

## Mandanten-Information für GmbH-Geschäftsführer Nr. 4/2013

Sehr geehrte Damen und Herren,

das Problem der Weiterarbeit für die eigene GmbH nach Erreichung des Pensionsalters beschäftigt immer häufiger Gesellschafter im fortgeschrittenen Alter weil z.B. noch kein geeigneter Nachfolger zur Verfügung steht. Welche steuerlichen Fragen bei einer Weiterarbeit des Seniors für die GmbH zu beachten sind, erläutern wir nachstehend (Nr. 1 und 2).

Des Weiteren berichten wir über die rechtlichen Anforderungen einer Stellenausschreibung (Nr. 8) und über die Haftungsrisiken eines GmbH-Geschäftsführers im Wettbewerbsrecht (Nr. 9 und 10).

Mit freundlichen Grüßen

### Aus dem Inhalt:

- 1 **Gesellschafter-Geschäftsführer im (Un-)Ruhestand:** Weiterarbeit für die GmbH gegen Gehalt und Pension?
- 2 **Ex-Geschäftsführer mit Beratervertrag:** Worauf aus steuerlicher Sicht zu achten ist
- 3 **Unternehmensnachfolge:** Kann Betriebsvermögen noch steuerfrei übertragen werden?
- 4 **Lohnsteuerfreiheit:** Wann ist eine Leistung zusätzlich zum geschuldeten Arbeitslohn erbracht?
- 5 **Gewerbesteuer:** Steuerfestsetzungen erfolgen nur noch vorläufig
- 6 **Beherrschender Gesellschafter:** Keine Versteuerung von nicht ausgezahltem Weihnachtsgeld
- 7 **Gesellschafter-Bürgschaft:** Schuldzinsen aus der Inanspruchnahme als Bürge steuerlich absetzbar?
- 8 **Stellenausschreibung** „Geschäftsführer gesucht“ als Diskriminierung
- 9 **Haftung des GmbH-Geschäftsführers** für Wettbewerbsverstöße der GmbH
- 10 **Wettbewerbsrechtliche Abmahnung:** Wann haftet der Geschäftsführer persönlich?

## 1 Gesellschafter-Geschäftsführer im (Un-) Ruhestand: Weiterarbeit für die GmbH gegen Gehalt und Pension?

Die persönliche Lebensplanung oder betriebliche Belange der GmbH können eine weitere Tätigkeit des Gesellschafters für die GmbH auch nach Erreichen des Pensionsalters erforderlich machen.

In diesem Fall ist zu prüfen, ob die **zivilrechtlichen Voraussetzungen** für die Zahlung des Altersruhegelds überhaupt vorliegen, wenn der Gesellschafter die Geschäftsführertätigkeit weiterhin ausübt. Sofern in der schriftlichen (!) Pensionszusage geregelt ist, dass der Geschäftsführer bei Ausscheiden aus den Diensten der Gesellschaft nach Vollendung des 65. Lebensjahrs den Anspruch auf Altersruhegeld erwirbt, wäre die Auszahlung der Pensionsleistungen bei einer Weiterbeschäftigung aus zivilrechtlicher Sicht unzulässig. Denn der Anspruch auf Zahlung des Ruhegelds ist an zwei Voraussetzungen geknüpft:

- Der Geschäftsführer muss das **65. Lebensjahr vollendet** haben.
- Der Geschäftsführer muss **aus den Diensten der GmbH ausscheiden**.

Nur wenn die Ruhegeldzahlungen nicht an die Voraussetzung gebunden sind, dass der Geschäftsführer aus der Gesellschaft ausscheidet, kann die Alternative „Weiterbeschäftigung neben Pensionsbezug“ greifen. In manchen Zusagen wird die Beendigung des Dienstverhältnisses nicht vorausgesetzt, sodass allein das Erreichen der Altersgrenze für den Beginn der Pensionszahlungen maßgeblich ist. Gegen eine solche Form der Pensionszusage bestehen aus körperschaftsteuerlicher Sicht nach Auffassung des BFH grundsätzlich keine Einwendungen.

Ist die Pensionszahlung aber an das Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis gebunden, so besteht bei Pensionszahlungen trotz Weiterbeschäftigung die Gefahr, dass die Pensionszahlungen **steuerlich als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA)** eingestuft werden.

Sofern der Gesellschafter auf die Auszahlung der Pension verzichtet und sein Amt als Geschäftsführer weiter ausüben will, bezieht er weiterhin ausschließlich sein Geschäftsführergehalt. Ein endgültiger Verzicht auf den Pensionsanspruch ist darin nicht zu sehen, da ein Anspruch auf Pensionszahlungen aufgrund seiner Weiterbeschäftigung noch nicht entstanden ist. Allerdings ist die passivierte **Pensionsrückstellung teilweise aufzulösen**, da diese im Regelfall auf die Altersgrenze von 65 Jahren berechnet worden ist. Die Gewinnerhöhung bei der GmbH durch die Teil-Auflösung der Rückstellung wird aber durch die Gehaltszahlung an den Geschäftsführer kompensiert.

### Beispiel:

*Der beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer P erreicht im August 2013 die Altersgrenze (vollendetes 65. Lebensjahr). Da ein geeigneter Nachfolger noch nicht gefunden wurde, wird P weiterhin als Geschäftsführer die GmbH leiten.*

*Die GmbH zahlt ihm ab September 2013 eine monatliche Pension in Höhe von 3.000 Euro. Als Geschäftsführer erhält P künftig ein monatliches Gehalt von 12.000 Euro, wobei von seinem bisherigen (angemessenen) Gehalt von 15.000 Euro ausgegangen wurde, dieser Betrag jedoch um die monatliche Pensionszahlung gekürzt wurde.*

Der BFH hat in seinem Urteil vom 2.12.1992 die Auffassung vertreten, dass sich die Zahlung von Gehalt und Pension aus demselben Dienstverhältnis ausschließen. Der BFH hat später in seinem Urteil vom 5.3.2008 eine solche **Vereinbarung für zulässig** gehalten, **jedoch die Anrechnung des laufenden Gehalts auf die Pensionszahlung** gefordert.

**Als Gestaltungsmöglichkeit** kommt in Betracht, das Dienstverhältnis vertragsgemäß mit dem Pensionsfall zu beenden. Nach einer gewissen Zeit wird sodann ein neues Vertragsverhältnis abgeschlossen. Ein gewisser zeitlicher Abstand (etwa drei Monate) sollte gewahrt bleiben, um dem möglichen Einwand eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) vorzubeugen. Im Anschluss daran ist es dem Gesellschafter möglich, weiterhin für seinen bisherigen Arbeitgeber tätig zu werden. Dies kann aufgrund eines Beratervertrags, freier Mitarbeit oder aufgrund eines neuen Dienstvertrags geschehen. Die Angemessenheitsprüfung der Tätigkeitsvergütung bezieht sich dann nur auf die aktive Tätigkeit; die Pensionsbezüge aus der früheren Tätigkeit gehen nicht in die Angemessenheitsprüfung ein.

## 2 Ex-Geschäftsführer mit Beratervertrag: Worauf aus steuerlicher Sicht zu achten ist

Eine an die Geschäftsführertätigkeit anschließende Beratertätigkeit kann nach der BFH-Rechtsprechung grundsätzlich nicht als Fortsetzung des ursprünglichen Dienstverhältnisses angesehen werden. Zahlungen aufgrund eines Beratervertrags sind aber dann verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA), wenn sie an einen pensionierten, aber weiter als Geschäftsführer bestellten Gesellschafter ohne klare Abgrenzung der Geschäftsfelder und nicht exakt wie vertraglich vereinbart gezahlt werden.

Zu einem vergleichbaren Ergebnis kam das Finanzgericht (FG) München in einem rechtskräftigen Urteil vom 19.7.2010. Im Urteilsfall wurde dem an der AB-GmbH zu 50 Prozent beteiligten Geschäftsführer B (geboren 1927) im Jahr 1980 eine Pension zugesagt. Die Vereinbarung wurde jedoch in der Folgezeit mehrfach geändert: Mit Erreichen des 70. Lebensjahrs (1997) schied der Gesellschafter-Geschäftsführer B allerdings nicht aus den Diensten der GmbH aus. Neben seinen Versorgungsbezügen in Höhe von monatlich 3.500 Euro erhielt er ein laufendes Geschäftsführergehalt in Höhe von circa 14.500 Euro monatlich. Für die restlichen Versorgungsansprüche erhielt B eine Abfindung in Höhe des versicherungsmathematischen Barwerts. Am 31.12.2002 schied der 76-jährige B aus den Diensten der GmbH aus. Kurze Zeit vorher hatte er mit der GmbH einen **Beratervertrag** abgeschlossen. Der wesentliche Inhalt dieses Vertrags:

1. Die Unterstützung der Geschäftsführung, ohne dass nähere Modalitäten geregelt waren,
2. die völlige Weisungsfreiheit des B als Berater,
3. außerdem die Freiheit des B in der Bestimmung des Leistungsorts und des Zeitrahmens.

Das Beraterhonorar war monatlich auf 10.000 Euro netto festgelegt. Außerdem war vereinbart, dass der Vertrag erst nach sechs Jahren, zum 31.12.2008, kündbar war.

**Fazit:** Das Finanzamt setzte die seit 1998 gezahlten Versorgungsbezüge als vGA an. Das Finanzgericht bestätigte die Auffassung des Finanzamts.

Auch nach diesem Urteil gilt: Das Aufgabengebiet des pensionierten Gesellschafter-Geschäftsführers als Berater muss genau und bis ins Detail festgelegt sein und sich von den vormaligen Geschäftsführeraufgaben unterscheiden. Sieht die beratende Tätigkeit des pensionierten Gesellschafter-Geschäftsführers so aus, dass er weiterhin laufend für die GmbH tätig ist, er also der GmbH seine ganze Arbeitskraft schuldet und hinsichtlich der Arbeitszeit und des Arbeitsplatzes gebunden ist, liegt im Grunde nur die Fortsetzung seiner Geschäftsführertätigkeit vor.

Doch ist nach allgemeiner Auffassung die Begründung eines Beratungsverhältnisses nach Beendigung des aktiven Geschäftsführerverhältnisses möglich und in der Praxis durchaus üblich. Wird der Beratervertrag mit einem Ex-Geschäftsführer abgeschlossen, der weiterhin Gesellschafter der GmbH ist, sind freilich bestimmte Anforderungen zu beachten, wenn der Beratervertrag aus steuerlicher Sicht anerkannt werden soll.

Außer einer klaren und im Voraus abgeschlossenen Vereinbarung über die Beratertätigkeit gegen Honorarzah- lung muss der Beratervertrag **tatsächlich durchgeführt** werden. Weiterhin muss der die eigene GmbH beratende Gesellschafter über die **erforderlichen Qualifikationen** verfügen, die ihn zur Erbringung der vereinbarten Beratungsleistung überhaupt befähigen. Dies dürfte aber bei der Wahl des Ex-Geschäftsführers als Berater regelmäßig außer Zweifel stehen.

Schließlich muss das **Beraterhonorar angemessen** sein. Hierbei kann auf die Bedeutung der Beratung für die GmbH sowie auf den Umfang der Beratung abgestellt werden. Es ist mit zu berücksichtigen, ob der Berater haupt- oder nur nebenberuflich bzw. nur von Fall zu Fall für Sonderbe- reiche tätig wird. Anhaltspunkt für die Angemessenheit ist in der Regel das an einen fremden Berater zu zahlende Honorar.

Bei einem steuerlich anerkannten Beratervertrag erzielt der Berater Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit nach § 18 EStG, wenn er als „beratender Volks- und Betriebs- wirt“ tätig ist. Fehlt dem Berater eine vergleichbare Ausbil- dung, erzielt er gewerbliche Einkünfte, unterliegt also ggf. der Gewerbesteuer.

### 3 Unternehmensnachfolge: Kann Betriebsvermögen noch steuerfrei übertragen werden?

In den §§ 13a und 13b des Erbschaft- und Schenkung- steuergesetzes (ErbStG) sind steuerliche Erleichterungen für vererbtes bzw. verschenktes Betriebsvermögen sowie **für Beteiligungen an Kapitalgesellschaften von mehr als 25 Prozent** geregelt. Derartige Werte können unter be- stimmten Voraussetzungen steuerfrei übertragen werden. Diese Steuerbefreiung gilt seit dem 1.1.2009. Der Bundes- finanzhof hat jedoch bereits mit Beschluss vom 27.9.2009 (Az. II R 9/11) Zweifel geäußert, ob diese Begünstigungen von dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gleichmäßig- keit der Besteuerung gedeckt sind, und hat das Bundes- verfassungsgericht um Klärung gebeten.

Das Bundesfinanzministerium und die obersten Finanzbe- hörden der Länder haben durch gleich lautende Erlasse vom 14.11.2012 angeordnet, dass **alle offenen Steuer- fälle** nach dem 31.12.2008 nur **noch vorläufig** im Hinblick auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes beschieden werden (vgl. bereits den Kurzhinweis in Mandanten-Information Nr. 3/2013, S. 5). Für Unternehmer und GmbH-Gesellschafter stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, wie mit diesem Rechtszustand im Hinblick auf die Unternehmensnachfol- geplanung umzugehen ist.

Zunächst ist nicht davon auszugehen, dass das gesamte Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz rückwirkend für verfassungswidrig erklärt wird, weil in diesem Fall für alle noch offenen Steuerbescheide die Besteuerungsgrund- lage entfallen würde und die Steuerpflichtigen keinerlei Steuer mehr zahlen müssten.

Es erscheint theoretisch möglich aber unwahrscheinlich, dass isoliert nur die Steuerverschonung in den §§ 13a, 13b ErbStG rückwirkend für unanwendbar erklärt wird. In einem solchen Fall würde für alle noch nicht veranlagten Steuerfälle die Grundlage der Verschonung entfallen. Be- reits in der Vergangenheit hat das Bundesverfassungs- gericht dem Gesetzgeber für eine **Nachbesserung des Gesetzes** eine Frist eingeräumt. Ein solches Vorgehen dürfte auch jetzt wahrscheinlich sein, falls das Bundesver- fassungsgericht die Bedenken des BFH teilt.

Die Vergünstigungen des Erbschaft- und Schenkungsteu- ergesetzes für Unternehmen und deren Betriebsvermögen können in diesem Fall noch genutzt werden. Daran ändert auch das BMF-Schreiben vom 14.11.2012 mit der Anord- nung der vorläufigen Steuerfestsetzung nichts, da nach herrschender Auffassung davon auszugehen ist, dass Steuerbescheide, die unter einem Vorläufigkeitsvermerk stehen, **nicht zu Ungunsten** des Steuerpflichtigen geän- dert werden dürfen. Demnach bleibt Unternehmern noch eine gewisse Zeit, die erbschaft- und schenkungsteu- erlichen Vorteile für eine Nachfolgeregelung zu nutzen. Vorsichtshalber sollten allerdings bei einer vorweggenom- menen Erbfolge **Rückfallklauseln** in die entsprechenden Verträge aufgenommen werden für den Fall, dass eine rückwirkende (verschärfende) Gesetzesänderung für die

Übertragung von Betriebsvermögen und GmbH-Anteilen getroffen werden sollte.

#### 4 Lohnsteuerfreiheit: Wann ist eine Leistung zusätzlich zum geschuldeten Arbeitslohn erbracht?

Lohnerhöhungen für Mitarbeiter haben den Nachteil, dass sie im Regelfall auch zusätzliche Lohnnebenkosten (Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung, Umlagen) verursachen. Gut zu wissen, dass es im Lohnsteuerrecht Möglichkeiten gibt, den Mitarbeitern auch steuerfrei (und dann meist auch sozialversicherungsfrei) bestimmte Leistungen zukommen zu lassen:

So zum Beispiel Kosten für Kita, Kindergarten oder Tagesmütter für nicht schulpflichtige Kinder von Mitarbeitern (§ 3 Nr. 33 EStG) oder Leistungen zur Gesundheitsförderung des Mitarbeiters bis 500 Euro im Kalenderjahr (§ 3 Nr. 34 EStG). Darüber hinaus kann die kostenlose oder verbilligte Überlassung von Personal Computern, Zubehör oder Zuschüssen für die Internetnutzung pauschal (mit 25 Prozent, die der Arbeitgeber übernimmt) versteuert werden (§ 40 Abs. 2 Nr. 5 EStG). Schließlich kann der Arbeitgeber Zuschüsse zu den Kosten des Arbeitnehmers für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte pauschal (mit 15 Prozent) versteuern (§ 40 Abs. 2 Satz 2 EStG). Es gibt jedoch **einen Haken**: Das Gesetz sieht die steuerlichen Vergünstigungen nur vor, wenn die Leistungen **zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn** erbracht werden.

Wenn der Arbeitsvertrag oder ein Tarifvertrag nun eine solche Leistung bereits vorsieht, gilt dann diese Leistung nicht mehr als „zusätzlich“ gewährt? Kann man das Jahresgehalt reduzieren und dafür eine steuerfreie Leistung gewähren, sodass dem Mitarbeiter unterm Strich mehr Nettolohn verbleibt?

Der BFH hat im September 2012 entschieden, dass darunter nur **freiwillige Leistungen des Arbeitgebers** zu verstehen sind. Bis dahin hatte die Rechtsprechung lediglich gefordert, dass die zusätzliche Leistung zum Arbeitslohn hinzukommen muss, den der Arbeitgeber aus anderen Gründen schuldet. Es war nicht erforderlich, dass die Leistung auf freiwilliger Basis erfolgen musste. Der BFH hat die Anforderungen an diese steuerlich begünstigten Leistungen damit verschärft.

Doch das **BMF** hat mit **Schreiben vom 22.5.2013** die steuerlichen Anforderungen wieder auf das bisherige Maß zurückgeschraubt: Es reicht aus, wenn die zweckbestimmte Leistung zu dem Arbeitslohn hinzukommt, den der Arbeitgeber **arbeitsrechtlich schuldet**. Wer als Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrags oder einer anderen arbeitsrechtlichen Grundlage einen Rechtsanspruch auf eine der o.g. Leistungen hat (z.B. Fahrkostenzuschüsse), hat danach den Tatbestand „zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn“ trotzdem erfüllt und kann die Leistung steuerfrei oder steuerbegünstigt in Anspruch nehmen. **Aber Vorsicht**: Es ist nach wie vor nicht zulässig, eine **Gehaltsumwandlung** vorzunehmen. Wer also auf 3.000 Eu-

ro Barlohn im Jahr verzichtet, kann dafür zum Ausgleich keine steuerfreien Kindergartenzuschüsse erhalten.

#### 5 Gewerbesteuer: Steuerfestsetzungen erfolgen nur noch vorläufig

In der Mandanten-Information Nr. 2/2013 hatten wir darauf hingewiesen, dass die Hinzurechnungsvorschriften im Gewerbesteuergesetz möglicherweise verfassungswidrig sind. Die Finanzgerichte Hamburg und Köln hatten in Urteilen entsprechende Bedenken geäußert. Jetzt hat die Finanzverwaltung auf diese Rechtsprechung reagiert. In gleich lautenden Erlassen haben die obersten Finanzbehörden der Länder Folgendes entschieden:

**Sämtliche Festsetzungen des Gewerbesteuermessbetrags für Erhebungszeiträume ab 2008** sind im Rahmen der verfahrensrechtlichen Möglichkeiten **hinsichtlich der Nichtabziehbarkeit der Gewerbesteuer** und der darauf entfallenden Nebenleistungen als Betriebsausgaben **vorläufig** (§ 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO) **durchzuführen**.

Ferner sind **Festsetzungen** des Gewerbesteuermessbetrags für Erhebungszeiträume ab 2008 mit **Hinzurechnungen zum Gewerbeertrag** (nach § 8 Nr. 1 Buchst. a, d, e GewStG) im Rahmen der verfahrensrechtlichen Möglichkeiten hinsichtlich der Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Hinzurechnungsvorschriften **vorläufig durchzuführen**.

#### 6 Beherrschender Gesellschafter: Keine Versteuerung von nicht ausgezahltem Weihnachtsgeld

Ausschüttungen einer GmbH fließen nach der Rechtsprechung dem beherrschenden Gesellschafter bereits dann zu, wenn sie fällig sind, also unabhängig davon, wann sie ausgezahlt werden. Begründung: Der beherrschende Gesellschafter hat es grundsätzlich in der Hand, sich geschuldete Beträge auszahlen zu lassen.

Es gibt Finanzämter, die diese Ausnahme vom Grundsatz „Besteuerung erst nach Zufluss“ auch auf Leistungsvergütungen der Gesellschaft an ihre Gesellschaft ausdehnen wollen. So war es auch in einem Fall, den das Sächsische Finanzgericht (FG) zu entscheiden hatte. Im Urteilsfall wurde der alleinigen geschäftsführenden Gesellschafterin das vertraglich vereinbarte Weihnachtsgeld weder bar noch per Überweisung ausgezahlt. Das Weihnachtsgeld wurde auch nicht als Betriebsausgabe gebucht.

Das Finanzamt unterstellte gleichwohl einen Zufluss bei der Geschäftsführerin und nahm die GmbH per Haftungsbescheid für die nicht abgeführte Lohnsteuer in Anspruch.

Das FG **verneinte den Zufluss** bei der Geschäftsführerin. Für diese Entscheidung sei es unerheblich, ob die Geschäftsführerin rechtzeitig vor Fälligkeit auf das Weihnachtsgeld verzichtet hat oder nicht. Ob es bei dem Urteil des FG bleibt, dass der gegen die GmbH gerichtete Lohnsteuer-Haftungsbescheid aufzuheben ist, obliegt der Entscheidung des BFH, der die Revision zugelassen hat.

## 7 Gesellschafter-Bürgschaft: Schuldzinsen aus der Inanspruchnahme als Bürge steuerlich absetzbar?

Für Darlehensverbindlichkeiten ihrer GmbH müssen sich Gesellschafter häufig verbürgen. Werden sie aus einer solchen Bürgschaft später in Anspruch genommen, müssen sie zur Erfüllung ihrer Bürgschaftsverpflichtung regelmäßig ein Darlehen aufnehmen. Sind die damit verbundenen Schuldzinsen steuerlich absetzbar? Mit dieser Frage hatte sich das Finanzgericht Düsseldorf in einem Urteil vom 4.10.2012 zu beschäftigen.

Im Urteilsfall wurde der seit 2002 wesentlich an einer GmbH beteiligte X 2007 insolvenzbedingt aus einer für die GmbH geleisteten Bürgschaft in Anspruch genommen. Die daraus resultierenden Zahlungen finanzierte er über ein Darlehen. Infolgedessen fielen in 2009 und 2010 Schuldzinsen an, die X als nachträgliche Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen unter Verzicht auf die Anwendung der Abgeltungsteuer erklärte.

Das Finanzamt versagte deren Abzug.

Das Finanzgericht gewährte den Schuldzinsenabzug. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs können **Schuldzinsen** für die Finanzierung von (nachträglichen) Anschaffungskosten für eine wesentliche Beteiligung an einer GmbH **wie nachträgliche Betriebsausgaben** bei den Einkünften aus Kapitalvermögen als Werbungskosten abgezogen werden, sofern das zugrunde liegende Darlehen nicht aus dem Veräußerungs- oder Liquidationserlös getilgt werden kann. Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall erfüllt.

Weder die Beschränkung des Werbungskostenabzugs durch § 20 Abs. 9 EStG noch die der Verlustverrechnung durch § 20 Abs. 6 EStG steht dem Abzug der Schuldzinsen entgegen, da X gemäß § 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG **auf die Anwendung der Abgeltungsteuer verzichtet** hat. Daher greift das **Teileinkünfteverfahren**.

Die Option gegen die Abgeltungsteuer ist zulässig,

- da X in 2009 noch zu mehr als 25 Prozent an der GmbH beteiligt war;
- da die GmbH trotz Eintragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (in 2007) auch in 2009 noch existiert hat. Die Anteile bestehen ungeachtet der Auflösung fort, bis die GmbH wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht ist;
- obwohl X nicht mehr mit Erträgen aus der Beteiligung rechnen konnte. Dies ist dem unternehmerischen Charakter der Beteiligung an der GmbH geschuldet.

Der Schuldzinsenabzug steht und fällt im vorliegenden Fall mit der Annahme, dass die GmbH im Jahr der Option noch bestanden hat. Denn § 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG verlangt u.a., dass der Gesellschafter in dem Veranlagungszeitraum, in dem erstmals der Antrag auf Nichtanwendung der Abgeltungsteuer gestellt wird, zu mindestens 25 Prozent beteiligt ist.

Gegen das Urteil des FG wurde **Revision** beim BFH eingelegt. Sollte der BFH im Revisionsverfahren zu dem

Ergebnis kommen, dass die Beteiligung in 2009 nicht mehr bestanden hat, kommt die Option angesichts des Gesetzeswortlauts nicht mehr in Betracht. Dann müssten andere Möglichkeiten zur Geltendmachung von nachträglichen Schuldzinsen geprüft werden, insbesondere der Abzug als laufende Betriebsausgaben bei den Einkünften nach § 17 EStG oder die Einbeziehung in den (Liquidations-)Verlust nach § 17 EStG.

## 8 Stellenausschreibung „Geschäftsführer gesucht“ als Diskriminierung

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) hat längst auch die Geschäftsführungsebene einer GmbH erreicht. Nach diesem Gesetz darf niemand – auch nicht ein GmbH-Geschäftsführer – u.a. wegen seiner ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung oder wegen seines Alters diskriminiert werden. Wer als Arbeitgeber dagegen verstößt, macht sich schadenersatzpflichtig. So entschied der BGH in einem Urteil vom 23.4.2012. Wir haben darüber in der Mandanten-Information Nr. 6/2012, S. 6, berichtet.

Heute wollen wir auf ein anderes Urteil zu dieser Thematik hinweisen, das das Oberlandesgericht Karlsruhe gefällt hat.

Eine GmbH hatte in diesem Fall durch einen Dritten per Anzeige einen „**Geschäftsführer**“ gesucht. In der Anzeige wurde nicht weiter darauf hingewiesen, dass dies für weibliche und männliche Bewerber gleichermaßen gilt. Auf diese Stelle bewarb sich eine Rechtsanwältin, die jedoch nicht einmal zum Vorstellungsgespräch eingeladen wurde. Hierauf erhob die Rechtsanwältin Entschädigungsklage gegen die GmbH. Das OLG Karlsruhe verurteilte die GmbH daraufhin zu einer **Entschädigung in Höhe eines Monatsgehalts**.

Die Klägerin war nach Auffassung des Gerichts wegen ihres Geschlechts benachteiligt worden, wodurch gegen § 7 Abs. 1 i.V.m. §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG verstoßen wurde. Eine Benachteiligung der Klägerin als Person weiblichen Geschlechts ist bereits darin zu sehen, dass die Klägerin letztlich die ausgeschriebene Stelle als „Geschäftsführer“ nicht erhalten hat. Insofern hat sie eine weniger günstige Behandlung erfahren.

Die Benachteiligung der Klägerin ist auch wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, nämlich wegen ihres Geschlechts, erfolgt. Die GmbH hat durch die ihr zurechenbare, **nicht geschlechtsneutrale Stellenausschreibung** gegen §§ 11, 7 Abs. 1 AGG verstoßen. Die gem. § 22 AGG für die geschlechtsbezogene Benachteiligung der Klägerin sprechende Vermutung vermochte die Beklagte nicht zu widerlegen. Von einer rechtsmissbräuchlichen Bewerbung der Klägerin ist nicht auszugehen. Der Begriff „**Geschäftsführer**“ ist **eindeutig männlich** und wird im vorliegenden Fall weder durch den Zusatz „/in“ noch durch die Ergänzung „m/w“ erweitert. Es handelt sich bei dem Begriff „Geschäftsführer“ auch nicht um einen geschlechtsneutralen Oberbegriff. Die nicht geschlechtsneutrale Stellenausschreibung stellt ein Indiz im Sinne von § 22 AGG dar, das eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lässt. Die GmbH müsste nachweisen, dass das Geschlecht

der Klägerin bei der Auswahlentscheidung „überhaupt keine Rolle“ gespielt hat, dass also in dem Motivbündel, das die Auswahlentscheidung beeinflusst hat, das Geschlecht der Klägerin nicht als negatives oder das Geschlecht des erfolgreichen Bewerbers als positives Kriterium enthalten war. Dieser Nachweis werde nicht schon dadurch geführt, dass – so wie es hier der Fall war – eine andere Bewerberin zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde. Andere stichhaltige Argumente hatte die GmbH nicht vorgetragen.

Die **Ausschreibung** einer Geschäftsführerposition sollte **in jedem Fall geschlechtsneutral** erfolgen. Es sollte deshalb eine „Geschäftsführerin oder Geschäftsführer“ oder ein/e „Geschäftsführer/in“ gesucht werden.

## 9 Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Wettbewerbsverstöße der GmbH

Das Wettbewerbsrecht wird zu einem immer wichtigeren Faktor im Rahmen des unternehmerischen Handelns. Umso häufiger werden auch GmbH-Geschäftsführer für mögliche Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht in Anspruch genommen.

Das Wettbewerbsrecht zwischen Unternehmen wird in Deutschland im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) geregelt. Dieses Gesetz bietet Unternehmen die Möglichkeit, gegen Mitbewerber dann vorzugehen, wenn und soweit diese sich unzulässiger geschäftlicher Handlungen bedienen, um sich dadurch ggf. Vorteile im Rahmen des Wettbewerbs zu verschaffen.

In der Praxis ist es stark **branchenabhängig**, ob und inwieweit Mitbewerber sich gegenseitig beobachten und bei unlauteren Maßnahmen der Konkurrenz Wettbewerbsverstöße geltend machen. Je umkämpfter ein Markt ist, desto öfter werden Streitigkeiten im Bereich des Wettbewerbsrechts vor Gericht ausgetragen.

Wenn und soweit es in der Folge von (vermeintlichen) unzulässigen geschäftlichen Handlungen zu wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen kommt, ist es nicht selten, dass Geschäftsführer einer GmbH auch neben der GmbH selbst in Anspruch genommen werden. Dies gilt nicht nur für den gesetzlich niedergelegten Anspruch auf Unterlassung, sondern auch für Ansprüche auf Auskunft, Schadenersatz oder Schadenersatzfeststellung sowie Zahlung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten für eine ausgesprochene Abmahnung.

Auch in anderen Bereichen, wie z.B. dem **Markenrecht**, wird der Geschäftsführer oftmals für Rechtsverstöße verantwortlich gemacht. Im Markenrecht kann sich eine **persönliche Haftung** des GmbH-Geschäftsführers dann ergeben, wenn er Kenntnis von einer möglichen Verletzung eines Markenrechts und außerdem die Möglichkeit hatte, die Markenrechtsverletzung zu verhindern.

Ein solcher Sachverhalt ist z.B. denkbar, wenn im Ausland Produkte erworben werden, die Plagiate von im Inland markenrechtlich geschützten Waren sein können. Einen solchen Fall hatte das OLG Hamburg zu entscheiden. **Zur**

**persönlichen Haftung des Geschäftsführers** führte das Gericht in seiner Urteilsbegründung aus:

„Nach ständiger Rechtsprechung haften die Geschäftsführer einer GmbH bei Kennzeichenverletzungen auch persönlich, wenn sie die Rechtsverletzung selbst begangen haben oder wenn sie jedenfalls von ihr Kenntnis hatten und die Möglichkeit, sie zu verhindern. Sogar ohne eigene Kenntnis kommt eine persönliche Haftung des Geschäftsführers unter dem Gesichtspunkt der Organisationspflichtverletzung in Betracht, wenn er sich bewusst der Möglichkeit zur Kenntnis- und Einflussnahme entzieht, etwa durch einen dauerhaften Aufenthalt im Ausland.“

Geschäftsführer einer GmbH dürfen aufgrund dieser Rechtslage die Frage der **Nutzung einer Marke** nicht den Gesellschaftern überlassen, sondern müssen dies **in eigener Verantwortung** auf ihre rechtliche Zulässigkeit prüfen.

Der Geschäftsführer einer GmbH kann sogar verpflichtet sein, seine rechtlichen Bedenken darzulegen und sein Geschäftsführeramt niederzulegen, wenn er seine Bedenken gegenüber den Gesellschaftern nicht durchsetzen kann.

## 10 Wettbewerbsrechtliche Abmahnung: Wann haftet der Geschäftsführer persönlich?

Für den GmbH-Geschäftsführer stellt sich nach Eingang einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnung die Frage, ob und inwieweit er überhaupt für das Handeln der Gesellschaft verantwortlich gemacht werden kann.

Hierbei spielt die Unternehmensgröße eine wesentliche Rolle. Bei einer **Ein-Mann-GmbH** oder einer GmbH, die nur wenige Personen beschäftigt und in der der Geschäftsführer die wichtigsten Entscheidungen selbst trifft, zum Beispiel auch Werbung selbst gestaltet, ist eine Haftungsfreistellung nahezu unmöglich.

### Beispiel 1:

*Markus Müller gründet im Januar 2013 einen Onlineshop für Steuergesetzbücher und betreibt diesen mit einer Ein-Mann-GmbH. Er stellt seine Mutter im Rahmen eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses an. Diese verpackt die Bestellungen. Herr Müller übernimmt alle anderen Tätigkeiten, wie z.B. die Werbung und die Betreuung des Onlineangebots.*

*Eine Abwehr der persönlichen Haftung ist zu Gunsten von Herrn Müller unmöglich.*

Je mehr Angestellte ein Unternehmen hat und vor allem wenn **mehrere Geschäftsführer eine GmbH** leiten, umso eher besteht die Möglichkeit, eine persönliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers zu vermeiden.

Das Kammergericht Berlin beschäftigte sich in einer Entscheidung vom 13.11.2012 ausführlich mit den Haftungsrisiken eines GmbH-Geschäftsführers. Es verneinte eine Haftung, wenn im Unternehmen **mehrere GmbH-Geschäftsführer** vorhanden sind und über einen **Geschäftsverteilungsplan** eindeutig Aufgabenbereiche zugeordnet werden. Der Geschäftsführer, der für Werbung oder Marketing zuständig ist, trägt dann die Verantwortung.