rahmen er tätig wird.

Checkliste: Der „erste“ Check

Betrifft ...	Check
Ihr „Arbeitgeber“	■ Sie kennen den Gesellschaftsvertrag „Ihrer“ GmbH? ■ Sie kennen die Verträge, die „Ihre“ GmbH zusätzlich binden (Gewinnabführungsvertrag, Vereinbarungen über Verrechnungspreise im Konzern, stille Beteiligungen, Gesellschafter-Darlehen usw.)
Ihr Anstellungsverhältnis	■ die Eckdaten des Anstellungsvertrages sind geklärt (Gehalt, Kündigung, Abfindung) ■ der Sozialversicherungsrechtliche Status ist geklärt
Ihren Tätigkeitsbereich	■ die Vertretungsbefugnis ist geklärt ■ die Stellenbeschreibung „Ressort“ liegt vor ■ eine Geschäftsordnung liegt vor ■ sind Sie im Handelsregister korrekt gemeldet und eingetragen

Für die Praxis

Ist es nicht möglich, vor der Bestellung Einblick in sämtliche Vertragswerke der Konzern-Tochter zu nehmen, sollten Sie sich unmittelbar nach Aufnahme Ihrer Tätigkeit alle internen Verträge vorlegen lassen bzw. die Konzern-Obergesellschaft zu veranlassen, den Gesellschaftsvertrag Ihres Unternehmens für Sie offen zu legen – z. B. mit dem Verweis auf Kenntnis zum vertraglichen Umfang von zustimmungspflichtigen Geschäften.

20 Im Familien-Unternehmensverbund gibt es gelegentlich neben den Vorgaben aus den Gesellschaftsverträgen der verbundenen Unternehmen zusätzliche Unternehmensgrundsätze. Darin gibt es zusätzliche verbindliche Vorgaben für alle Gesellschafter, die **Geschäftsführer** und alle Mitarbeiter des Unternehmens. Darin geregelt wird der Umgang mit Geschäftspartnern, Kunden und untereinander. Einige Unternehmen haben dazu eine ausführliche Unternehmens-Charta[21] aufgestellt. Jeder Mitarbeiter ist verpflichtet, die dort aufgeführten Grundsätze zu lesen und zu unterschreiben. Verstöße dagegen sind arbeitsrechtlich relevant.

20 vgl. dazu die Ausführungen unter § 3 ff.

21 Beispiel für eine Unternehmens-Charta: Die Charta der Unternehmensgruppe Endress & Hauser ist auf den Internet-Seiten veröffentlicht unter http://www.de.endress.com > über uns > Firmenprofil > Grundregeln > Charta > Download

Übersicht: Inhalte einer Familien-Charta:

Was muss geregelt werden	mögliche Regelungsinhalte
Wer gehört zur Familie	Stellung von Ehepartnern, Stellung von nicht ehelichen Lebensgefährten, Stellung von Kindern und Stiefkindern, Stellung von geschiedenen Ehegatten, Möglichkeit der Adoption usw.
Stellung im Erbfall	Abweichende Gestaltung von gesetzlichen Erbfolgen, Verbot der Stückelung des Anteils, Regelungen zum Ausgleich für Familien-Mitglieder, die Nicht-Gesellschafter sind.
Bedeutung der Unternehmensgrundsätze	Katalog der Verhaltensanforderungen beim Zusammenleben mit Nicht-Familien-Mitgliedern.
Mitarbeit von Familien-Mitgliedern im Familien-Unternehmen	Formulierung der Einstiegsvoraussetzungen (Ausschreibung, Ausbildung, ranggleiche Tätigkeit bereits in einem vergleichbaren Dritt-Unternehmen).
Informations- und Meinungsaustausch zwischen Unternehmen und Familien-Mitgliedern	Einrichtung von regelmäßigen Veranstaltungen und Familien-Events zur Förderung des Informations- und Meinungsaustauschs zwischen dem Unternehmen und den Familien-Mitgliedern und Familien-Mitgliedern untereinander (Familientag, Familien-Camp).
Zusammenarbeit mit Firmen von Familien-Mitgliedern	ordentliche Ausschreibung der nachgefragten Leistungen, Auftragsvergabe nach dem Vier-Augen-Prinzip.

Für die Praxis

In der Regel wird auch vom Fremd-Geschäftsführer im familiären Unternehmensverbund erwartet, dass er die Grundregeln der Unternehmens-Charta kennt, einhält und in seinem Verantwortungsbereich umsetzt. Die Gesellschafter erwarten das und werden diese Grundsätze im Zweifel auch mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen gegen den Familien fremden Geschäftsführer umsetzen.

I. Pflichten des Geschäftsführers nach Handelsrecht

21 Der Geschäftsführer muss jederzeit mit der Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes handeln[22]. Danach muss der Geschäftsführer bestehende Gesetze einhalten. Der Geschäftsführer hat die Pflicht zur Unternehmensleitung innerhalb der Vorschriften des Gesellschaftsvertrages, von Gesellschafterweisungen und der – sofern vorhanden – bestehenden Geschäftsordnung.

Beispiele:

- Pflicht zur Bonitätsprüfung von Vertragspartnern
- Pflicht zur Nachkalkulation bei Angeboten größeren Umfangs
- Einforderung von Sicherheiten bei Lieferungen auf Kredit ins Ausland
- Erwerb von langfristigen Investitionsgütern grundsätzlich nur gegen Sicherung der Bezahlung aus Fremdmitteln
- Führung von Kassenbüchern
- Abschluss von Versicherungen
- Einhaltung von gesetzlichen Vorschriften (Arbeitsschutz, Umweltschutz)

22 § 43 Abs. 1 GmbHG, § 347 HGB

Wer Geschäfte mit neuen Partnern abschließt, sollte z. B. grundsätzlich eine Bonitätsprüfung durchführen. Dazu können Auskünfte bei Ihrer örtlichen IHK eingeholt oder ein darauf spezialisierte Auskunftei eingeschaltet werden – z. B. über die Internet-Dienste der Auskunfteien. Die Auskünfte sind kostenpflichtig und in der Regel sehr zuverlässig. 22

Wenn Geschäfte mit ausländischen Geschäftspartnern abgewickelt werden, ist der Geschäftsführer verpflichtet, die Tochtergesellschaft gegen Kredit- und Finanzrisiken, die mit den unsichereren Bedingungen in ausländischen Wirtschafts- und Sozialsystemen verbunden sind, abzusichern. Dazu gehört, dass Sie Bürgschaften des Bundes in Anspruch nehmen – sog. Hermes-Bürgschaften. Wird dies unterlassen macht sich der Geschäftsführer u. U. schadensersatzpflichtig und haftet für den entstandenen Schaden persönlich. 23

Laut HGB gelten für den Kaufmann und damit auch für den GmbH-Geschäftsführer Sondervorschriften. 24

Übersicht: Besondere Pflichten des Kaufmanns nach Handelsrecht:

- **Schweigen auf Geschäftsbesorgungsverträge**: Schweigt der Kaufmann auf einen Antrag, der auf eine Geschäftsbesorgung im Rahmen seines Gewerbes gerichtet ist, gilt dies als Annahme[23]. Der Geschäftsführer muss ausdrücklich widersprechen, wenn das Geschäft nicht getätigt werden soll.
- **Kaufmännisches Bestätigungsschreiben:** Hat der Kaufmann mündlich oder telefonisch mit einem Geschäftspartner über Vertragskonditionen verhandelt und bestätigt dieser anschließend die Vereinbarung in schriftlicher Form, dann muss der Geschäftsführer dem Bestätigungsschreiben ausdrücklich widersprechen, wenn es nicht dem Inhalt der Vereinbarungen entspricht. Andernfalls kommt der Vertrag zu den Konditionen des Bestätigungsschreibens zustande.
- **Vergütung ohne ausdrückliche Vereinbarung:** Kaufleute können auch ohne ausdrückliche Vereinbarung einen Anspruch auf Vergütung[24] geltend machen. Von einem Kaufmann wird generell nicht erwartet, dass er Leistungen unentgeltlich erbringt.
- **Zinsen:** Kaufleute können bei beiderseitigen Handelsgeschäften Zinsen[25] schon ab dem Tag der Fälligkeit fordern. Für den Zinsanspruch ist daher generell weder eine Mahnung noch ein Verschulden des Vertragspartners Voraussetzung. Außerdem kann stets ein Mindestzins von 5%[26] statt der im BGB gültigen 4% gefordert werden.
- **Formfreiheit von Bürgschaften, Schuldversprechen, Schuldanerkenntnissen**
  Bürgschaften, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse[27] sind formfrei wirksam. Die z. B. am Telefon oder im persönlichen Gespräch abgegebene Erklärung „Für Frau/Herrn Meier stehe ich ein" kann daher schon zu einer rechtsgeschäftlich bindenden Bürgschaft führen.
- **Sorgfaltspflicht:** Bei Handelsgeschäften verlangt das Gesetz eine gegenüber dem gewöhnlichen Maßstab erhöhte Sorgfaltspflicht, die es als „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" beschreibt. Diese enthält z.B. die Pflicht zur sorgfältigen Behandlung aller Brief-, Telefax-, Telegramm Ein- und Ausgänge, zur ausreichenden Versicherung wichtiger Sendungen, zur Prüfung von Unterschriften auf Schecks sowie zur sorgfältigen Aufbewahrung von Firmenbriefbögen und Firmenstempeln, um Missbrauch zu verhindern.

23 § 362 Absatz 1 HGB
24 § 354 Absatz 1 HGB
25 § 353 HGB
26 § 352 HGB
27 § 350 HGB

- **Vertragsstrafe:** Für den Kaufmann ist eine Herabsetzung unverhältnismäßig hoher Vertragsstrafeversprechen[28] ausgeschlossen. Er muss daher vor einem solchen Versprechen noch sorgfältiger prüfen, ob er die Einhaltung des zugrunde liegenden Vertrages – auch durch seine Mitarbeiter- sicherstellen kann
- **Unwirksamkeit von Abtretungsverboten:** Bei beiderseitigen Handelsgeschäften ist die Vereinbarung eines Abtretungsverbots unwirksam[29]. Dies hat für den Kaufmann den Vorteil, dass er seine Geldforderungen auch dann als Sicherheit für Kredite abtreten kann, wenn dies vertraglich – z. B. in den „Allgemeinen Geschäftsbedingungen" des Vertragspartners - ausgeschlossen ist.
- **Laufende Rechnung / Kontokorrent**: Nur der Kaufmann kann eine Kontokorrentabrede[30] treffen.
- **Annahmeverzug beim Handelskauf:** Nimmt ein Käufer die bestellte Ware nicht ab, hat der Kaufmann weitergehende Rechte als ein Nichtkaufmann, der dem BGB unterliegt. Der Kaufmann kann die Ware auf Gefahr und Kosten des Käufers einlagern oder sie nach vorheriger Androhung öffentlich versteigern lassen[31]. Der Nichtkaufmann hat bei Annahmeverzug nur die Möglichkeit der allgemeinen Hinterlegung gemäß § 372 BGB. Die allgemeine Hinterlegung lässt nur die Hinterlegung von Geld, Wertpapieren sowie besonderen Wertsachen bei der Hinterlegungsstelle zu.
- **Untersuchungs- und Rügepflicht beim Handelskauf:** Beim beiderseitigen Handelskauf unterliegt der Käufer bei der Warenannahme einer strengen Untersuchungs- und Rügepflicht[32]. Er ist als Kaufmann verpflichtet, die Ware unverzüglich zu untersuchen und Mängel bzw. Fehllieferungen gegenüber dem Verkäufer zu rügen. Unterlässt er dies, verliert er seine Gewährleistungsansprüche.

25 Neben diesen gesetzlich kodifizierten Vorschriften sollte der Geschäftsführer auch solche Verpflichtungen kennen, die nach Vorgabe gerichtlicher Entscheidungen zu beachten sind. Das sind in der Regel wichtige Einzelfälle, die dem Geschäftsführer konkretisierte Pflichten auferlegen.

26 So muss sich der Geschäftsführer z. B. nach einem Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Schleswig-Holstein *„die notwendigen steuerrechtlichen und handelsrechtlichen Kenntnisse verschaffen, um das Amt auszuführen"*. Ganz konkret muss er in der Lage dazu sein, die Jahresbilanz einer Plausibilitätsprüfung zu unterziehen[33].

27 Es genügt nicht zu seiner Haftungsfreistellung, wenn er den Jahresabschluss (z. B. beim Erwerb einer GmbH oder bei Vorlage des Jahresabschusses zur Feststellung durch die Gesellschafter) vom Steuerberater erstellen lässt und sich darauf beruft, dass dieser den Jahresabschluss von Berufs wegen korrekt anzufertigen habe. Der Geschäftsführer muss selbst beurteilen können, ob der Jahresabschluss in seinen Rahmenaussagen korrekt ist und dem tatsächlichen Geschäftsverlauf entspricht.

28 Das Urteil hat ganz praktische und weit reichende Folgen, z. B. bei der Beurteilung einer Fortsetzungsprognose in der wirtschaftlichen Krise der GmbH. Nach Auffassung des Gerichts, muss der Geschäftsführer auch den Ansatz der Bilanzierungswerte im Zusammenhang mit einer Fortsetzungsprognose korrekt beurteilen können, z. B., ob Forderungen vom Steuerberater korrekt aktiviert wurden (hier: Forderungen gegen nicht nachschusspflichtige stille Gesellschafter).

29 Geschäftsführer ohne kaufmännische Fachausbildung (z. B. Kfm., BW) sind in der Regel nicht in der Lage, eine solche Beurteilung zu geben – Sie sind dabei auf die Aussagen des Fachbereichs Rechnungswesen/Controlling in Ihrem Unternehmen angewiesen. Da der Sanierungsfall aber auch für die Fachabteilung „Neuland" ist, sollte auch deren Einschätzung zusätzlich abgesichert werden – nur dann ist der Geschäftsführer wirklich sicher.

28 § 348 HGB
29 § 354 aHGB
30 § 355 HGB
31 § 373 HGB
32 §§ 377 ff. HGB
33 OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 11.2.2010, 5 U 60/09

Für die Praxis:

Das oben genannte Urteil ist rechtskräftig und ist damit Maßstab für zukünftige Entscheidungen zur Geschäftsführer-Haftung. Insbesondere für Geschäftsführer ohne kaufmännische Kentnisse bedeutet das ein zusätzliches persönliches Risiko. Für diese Geschäftsführer ist es wichtig, dass eine hieb- und stichfeste Ressortverteilung vereinbart wird (klare Definitionen der Aufgaben, z. B. der gesamte kaufmännische Bereich, Erstellung des Jahresabschlusses und von Zwischenbilanzen). Die Ressortaufteilung entbindet nicht von der Pflicht, die ordnungsgemäße Erfüllung der handelsrechtlichen Vorgaben zu prüfen.

30 Geschäftsführer, die Bedenken zum Jahresabschluss haben, sollten sich zusätzlich absichern. Entweder, indem sie sich im persönlichen Gespräch mit dem Steuerberater über die ordnungsgemäße Erstellung versichern und Fragen zum Verständnis stellen. Dokumentieren Sie die Inhalte dieses Gespräches. Bestehen weiterhin Bedenken, sollten Sie sich nicht scheuen, vorab – also vor der Vorlage des Jahresabschlusses an die Gesellschafter – eine freiwillige unabhängige Prüfung zu beantragen. Und zwar zunächst im Geschäftsführungs-Gremium. Geht das nicht durch, sollten Sie die einzelnen Gesellschafter darüber informieren, dass Sie eine unabhängige Prüfung für empfehlenswert halten.

31 Noch schwieriger ist die Beurteilung z. B. der Fortsetzungsprognose in der wirtschaftlichen Krise der GmbH. Sind Ihnen die Sanierungsbemühungen z. B. des kaufmännischen Geschäftsführers „suspekt", sollten Sie sich auch – wie oben beschrieben – absichern und im Notfall die Niederlegung des Amtes in Ihre Überlegungen einbeziehen. Das sollte aber unbedingt nur nach Absprache mit dem Anwalt erfolgen – hier müssen zusätzliche Rechtsfragen berücksichtigt werden.

II. Pflichten des Geschäftsführers nach dem GmbH-Gesetz

32 Neben den kaufmännischen und handelsrechtlichen Verpflichtungen unterliegt der (Gesellschafter-) Geschäftsführer einem weit reichenden Gebot zur Treuepflicht gegenüber „seiner" GmbH. Die Treuepflicht verlangt von ihm, dass er Alles tun muss, um den Gegenstand und Zweck der Gesellschaft zu fördern und Alles unterlassen muss, was dem Gegenstand und Zweck der Gesellschaft schadet[34].

33 Eine schuldhafte Treuepflichtverletzung führt zu einem Schadensersatzanspruch. Dieser besteht gegenüber der Gesellschaft, nicht aber einzelnen Gesellschaftern gegenüber. Solche Schadensersatzansprüche verjähren nach 30 Jahren[35].

Beispiele für Treuepflichtverstöße gegenüber der eigenen GmbH:

- Untätigkeit
- Unterlassen von Geschäften
- Mangelhafte Ausführung von Geschäften
- Geschäfte auf eigene Rechnung im Gegenstand der GmbH (Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot)

34 Besondere Ausprägung der Treuepflicht ist ein generelles Wettbewerbsverbot. Der (Gesellschafter-) Geschäftsführer darf nur mit ausdrücklicher Genehmigung der Gesellschafter ausnahmsweise im Geschäftszweck der GmbH auf eigene Rechnung tätig werden.

34 § 705 BGB
35 § 195 BGB

35 Machen sich der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig, haften sie gegenüber der GmbH als Gesamtschuldner[36]. Danach kann die GmbH nach ihrer Wahl von jedem Geschäftsführer – insgesamt jedoch nur einmal – Ausgleich des Schadens verlangen. Wird ein Geschäftsführer für den vollen Schaden in Anspruch genommen, so kann dieser die übrigen dafür zum Ausgleich in Anspruch nehmen[37].

1. Keine Auszahlung von Stammkapital

36 Der Geschäftsführer ist verantwortlich dafür, dass das Vermögen, das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich ist, **nicht** an die Gesellschafter – also auch nicht an die Konzern-Obergesellschaft – ausgezahlt wird[38]. Auszahlungen sind danach nur zulässig, solange das Reinvermögen der Gesellschaft (= Summe der Aktiva – Fremdkapital + Rückstellungen) größer ist als die ausgewiesene Stammkapitalziffer. Bei Verstoß entsteht eine Rückzahlungsverpflichtung des Gesellschafters[39]. U.U. haftet der (Gesellschafter-) Geschäftsführer persönlich – dann muss er die ausgezahlten Beträge an die GmbH aus seinem Privatvermögen zurückerstatten. Das ist z. B. der Fall, wenn die Gesellschafter die Auszahlung nicht zurückerstatten können, z. B. wegen Vermögenslosigkeit oder einer privaten Insolvenz.

37 Hat der Gesellschafter eine Auszahlung gutgläubig erhalten, so muss er nur den zur Befriedigung der Gläubiger notwendigen Teil zurückzahlen. Kann ein Gesellschafter nicht zahlen, dann haften die übrigen Gesellschafter im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile. Bei Verschulden wegen fehlerhafter Auszahlung des Geschäftsführers kann der so beanspruchte Gesellschafter den Geschäftsführer in die Haftung nehmen. In der Insolvenz der GmbH kann der Insolvenzverwalter dafür den Geschäftsführer in die Haftung nehmen.

2. Vorsicht beim Erwerb eigener Anteile

38 Der Geschäftsführer ist außerdem verantwortlich dafür, dass die GmbH keine eigenen Geschäftsanteile erwirbt, auf die die Einlagen nicht vollständig eingezahlt sind[40]. Außerdem ist zu beachten, dass der erworbene Anteil nicht aus eigenen Mitteln Gesellschaft gezahlt wird (z. B. offene Rücklagen).

Für die Praxis

Verstößt der Geschäftsführer gegen diese Vorschrift, haftet er mit seinem privaten Vermögen, soweit der Gesellschaft dadurch ein Schaden entsteht bzw. ungerechtfertigt Vermögen entzogen wird. Erteilen die Gesellschafter Weisungen entsprechend zu handeln, darf er diese Weisung nicht ausführen, ohne dass er rechtliche Nachteile befürchten muss. Bei entsprechender Weisung, muss er sich weigern, diese auszuführen. Der Geschäftsführer sollte die Gesellschafter auf die Rechtslage hinweisen und u. U. die Niederlegung des Amtes anbieten.

36 § 43 Abs. 2 GmbHG, §§ 421 ff. BGB
37 § 426 Abs. 2 BGB
38 § 43 Abs. 3 GmbHG, § 30 GmbHG
39 § 31 GmbHG
40 § 43 Abs. 3 GmbHG, § 33 GmbHG