

Mandanten-Information für GmbH-Geschäftsführer Nr. 3/2014

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Rahmen seiner Geschäftsführung muss ein GmbH-Geschäftsführer eine Vielzahl rechtlicher Vorschriften beachten. Zu den Rechtsgebieten, die für ihn von besonderer Bedeutung sind, gehören das Steuerrecht, das Gesellschaftsrecht, das Arbeits- und das Sozialrecht. Die Bedeutung dieser Rechtsgebiete spiegelt auch die vorliegende Mandanten-Information wider. Steuerrechtlich bedeutsame Fragen behandeln die Beiträge Nr. 1 bis 6. Die Beiträge Nr. 7 bis 9 betreffen aktuelle arbeits- und sozialrechtliche Themen rund um die Stellung eines Geschäftsführers. Über das Thema „Amtsniederlegung“ informiert Beitrag Nr. 10.

Mit freundlichen Grüßen

Aus dem Inhalt:

- 1 **Firmenwagen:** Versteuerung der privaten Nutzung trotz Verbots?
- 2 **Geschäftsführervergütung in kleinen GmbHs:** Zur Angemessenheit der Vergütung bei mehreren Geschäftsführern
- 3 **Verdeckte Gewinnausschüttung (1):** Keine Schenkungsteuer auf den von der GmbH zugewendeten Vorteil
- 4 **Verdeckte Gewinnausschüttung (2)** wegen Übernahme eines Grundstückskaufpreises durch die GmbH ohne Vereinbarung eines Gesellschafterdarlehens
- 5 **Lohnsteueranrufungsauskunft:** Bindungswirkung für GmbH und Arbeitnehmer
- 6 **GmbH-Gründung:** Wer ist zum Vorsteuerabzug berechtigt?
- 7 **Familien-GmbH:** Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung mitarbeitender Gesellschafter
- 8 **Gesetzliche Unfallversicherung eines Geschäftsführers:** Keine Bindung an die Entscheidung der gesetzlichen Rentenversicherung
- 9 **Außerordentliche Kündigung des GmbH-Geschäftsführers:** Wann beginnt die Zweiwochenfrist?
- 10 **Amtsniederlegung des Geschäftsführers** unter der Bedingung der Eintragung ins Handelsregister

1 Firmenwagen: Versteuerung eines geldwerten Vorteils trotz Verbots der privaten Nutzung?

Im Jahr 2013 hat der BFH eine Reihe von Urteilen zur Privatnutzung eines Firmenwagens gefällt, mit denen in wichtigen Fragen Rechtsklarheit geschaffen wurde. Wir hatten darüber in der Mandanten-Information Nr. 6/2013 berichtet. Zur Erinnerung:

- Einen **Anscheinsbeweis** derart, dass ein Gesellschafter-Geschäftsführer einen ihm überlassenen Firmenwagen auch privat nutzt und damit einen geldwerten Vorteil für die Privatnutzung versteuern muss, **gibt es nicht**.
- Wurde dem Geschäftsführer ein Firmenwagen auch zur privaten Nutzung vertraglich überlassen, muss er auch einen entsprechenden geldwerten Vorteil versteuern. Eine **Widerlegung der Privatnutzung** etwa unter Hinweis auf einen vergleichbaren Pkw im Privatvermögen ist **nicht mehr möglich**.

In einem weiteren Verfahren hatte der BFH folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Dem alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführer A der X-GmbH wurde ein Firmenwagen zur geschäftlichen und privaten Nutzung zur Verfügung gestellt. Allerdings war in einer Gesellschafterversammlung beschlossen worden, dass der Firmenwagen dem A nur für Geschäftsfahrten zur Verfügung stehe und eine Privatnutzung der vorherigen Abstimmung mit der X-GmbH bedürfe.

Das von A geführte Fahrtenbuch wurde im Rahmen einer Lohnsteuer Außenprüfung als nicht ordnungsgemäß verworfen. Das Finanzamt erhöhte das Gehalt des A nach der 1-Prozent-Regelung und erließ geänderte Einkommensteuerbescheide. Die nach erfolglosem Einspruch erhobene Klage wies das Finanzgericht (FG) als unbegründet zurück.

Der BFH gab der Revision des A statt und verwies die Sache an das FG zurück.

Überlässt der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer unentgeltlich oder verbilligt einen Dienstwagen auch zur privaten Nutzung, führt dies zu einem Lohnzufluss beim Arbeitnehmer, der gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 EStG zu versteuern ist. Allerdings begründet diese Vorschrift (in Verbindung mit § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG) keinen originären steuerbaren Tatbestand. Die Vorschrift regelt vielmehr nur die Bewertung eines Vorteils, der dem Grunde nach feststehen muss. Deshalb setzt die Anwendung der 1-Prozent-Regelung voraus, dass der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer tatsächlich einen Dienstwagen zur Privatnutzung überlassen hat. Der Ansatz eines lohnsteuerrechtlichen Vorteils rechtfertigt sich nur insoweit, als der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gestattet hat, den Dienstwagen privat zu nutzen. Die **unbefugte Privatnutzung** des Geschäftswagens hat dagegen **keinen Lohncharakter**. Ein Vorteil, den sich der Arbeitnehmer gegen den Willen des Arbeitgebers selbst zuteilt, zählt damit **nicht zum steuerpflichtigen Arbeitslohn**.

Im Streitfall hat sich das FG nicht mit der erforderlichen Gewissheit davon überzeugt, dass dem A der Geschäftswagen auch zur privaten Nutzung überlassen wurde. Es hat den betreffenden Gesellschafterbeschluss nicht dahingehend gewürdigt, ob ihm ein Privatnutzungsverbot zu entnehmen ist und dies auch umgesetzt wurde.

2 Geschäftsführervergütung in kleinen GmbHs: Zur Angemessenheit der Vergütung bei mehreren Geschäftsführern

Verfügt eine kleinere GmbH über zwei oder mehr Geschäftsführer, können bei der Prüfung der Angemessenheit der Geschäftsführervergütungen Abschläge geboten sein. Die Höhe der Abschläge richtet sich nach den jeweiligen Aufgabenstellungen der Geschäftsführer. Der BFH begründet dies im Beschluss vom 9.10.2013 damit, dass sich die **Angemessenheit der Vergütung** stets auf die **Gesamtgeschäftsführung** bezieht. Bei einer Ingenieur-GmbH mit zwei Geschäftsführern, vier weiteren Mitarbeitern und einem Umsatz von weniger als 1 Mio. Euro waren daher bei der Angemessenheitsprüfung Abschläge von jeweils 25 Prozent von den Vergleichsgehältern laut einer Geschäftsführergehälter-Studie zulässig, zumal die Geschäftsführer kaum als solche tätig waren, sondern im Wesentlichen „Umsatz gemacht hatten“.

In einem früheren Urteil aus dem Jahr 2003 hatte der BFH bereits entschieden, dass Vergütungsabschläge **nicht pauschal** angesetzt werden dürften, sondern sich danach richten müssen, wie sich die einzelnen Geschäftsführer die anfallende Arbeit und Verantwortung teilen und wie sie in ihrem Arbeitsbereich jeweils zeitlich beansprucht sind.

Beispiel:

Der eine der beiden Geschäftsführer ist weniger in Geschäftsführungsaufgaben involviert, trägt nur in einem bestimmten Bereich die (Mit-)Verantwortung oder erledigt die weniger zeitintensiven Arbeiten. Dies muss sich auch in seiner Vergütung niederschlagen, die entsprechend geringer anzusetzen ist.

Allerdings könnten bei mehreren Gesellschafter-Geschäftsführern einer kleineren GmbH im Einzelfall auch **Vergütungszuschläge** angebracht sein, weil

- a) durch die besondere Art der Zusammenarbeit der Geschäftsführer eine effektivere Arbeitserledigung erfolgt,
- b) durch die Aufteilung der Geschäftsführung auf mehrere Köpfe Qualifikationen und Erfahrungen einzelner Geschäftsführer zum Vorteil der GmbH zum Tragen kommen können oder
- c) die Geschäftsführer **zusätzlich** zu ihren eigentlichen Aufgaben Tätigkeiten übernehmen, für deren Erledigung sie sonst fremde Mitarbeiter mit entsprechenden Mehrkosten für die GmbH einstellen müssten.

3 Verdeckte Gewinnausschüttung (1): Keine Schenkungsteuer auf den von der GmbH zugewendeten Vorteil

Die Gefahr einer verdeckten Gewinnausschüttung ist in einer Familien-GmbH besonders groß. Man denke nur daran, dass der Senior-Gesellschafter bereit sein könnte, der nachwachsenden Gesellschafter-Generation Vorteile über die GmbH zukommen zu lassen, etwa im Wege überhöhter Gehalts- oder Mietzahlungen oder einer frühzeitigen betrieblichen Altersversorgung. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob der zugewendete Vorteil auch schenkungsteuerpflichtig ist. Diese Frage hatte das Finanzgericht Münster in einem Urteil vom 24.10.2013 zu entscheiden.

Im Urteilsfall waren zwei Brüder Gesellschafter einer GmbH, die über Grundbesitz verfügte. Mit notariellem Vertrag übertrug der eine Bruder (zugleich Geschäftsführer) zwei Grundstücke aus dem Besitz der GmbH dem anderen Bruder (= Kläger).

Zur Begleichung des vereinbarten Kaufpreises in Höhe von 734.000 Euro sollte der Kläger die auf dem Grundbesitz lastenden Verbindlichkeiten in gleicher Höhe übernehmen.

Im Rahmen einer bei der GmbH durchgeführten Betriebsprüfung vertrat der Prüfer die Ansicht, dass der Wert für den übertragenen Grundbesitz um 248.000 Euro über dem vereinbarten Kaufpreis liege und insoweit eine **verdeckte Gewinnausschüttung** der GmbH an den Kläger vorläge. Aufgrund der Feststellung des Betriebsprüfers forderte das Finanzamt den Kläger zur Abgabe einer Schenkungsteuererklärung auf. Da er der Aufforderung nicht nachkam, **schätzte das Finanzamt die Schenkungsteuer** unter Vorbehalt der Nachprüfung **auf rund 50.000 Euro** und erließ einen entsprechenden Steuerbescheid.

Der Kläger legte Einspruch gegen den Bescheid ein und vertrat dabei die Auffassung, dass für die Annahme einer schenkungsweisen Übertragung deshalb kein Raum bleibe, weil das Finanzamt denselben Sachverhalt bereits als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt habe. Dies schließe die Behandlung als Schenkung aus.

Das Finanzgericht hob den Schenkungsteuerbescheid auf, weil eine Schenkung im Streitfall nicht vorlag.

Nach dem Erbschaftsteuer-Gesetz (§ 7 Abs. 1 Nr. 1) gilt jede freigebige Zuwendung unter Lebenden als **Schenkung**. Dies setzt zusätzlich voraus, dass die Zuwendung objektiv unentgeltlich ist.

In subjektiver Hinsicht ist zusätzlich der Wille zur Freigebigkeit erforderlich.

Der BFH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine Zuwendung, die im rechtlichen Zusammenhang mit dem Gesellschaftszweck steht, **nicht als unentgeltlich** anzusehen ist. Als Gesellschaftszweck ist auch das Ziel einer Kapitalgesellschaft zu verstehen, zu dessen Erreichung sich die Gesellschafter zusammengeschlossen haben (in der Regel Gewinnerzielung). Der BFH betont in seiner Rechtsprechung, dass es im Verhältnis einer

Kapitalgesellschaft zu ihren Gesellschaftern neben betrieblich veranlassten Rechtsbeziehungen lediglich offene und verdeckte Gewinnausschüttungen sowie Kapitalrückzahlungen, jedoch keine freigebigen Zuwendungen gebe. Gewinnausschüttungen einer Kapitalgesellschaft an ihre Gesellschafter beruhen vielmehr auf dem Gesellschaftsverhältnis und zwar unabhängig davon, ob sie offen oder verdeckt vorgenommen wurden.

Dem schloss sich der erkennende Senat des Finanzgerichts Münster an und hob den Schenkungsteuerbescheid auf.

Wegen der abweichenden Auffassung der Finanzverwaltung (gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 14.3.2012) wurde die Revision zugelassen.

4 Verdeckte Gewinnausschüttung (2) wegen Übernahme eines Grundstücks- kaufpreises durch die GmbH ohne Ver- einbarung eines Gesellschafterdarlehens

Wenn eine GmbH Zahlungsverpflichtungen eines ihrer Gesellschafter übernimmt, muss sie eine entsprechende Forderung gegen diesen Gesellschafter einbuchen. Geschieht dies nicht, liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) vor. Dazu ein Fall aus der aktuellen Rechtsprechung.

A war alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der X-GmbH. Für seine Geschäftsführertätigkeit erhielt er keine Vergütung. Im April 2001 erwarb A zum Kaufpreis von 620.000 DM ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück in Z. Die Zahlung des Kaufpreises erfolgte in zwei Raten in Höhe von 200.000 DM und 420.000 DM mit zwei von der X-GmbH ausgestellten Verrechnungsschecks. Diese wurden einem Konto der X-GmbH bei der B-Bank belastet.

Auf Nachfrage des Finanzamts antwortete A, dass die Mittel für den Kauf der Immobilie als Darlehen von der X-GmbH zur Verfügung gestellt worden seien.

Bei einer Betriebsprüfung vertrat das Finanzamt die Auffassung, dass die Bezahlung der Kaufpreise für das privat erworbene Grundstück durch die X-GmbH eine vGA darstellt und erfasste nach dem Halbeinkünfteverfahren die Hälfte des Kaufpreises als Einnahme aus Kapitalvermögen des A. Im Körperschaftsteuerbescheid setzte es eine entsprechende vGA an. Der Einspruch des A gegen den Einkommensteuerbescheid blieb erfolglos.

Das Finanzgericht wies die Klage als unbegründet zurück, da die Zahlung des Kaufpreises für das von A erworbene Grundstück durch die X-GmbH nicht als Darlehen an A, sondern als vGA zu beurteilen sei.

An der für die Annahme einer vGA erforderlichen Vorteilszuwendung an den Gesellschafter fehlt es, wenn die Gesellschaft an ihn etwas leistet und dabei von vornherein feststeht, dass es sich um eine Kreditgewährung handelt. Dabei ist in der Regel eine Darlehensgewährung und

keine Vermögenszuwendung anzunehmen, wenn Forderungen gegen den Gesellschafter auf einem **Gesellschafter-Verrechnungskonto** gebucht wurden. Voraussetzung für die Bejahung eines **Darlehensverhältnisses** ist aber, dass der Gesellschafter von Anfang an ernstlich bestrebt ist, die erhaltenen Mittel in absehbarer Zeit wieder zurückzuzahlen. Sollte eine Rückzahlungsverpflichtung von vornherein nicht begründet werden, liegt bereits in der Hingabe der Darlehensmittel eine vGA.

Im Streitfall war eine vGA schon deshalb zu bejahen, weil A von Anfang an nicht ernstlich bemüht war, die erhaltenen Mittel in absehbarer Zeit zurückzuzahlen und deshalb davon auszugehen war, dass eine Rückzahlungsverpflichtung von vornherein nicht begründet werden sollte. A hatte auch keine nennenswerten Tilgungen geleistet.

5 Lohnsteueranrufungsauskunft: Bindungswirkung für GmbH und Arbeitnehmer

Erteilt das Betriebsstättenfinanzamt (FA) einer GmbH (allgemein: einem Arbeitgeber) eine Lohnsteueranrufungsauskunft, sind die Finanzbehörden im Rahmen des Lohnsteuerabzugsverfahrens an diese Auskunft **auch gegenüber dem Arbeitnehmer gebunden**. Dies hat der BFH in seinem Urteil vom 17.10.2013 entschieden. Das FA kann daher die vom Arbeitgeber aufgrund einer (unrichtigen) Anrufungsauskunft nicht einbehaltene und abgeführte Lohnsteuer nicht vom Arbeitnehmer als Schuldner der Lohnsteuer nachfordern.

Nach den Regelungen des Einkommensteuergesetzes ist der Arbeitnehmer Schuldner der Lohnsteuer. Nicht einbehaltene und nicht abgeführte Lohnsteuer kann deshalb die Finanzbehörde grundsätzlich von ihm nachfordern, und zwar auch dann, wenn das Kalenderjahr bereits abgelaufen ist.

Zugleich **haftet der Arbeitgeber** für nicht einbehaltene und nicht abgeführte Lohnsteuer. Soweit diese Haftung reicht, sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer Gesamtschuldner.

Das FA kann die Steuer- bzw. Haftungsschuld nach pflichtgemäßem Ermessen gegenüber jedem Gesamtschuldner geltend machen. Allerdings kann der Arbeitnehmer für seine Lohnsteuer als Gesamtschuldner neben dem Arbeitgeber nur in bestimmten Fällen in Anspruch genommen werden, etwa wenn der Arbeitgeber die Lohnsteuer nicht vorschriftsmäßig vom Arbeitslohn einbehalten hat. Das ist nicht der Fall, wenn der Arbeitgeber eine Anrufungsauskunft eingeholt hat und danach verfahren ist.

6 GmbH-Gründung: Wer ist zum Vorsteuerabzug berechtigt?

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass Personen, die sich in Form einer GmbH unternehmerisch betätigen wollen, schon vor Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrags mit dem Geschäftsbetrieb beginnen. Es werden

Einrichtungsgegenstände für das Büro und Beratungsleistungen z.B. durch einen Anwalt oder Steuerberater eingekauft. Dann fragt sich, wer die Umsatzsteuer aus den betreffenden Eingangsrechnungen geltend machen kann: Der Zusammenschluss der Gründungsgesellschafter oder – eventuell wahlweise – die später eingetragene GmbH.

Bei der Gründung einer GmbH sind drei Phasen zu unterscheiden: Die sog. **Vorgründungsgesellschaft** betrifft das Stadium **bis zum Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrags**. Sie stellt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bzw. im Fall einer Ein-Mann-Gründung ein Einzelunternehmen dar. **Mit Abschluss** des notariellen Gesellschaftsvertrags entsteht die **Vorgesellschaft**, die mit der Eintragung im Handelsregister zur **GmbH** wird.

Die Vorgründungsgesellschaft ist mit der späteren GmbH nicht identisch. Die GmbH kann mithin nicht die Vorsteuer aus den Rechnungen an die Vorgründungsgesellschaft geltend machen.

Fraglich ist, ob die Vorgründungsgesellschaft selbst (z.B. als OHG) Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes ist und damit die Vorsteuer geltend machen kann. Dies ist zu bejahen, wenn die Vorgründungsgesellschaft eigene Außenumsätze ausführt, was aber in der Praxis eher selten der Fall sein dürfte.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der sich die Finanzverwaltung angeschlossen hat, ist die Unternehmereigenschaft aber auch zu bejahen, wenn in der Weitergabe der bezogenen Lieferungen und sonstigen Leistungen (z.B. an die spätere GmbH) eine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1a Umsatzsteuergesetz gesehen werden kann.

Dies dürfte allerdings bei der Weitergabe nur einzelner Wirtschaftsgüter problematisch sein. Hier wird man eine Unternehmereigenschaft nur bejahen können, wenn die **Weitergabe entgeltlich** erfolgt. Erfolgt hingegen die Übertragung auf die spätere GmbH **unentgeltlich**, dürfte der Vorsteuerabzug bei der Vorgründungsgesellschaft nicht möglich sein.

Demgegenüber ist die mit Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrags entstehende **Vorgesellschaft** nach ständiger Rechtsprechung nach den gleichen steuerlichen Grundsätzen zu behandeln wie die später eingetragene GmbH. Somit besitzt sie auch die Unternehmereigenschaft. Die an die Vorgesellschaft erbrachten Lieferungen und sonstigen Leistungen werden so behandelt, als seien sie an die eingetragene GmbH bewirkt worden, die damit zum Vorsteuerabzug berechtigt ist. Von daher sollte bei einer beabsichtigten GmbH-Gründung mit Anschaffungen so lange gewartet werden, bis der Gesellschaftsvertrag notariell beurkundet worden ist.

7 Familien-GmbH: Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung mitarbeitender Gesellschafter

Bei der Frage, ob ein in der GmbH mitarbeitender Gesellschafter sozialversicherungspflichtig ist, wird die

Rechtsprechung immer wieder mit neuen Konstellationen konfrontiert. Die Probleme nehmen noch zu, wenn der Gesellschafter zur Geschäftsführung oder dem Mehrheitsgesellschafter in einem Verwandtschaftsverhältnis steht. Je enger die persönlichen Beziehungen, umso eher kann die Mitarbeit außerhalb eines sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses liegen, also quasi als familiäre Mithilfe zu beurteilen sein.

Das Landessozialgericht Rheinland-Pfalz hat mit Urteil vom 10.12.2013 zur Sozialversicherungspflicht eines mitarbeitenden Gesellschafters Folgendes entschieden:

Ein mit 6 Prozent an einer GmbH beteiligter Gesellschafter, der laut Arbeitsvertrag der GmbH seine gesamte Arbeitskraft zur Verfügung stellen muss, ein Festgehalt bezieht und kein Unternehmerrisiko trägt, ist als versicherungspflichtig beschäftigt anzusehen. Das gilt auch dann, wenn seine als Geschäftsführerin tätige Ehefrau ihm ihr Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung überträgt. Weichen die arbeitsvertraglichen Regelungen und die tatsächlichen Verhältnisse voneinander ab und kann der Arbeitsvertrag nur schriftlich geändert werden, sind bei der Beurteilung der Versicherungspflicht die Regelungen im Arbeitsvertrag maßgeblich.

8 Gesetzliche Unfallversicherung eines Geschäftsführers: Keine Bindung an die Entscheidung der gesetzlichen Rentenversicherung

Ist ein Gesellschafter-Geschäftsführer, der von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung befreit worden ist, damit auch zugleich von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Unfallversicherung befreit? Oder können beide Versicherungsträger zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen? Diese Frage hatte das Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg zu entscheiden.

Im Urteilsfall war der Kläger an einer GmbH mit 33 Prozent beteiligt. Er wurde mit den beiden Mitbegründern zum Geschäftsführer bestellt und vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) befreit. Er bezieht ein monatliches Festgehalt zuzüglich einer Gewinnbeteiligung. Die Arbeitszeit ist mit maximal 40 Stunden pro Woche vereinbart.

Mit Bescheid stellte die Berufsgenossenschaft fest, dass der Kläger als Arbeitnehmer zum Kreis der kraft Gesetzes versicherten Personen gehört. Der Kläger wendete ein, die Deutsche Rentenversicherung Bund habe in einem früheren Bescheid festgestellt, dass er als Gesellschafter-Geschäftsführer eine selbstständige Tätigkeit ausübe. Jeder der Gesellschafter treffe im Rahmen seiner Zuständigkeit eigenverantwortlich seine Entscheidungen und stimme sich im Übrigen mit den Mitgesellschaftern ab, ohne dass hierbei ein Über-/Unterordnungsverhältnis bestehe. Das Sozialgericht und das Landessozialgericht haben die Klage abgewiesen.

Ein Geschäftsführer ist **regelmäßig ein abhängig Beschäftigter** der GmbH. Eine **Ausnahme** gilt dann, wenn

er über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile oder eine Sperrminorität verfügt. Sonstige besondere Umstände, die im Einzelfall den Schluss zulassen, dass eine Weisungsgebundenheit des Gesellschafter-Geschäftsführers nicht vorliegt, waren im entschiedenen Fall nicht ersichtlich. Gemäß dem Gesellschaftsvertrag war der Kläger verpflichtet, Anweisungen der Gesellschafterversammlung auszuführen. Die Tatsache, dass tatsächlich im streitigen Zeitraum die wesentlichen betrieblichen unternehmerischen Sachentscheidungen einvernehmlich getroffen wurden, ändert daran nichts. Unerheblich war auch der Einwand des Klägers, wonach die Gestaltung des Geschäftsführervertrags im Wesentlichen von steuerrechtlichen Erwägungen bestimmt gewesen und daher nicht geeignet sei, als Begründung für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses herangezogen zu werden.

Fazit: Die Statusentscheidung der deutschen Rentenversicherung Bund (DRV) entfaltet **keine Bindungswirkung** in Bezug auf die gesetzliche Unfallversicherung.

9 Außerordentliche Kündigung des GmbH-Geschäftsführers: Wann beginnt die Zweiwochenfrist?

Das Dienstverhältnis mit einem GmbH-Geschäftsführer kann fristlos gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Dabei ist nach dem Gesetz eine Frist von zwei Wochen nach Kenntniserlangung vom wichtigen Grund einzuhalten. Nicht selten wird in solchen Fällen über die Frage gestritten, wann die Zweiwochenfrist beginnt – wie der folgende Fall zeigt:

X war seit dem 21.5.2002 Geschäftsführer der Z-GmbH. Alleiniger Gesellschafter der Z-GmbH ist die S-GmbH, deren alleinige Gesellschafterin wiederum die Stadtparkasse D ist.

Bis zum 15.7.2003 war X auch Geschäftsführer der S-GmbH. In seiner damaligen Geschäftsführerfunktion hat X Ende 2000 einen Beratervertrag mit dem Kommunalpolitiker M geschlossen, wobei diesem ein jährliches Beraterhonorar von 200.000 DM zugesagt worden war. Anfang 2004 bat M um die Aufhebung des Vertrags, was auch geschah.

Am 1.2.2009 trat M von allen politischen Ämtern zurück. In Presseberichten wurde die Vermutung geäußert, dass es sich bei dem damaligen Beratervertrag mit ihm um einen bloßen Scheinvertrag gehandelt habe, der letztlich ohne Gegenleistung nur seiner eigenen Versorgung gedient habe.

Am 16.2.2009 beschloss die S-GmbH als Alleingesellschafterin der Z-GmbH die Abberufung des X als Geschäftsführer und die fristlose Kündigung seines Dienstvertrags aus wichtigem Grund. Die Kündigung wurde dem X am selben Tage erklärt.

X hat die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung beantragt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht (OLG) dieser stattgegeben. Der BGH hat die Entscheidung des OLG aufgehoben und die Sache

zur weiteren Aufklärung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gemäß § 626 Abs. 2 BGB kann eine wirksame **außerordentliche Kündigung** des Geschäftsführeranstellungsvertrags **nur innerhalb von zwei Wochen** ausgesprochen werden. Diese Frist beginnt mit Kenntniserlangung des Arbeitgebers von dem maßgeblichen Sachverhalt, welcher die fristlose Kündigung begründen soll. Bei einer GmbH kommt es auf den Wissensstand des zur Entscheidung über die fristlose Kündigung berufenen Gremiums an.

Bei einer GmbH ist **grundsätzlich die Gesellschafterversammlung** als das zuständige Organ **kündigungsbe-rechtigt**. Hat die GmbH nur einen Gesellschafter, kommt es auf dessen Kenntnis bzw. die Kenntnis wiederum des organschaftlichen Vertreters des Alleingesellschafters an.

Die Befugnis, den Anstellungsvertrag mit dem Geschäftsführer zu kündigen, kann durch die Gesellschafter auf eine andere Person übertragen werden. Im Urteilsfall hat die Alleingesellschafterin der Z-GmbH, die S-GmbH, ein Vorstandsmitglied der Stadtparkasse D bevollmächtigt, die S-GmbH in allen Angelegenheiten betreffend die Z-GmbH zu vertreten und insbesondere auch Anstellungsverträge mit Geschäftsführern zu beenden. Durch diese Bevollmächtigung wurde allerdings die Befugnis der Geschäftsführer der S-GmbH, für diese Alleingesellschafterin zu handeln und damit ebenfalls den Geschäftsführeranstellungsvertrag mit X zu beenden, nicht verdrängt.

Im Urteilsfall mussten die Geschäftsführer für eine Beendigung des Geschäftsführeranstellungsvertrags auch die Zustimmung der Gesellschafterin der S-GmbH, also der Stadtparkasse D, einholen. Insoweit müssen die Geschäftsführer unverzüglich nach eigener Kenntniserlangung dafür Sorge tragen, dass die entsprechende Zustimmung erteilt wird.

Im Urteilsfall war zudem unklar, ob ein Kompetenzverstoß des X vorlag, weil er den Beratervertrag ohne vorherige Zustimmung der Alleingesellschafterin abgeschlossen hatte. Ein solcher bewusster **Kompetenzverstoß** kann bereits **ein hinreichender Grund** zur fristlosen Kündigung des Geschäftsführeranstellungsvertrags sein. Ein solcher Grund kann selbstverständlich auch in dem Abschluss eines **Beratervertrags nur zum Schein** liegen. Insoweit hat das Berufungsgericht die weitere Sachverhaltsaufklärung vorzunehmen.

Der BGH hat darauf hingewiesen, dass die kündigende Gesellschaft die **Beweislast** dafür trägt, dass die Zweiwochenfrist zur Erklärung der fristlosen Kündigung eingehalten worden ist.

10 Amtsniederlegung des Geschäftsführers unter der Bedingung der Eintragung ins Handelsregister

Im Anschluss an die Niederlegung des Geschäftsführer-amts ist das Ausscheiden des Geschäftsführers in das Handelsregister einzutragen. Kann der „amtsmüde“ Geschäftsführer dann überhaupt noch den Antrag beim Han-

delsregister stellen, sein Ausscheiden aus dem Amt einzutragen? Mit dieser Frage hatte sich das Oberlandesgericht (OLG) Hamm zu beschäftigen.

Im Streitfall beehrte der Geschäftsführer die Eintragung seines Ausscheidens aus dem Amt des Geschäftsführers mit Wirkung zum Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister. Das Registergericht hat diese Anmeldung mit der Begründung zurückgewiesen, die Niederlegungserklärung sei dem Zustellungsempfänger nicht zugegangen.

Der Geschäftsführer hatte den Zugang durch Einschreiben mit Rückschein nachgewiesen. Dieser Rückschein enthielt die Unterschrift der Zustellungsperson ohne Datum unter der Angabe, dass die Sendung ordnungsgemäß ausgeliefert worden sei. Außerdem sei der Zeitpunkt der Amtsniederlegung – so das Gericht – zu unbestimmt. Bei der Eintragung handele es sich um eine deklaratorische Eintragung. Deshalb müsse die Niederlegung zum Zeitpunkt der Eintragung bereits erfolgt sein.

Weiterhin könne der Antragsteller sein Amt nicht niederlegen, weil die GmbH handlungsunfähig wäre, wenn kein neuer Geschäftsführer bestellt worden sei. Dieser Auffassung des Registergerichts ist das OLG nicht gefolgt und hat die Sache zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen.

Nach ständiger Rechtsprechung kann ein Geschäftsführer seine **Amtsniederlegung unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung des Ausscheidens** ins Handelsregister erklären, sodass er den Antrag auf Eintragung beim Handelsregister noch stellen kann. Bei dieser Bedingung handelt es sich um eine solche, deren Eintritt allein in der Hand des Registergerichts liegt und keiner weiteren Überprüfung bedarf.

Die von einem GmbH-Geschäftsführer erklärte Amtsniederlegung ist **selbst dann wirksam**, wenn objektiv **kein wichtiger Grund** vorliegt und wenn sich der Geschäftsführer auch nicht auf das Bestehen eines solchen beruft. Dies gilt jedoch **nicht im Falle eines Rechtsmissbrauchs**. Ein solcher liegt regelmäßig vor, wenn es sich bei dem „amtsmüden“ Geschäftsführer um den alleinigen Geschäftsführer handelt, dieser zugleich Allein- oder Mehrheitsgesellschafter ist und davon absieht, einen neuen Geschäftsführer für die Gesellschaft zu bestellen.

Auch bei einer Mehrpersonen-GmbH kann die Amtsniederlegung des Alleingeschäftsführers zur Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen. Es muss jedoch im Einzelfall geprüft werden, ob der niederlegende Gesellschafter-Geschäftsführer einen solchen Einfluss auf die Geschicke der GmbH hat, dass die durch seine Entscheidung ausgelöste Handlungsunfähigkeit nicht anderweitig behoben werden kann.