

┌

## Mandanten-Information für GmbH-Geschäftsführer Nr. 5/2012

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH steht quasi unter Generalverdacht der Finanzverwaltung und wird deshalb in vielerlei Hinsicht gegängelt und sanktioniert: Sei es bei der Privatnutzung des Dienstwagens (Nr. 1), bei der Ansparung von Zeitwertguthaben (Nr. 2) oder der Vereinbarung einer betrieblichen Altersvorsorge (Nr. 4).

Darüber hinaus berichten wir wieder einmal über Haftungsrisiken eines GmbH-Geschäftsführers, wenn er sich zum Schuldbeitritt gegenüber Gläubigern der Gesellschaft entschließt (Nr. 6), sich für die Gesellschaft verbürgt (Nr. 3) oder auf die Einreichung einer aktuellen Gesellschafterliste zum Handelsregister verzichtet (Nr. 10).

Mit freundlichen Grüßen

### Aus dem Inhalt:

- 1 **GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer:** Steuerliche Bewertung der privaten Nutzung des Dienstwagens
- 2 **Zeitwertkonten:** Auch für GmbH-Geschäftsführer möglich?
- 3 **Gesellschafter-Bürgschaft zugunsten der GmbH:** Inanspruchnahme aus Bürgschaft als nachträgliche Anschaffungskosten für die Beteiligung?
- 4 **Pensionszusage zugunsten angestellter Gesellschafter:** Droht Überversorgung nach Reduzierung der Aktivbezüge?
- 5 **GmbH & Co. KG:** Zahlung des Golfclubbeitrags eines Kommanditisten als Betriebsausgabe?
- 6 **Schuldbeitritt des Geschäftsführers:** Kündigung des Schuldbeitritts zulässig nach Abberufung aus dem Geschäftsführeramts?
- 7 **Niederlegung des Geschäftsführeramts:** Anforderungen an eine wirksame Amtsniederlegung
- 8 **Notgeschäftsführer:** Wann ist er vom Gericht zu bestellen?
- 9 **Familien-GmbH:** Zur Sozialversicherungspflicht des nachrückenden Kindes

## 1 GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer: Steuerliche Bewertung der privaten Nutzung des Dienstwagens

In den Jahren 2008 bis 2010 hat der BFH in mehreren Urteilen zu der Frage Stellung genommen, wann die Privatnutzung des Firmenwagens durch einen Gesellschafter-Geschäftsführer als (Sach-)Lohn und wann als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) zu behandeln ist. Die Finanzverwaltung brauchte zwei Jahre, um aus dieser Rechtsprechung Handlungsanweisungen für die Finanzämter abzuleiten. Das Ergebnis liegt jetzt in Form des BMF-Schreibens vom 3.4.2012 vor.

Rund 83 Prozent aller GmbH-Geschäftsführer fahren in der Praxis einen von der Gesellschaft gestellten Firmenwagen, den sie ganz überwiegend auch privat nutzen dürfen. Die Pkw-Überlassung ist entweder im Anstellungsvertrag oder in einer eigenen Überlassungsvereinbarung geregelt.

Die Überlassung des Pkw auch für private Fahrten (z.B. am Wochenende, im Urlaub) ist als **geldwerter Vorteil** eine Vergütung für die Dienstleistung des Geschäftsführers gegenüber seiner Gesellschaft. Dieser Sachbezug zählt zu den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit. Er wird in der Mehrzahl der Fälle nach der sog. **1-Prozent-Methode** bewertet, also mit 1 Prozent des inländischen Brutto-Listenpreises des überlassenen Fahrzeugs zum Zeitpunkt seiner Erstzulassung zuzüglich der Kosten für Sonderausstattung pro Monat. Alternativ kann der geldwerte Vorteil anhand eines Fahrtenbuchs ermittelt werden, in das zeitnah alle Fahrten einzutragen sind und speziell für die betrieblichen Fahrten das Datum, der km-Stand zu Beginn und Ende der betrieblichen Fahrt, der Zielort, der Reisezweck und der aufgesuchte Geschäftspartner.

Die Fahrtenbuchführung ist aufwendig und zeitraubend. Deshalb ist es verständlich, dass sich viele Geschäftsführer mit der 1-Prozent-Methode abfinden. Diese aber ist nachteilig, wenn der Listenpreis des Fahrzeugs „stattlich“ ist, die Möglichkeiten der Privatnutzung aber gering sind. Verständlich, dass sich unter diesen Umständen viele GmbH-Chefs Gedanken machen, wie sie die 1-Prozent-Methode vermeiden können.

Liegt eine schriftliche oder zumindest konkludente Vereinbarung nicht vor, ist die Kfz-Überlassung auch zu privaten Zwecken **als vGA** einzustufen. Dies gilt sowohl für einen beherrschenden als auch für einen nicht beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer.

Nach der BFH-Rechtsprechung ist die vGA mit dem **gemeinen Wert der Nutzungsüberlassung** einschließlich eines angemessenen Gewinnaufschlags zu bewerten. Dem schließt sich das BMF-Schreiben in Tz. 4 an.

Da aber sowohl die von der GmbH in einem vergleichbaren Fall „erzielbare Vergütung“ bei Überlassung an einen fremden Dritten als auch der „angemessene Gewinnaufschlag“ streitanfällig sind, greift die Finanzverwaltung auf das zurück, was sich schon in der Vergangenheit in Betriebsprüfungen bewährt hat: Die **vGA** darf „aus Vereinfachungsgründen“ ... „im Einzelfall“ **nach der 1-Prozent-Methode**

**bewertet** werden – also genauso wie bei Arbeitnehmern. Bei Nutzung des Kfz durch den Gesellschafter-Geschäftsführer auch für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte erhöht sich dieser Wert für jeden Kalendermonat um 0,03 Prozent des Listenpreises für jeden Kilometer der Entfernung zwischen Wohnung und Betrieb – ebenfalls wie bei Arbeitnehmern.

Stellt der Betriebsprüfer eine vGA aufgrund einer nicht lohnversteuerten Kfz-Überlassung fest, hat dies nach dem BMF-Schreiben **folgende Konsequenzen**:

- Der Gewinn der GmbH wird nach der 1-Prozent-Methode erhöht; es fallen höhere Körperschaft- und Gewerbesteuern an.
- In gleicher Höhe fällt beim Gesellschafter zusätzlich ein Kapitalertrag an, welcher der Abgeltungsteuer unterliegt, wenn die GmbH-Anteile im Privatvermögen liegen.

Wird in einer Lohnsteuer-Außenprüfung eine nicht lohnversteuerte Kfz-Überlassung an einen Arbeitnehmer festgestellt, wird der Lohn des betreffenden Arbeitnehmers um den geldwerten Vorteil erhöht und entweder der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer mit der darauf entfallenden Lohnsteuer belastet. Der geldwerte Vorteil unterliegt also nur **einmal** der Besteuerung. Bei einer vGA schlägt der Fiskus **zweimal** zu – selbst bei Minderheitsgesellschaftern. Darin liegt eine **eindeutige Diskriminierung** von Unternehmern, die sich der Rechtsform der GmbH bedienen.

## 2 Zeitwertkonten: Auch für GmbH-Geschäftsführer möglich?

Die Rente mit 67 und der Wegfall der Förderung der Altersteilzeit nach dem 31.12.2009 veranlassen Arbeitnehmer immer häufiger, über Alternativen nachzudenken. Das Modell der Zeitwertkonten ist dabei für Arbeitnehmer seit langem ein interessantes Modell, um Arbeitslohn anzusparen, um ihn sich später bei (teilweiser) Freistellung von der Arbeit auszahlen zu lassen. **Für GmbH-Geschäftsführer und beherrschende Gesellschafter** wurden die steuerlichen Vorteile von der Finanzverwaltung mit BMF-Schreiben vom 17.6.2009 **außer Kraft gesetzt**. Doch die aktuelle Rechtsprechung der Finanzgerichte signalisiert, dass sich die Auffassung der Finanzverwaltung möglicherweise als nicht haltbar erweist.

Der grundlegende **Zweck eines Zeitwertkontos** besteht darin, Vergütungsbestandteile auf einem „Sparkonto“ anzusammeln, um sie zu einem späteren Zeitpunkt für eine Freistellungsphase in Anspruch nehmen zu können. Welche Gehaltsbestandteile umgewandelt werden können, entscheidet grundsätzlich der Arbeitgeber. Immer wieder wird in diesem Zusammenhang die Diskussion auf das Einbringen von „Überstunden“ reduziert. Weitaus wichtiger aber können andere Vergütungsbestandteile sein wie zum Beispiel für nicht genommene Urlaubstage, Urlaubs- oder Weihnachtsgeld, Tantiemen, oder auch laufende Entgeltbestandteile.

Langzeitkonten können grundsätzlich mit allen Arbeitnehmern im Rahmen eines bestehenden Dienstverhältnisses vereinbart werden. Dabei sind **zwei Besonderheiten** zu beachten:

- Bei **befristeten Dienstverhältnissen** werden Zeitwertkonten steuerlich nur dann anerkannt, wenn die sich während der Beschäftigung ergebenden Guthaben vor Ablauf des befristeten Dienstverhältnisses (also innerhalb der vertraglich vereinbarten Befristung) durch Freistellung ausgeglichen werden.
- Bei Arbeitnehmern, die als **Organe von Körperschaften** bestellt sind (GmbH-Geschäftsführer, Vorstand einer AG) werden **Zeitwertkonten steuerlich nicht anerkannt**. Bei ihnen führt die Gutschrift des künftig fällig werdenden Arbeitslohns auf dem Zeitwertkonto direkt zum Zufluss von Arbeitslohn. Die allgemeinen Grundsätze der verdeckten Gewinnausschüttung bleiben dabei unberührt. Dies gilt entsprechend **auch für beherrschende Gesellschafter**, die für die GmbH tätig sind. Begründet wird dies mit dem lapidaren Satz „Zeitwertkonten sind mit dem Aufgabenbild des Organs einer Körperschaft nicht vereinbar“.

**Zwei Finanzgerichte** (FG Düsseldorf und FG Hessen) haben in jüngerer Zeit zugunsten von GmbH-Geschäftsführern entschieden und deutlich zu verstehen gegeben, dass die Auffassung der Finanzverwaltung aus ihrer Sicht nicht haltbar ist: Beide Urteile sprechen sich **gegen die Auffassung der Finanzverwaltung** aus und sehen keinen Rechtfertigungsgrund für eine Diskriminierung der GmbH-Geschäftsführer.

Von „**Störfällen**“ im Zusammenhang mit Wertkonten spricht man immer dann, wenn das Wertguthaben oder ein Teil davon nicht für eine Zeit der Freistellung verwendet wird. Beispiele für planwidrige Verwendungen sind:

- Auszahlung ohne existenzbedrohende Notlage. Wird entgegen der Vereinbarung ohne existenzbedrohende Notlage des Arbeitnehmers das Guthaben (teilweise) ausgezahlt, ist bei dem jeweiligen Arbeitnehmer das **gesamte Guthaben** im Zeitpunkt der planwidrigen Verwendung zu besteuern. Davon ausgenommen ist eine Auszahlung in existenzbedrohender Notlage des Arbeitnehmers.
- Beendigung des Dienstverhältnisses vor oder während der Freistellungsphase.
- Planwidrige Weiterbeschäftigung: Der Nichteintritt oder die Verkürzung der Freistellung durch eine planwidrige Weiterbeschäftigung.

Ein Störfall führt zur Auflösung des Wertkontos – mit steuer- und sozialversicherungsrechtlichen sowie bilanziellen Konsequenzen. Die Auflösung eines Wertkontos kann aber auch durch die Umwandlung in eine betriebliche Altersversorgung geschehen. Bei der **Übertragung des Guthabens** auf einen neuen Arbeitgeber tritt der neue Arbeitgeber an die Stelle des alten Arbeitgebers und übernimmt im Wege der Schuldübernahme die Verpflichtungen aus der Zeitwertkontovereinbarung. Die Leistungen aus dem Zeit-

wertkonto durch den neuen Arbeitgeber sind Arbeitslohn, von dem dieser dann bei Auszahlung Lohnsteuer einzuhalten hat.

### 3 Gesellschafter-Bürgerschaft zugunsten der GmbH: Inanspruchnahme aus Bürgerschaft als nachträgliche Anschaffungskosten für die Beteiligung?

Beherrschende GmbH-Gesellschafter gewähren ihrer GmbH häufig eine Finanzierungshilfe, wenn sich die Gesellschaft in einer Krise befindet. Dabei kann es sich um ein Darlehen oder um eine Bürgerschaft handeln. Ist die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt kreditunwürdig und wird sie trotz der Finanzierungshilfe insolvent, kann der Gesellschafter seinen Darlehensverlust oder seine Zahlungen als Bürge **als nachträgliche Aufwendungen für seine Beteiligung** steuerlich absetzen (§ 17 EStG). Wann aber ist eine GmbH kreditunwürdig?

Mit dieser Frage hatte sich der BFH in einem Urteil vom 24.1.2012 auseinanderzusetzen.

Im Urteilsfall hatte eine GmbH im Jahr 1995 nur unter der Bedingung ein Bankdarlehen erhalten, dass sich die beiden Hauptgesellschafter selbstschuldnerisch für die Rückzahlung des Darlehens verbürgten. Aus diesen Bürgschaften wurden sie später – nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH – von der Bank in Anspruch genommen.

Das Finanzamt wollte den Bürgerschaftsaufwand nicht in die Berechnung des Auflösungsverlusts nach § 17 EStG einbeziehen. Dagegen klagten die Gesellschafter.

Finanzgericht und BFH gaben den Klägern Recht. Nach Auffassung des BFH sind die Bürgschaften in einer Situation gewährt worden, in der ein ordentlicher Kaufmann angesichts der Risikobehaftung der Rückzahlung des gesicherten Bankdarlehens durch die GmbH der Gesellschaft **Eigenkapital zugeführt** hätte. Daher seien die Bürgschaften in der Krise hingegeben und damit **als funktionales Eigenkapital** zu qualifizieren. Die Kreditwürdigkeit der GmbH ergab sich hier daraus, dass die für die Geschäftsführung der GmbH erforderliche Kreditaufnahme ohne zusätzliche selbstschuldnerische Bürgschaften der Gesellschafter nicht möglich war.

### 4 Pensionszusage zugunsten angestellter Gesellschafter: Droht Überversorgung nach Reduzierung der Aktivbezüge?

Übersteigt die Versorgungsanwartschaft eines mitarbeitenden Gesellschafters aus einer Pensionszusage der GmbH zusammen mit der Rentenanwartschaft aus der gesetzlichen Rentenversicherung 75 Prozent der am Bilanzstichtag bezogenen Aktivbezüge, liegt eine **Überversorgung** vor. In diesem Fall kürzt der Betriebsprüfer die Pensionsrückstellungen derart, dass die **75-Prozent-Grenze** wieder eingehalten wird. Gilt dies auch, wenn die Aktivbezüge des Gesellschafters aufgrund einer Krise der Gesellschaft

reduziert worden sind? Diese Frage hatte der BFH in einem Urteil vom 27.3.2012 zu entscheiden.

Im Urteilsfall waren acht Gesellschafter der X-GmbH dort zugleich als Arbeitnehmer (einer davon als Geschäftsführer) angestellt. In 1994 gewährte die X-GmbH ihren acht Gesellschafter-Arbeitnehmern jeweils Pensionszusagen. Diese waren so bemessen, dass die Pension in jedem Einzelfall weniger als 75 Prozent der aktuellen Aktivbezüge der Begünstigten betrug. Die Pensionszusagen wurden zunächst vom Finanzamt anerkannt.

Als im Jahr 2000 die X-GmbH in wirtschaftliche Schwierigkeiten geriet, wurden die laufenden Gehälter der acht Zusagebegünstigten um jeweils 20 Prozent gesenkt. Die Pensionszusagen wurden nicht gekürzt. Im Verhältnis zu den abgesenkten Aktivbezügen lagen die Versorgungsansparungen seitdem bei mehr als 75 Prozent der Aktivbezüge. Zu einer wirtschaftlichen Erholung der X-GmbH kam es (mit Ausnahme im Jahr 2001) bis zur späteren Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr.

Unter Hinweis auf die Überversorgung kürzte das Finanzamt den bislang angesetzten Wert der Pensionsrückstellung entsprechend und erließ passende Änderungsbescheide zur Körperschaftsteuer und zum Gewerbesteuermessbetrag.

Aus der Urteilsbegründung des BFH ergibt sich, dass **keine Überversorgung** anzunehmen ist und deshalb keine Reduzierung der Pensionsrückstellung erfolgen muss, wenn die **Aktivbezüge** zu Sanierungszwecken **nur vorübergehend gekürzt** und nach Überwindung der wirtschaftlichen Schwierigkeiten wieder angehoben werden.

Als Zeitraum zur Überwindung der wirtschaftlichen Schwierigkeiten, in dem die Aktivbezüge gekürzt werden können, nennt der BFH **zwei bis zweieinhalb Jahre**. Andernfalls dürfte eine Kürzung der Pensionsrückstellung unvermeidbar sein.

## 5 GmbH & Co. KG: Zahlung des Golfclubbeitrags eines Kommanditisten als Betriebsausgabe?

Unternehmen begrüßen es, wenn ihre leitenden Mitarbeiter Mitglied im örtlichen Golfclub sind. Dort können sie neue Geschäftsbeziehungen herstellen und damit den Unternehmenszweck fördern. Aus diesem Grund sind die Unternehmen gern bereit, den Mitgliedsbeitrag zu übernehmen, um ihn sodann als Betriebsausgabe abzusetzen. So war es auch in einem Fall, den das Finanzgericht (FG) Köln zu entscheiden hatte.

Im Urteilsfall betrieb die X-GmbH & Co. KG einen Großhandel mit Sportartikeln. An ihr waren die X-GmbH als Komplementärin und A als Kommanditist beteiligt. A war Mitglied in einem Golfclub. Die X-GmbH & Co. KG zahlte sowohl das Beitrittsgeld als auch den Jahresbeitrag des A (rund 14.000 Euro jährlich) und machte diese Beträge als Betriebsausgaben geltend.

Im Rahmen einer **Betriebsprüfung** gelangte der Prüfer zu dem Ergebnis, dass die Beiträge für den Golfclub nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen, sondern **Privatentnahmen des A** darstellen. Das Finanzamt folgte dieser Auffassung und erließ einen geänderten Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen. Der hiergegen gerichtete Einspruch der X-GmbH & Co. KG hatte keinen Erfolg.

Das FG Köln bestätigte die Auffassung des Finanzamts.

Betriebsausgaben sind alle durch den Betrieb verursachten Aufwendungen. Allerdings dürfen bei den Einkünften aus Gewerbebetrieb Aufwendungen für die Lebensführung nicht abgezogen werden, die die wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung des Steuerpflichtigen mit sich bringt, auch wenn sie zur Förderung des Berufs oder der Tätigkeit des Steuerpflichtigen erfolgen.

Trägt eine Personengesellschaft Aufwendungen, die zur privaten Lebensführung ihres Mitunternehmers gehören, können die Aufwendungen nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden, sondern stellen Privatentnahmen dar. Daher können die Aufwendungen für den Golfclub **als Kosten der privaten Lebensführung** nicht berücksichtigt werden.

Im Streitfall lag die Besonderheit vor, dass die Gesellschaft mit Sportartikeln handelte. Deshalb wurde gegen das Urteil Revision beim BFH eingelegt.

## 6 Schuldbeitritt des Geschäftsführers: Kündigung des Schuldbeitritts zulässig nach Abberufung aus dem Geschäftsführeramt?

Die Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH wird bisweilen davon abhängig gemacht, dass er sich an der Finanzierung der Gesellschaft beteiligt (z.B. mit einem Darlehen) oder die Mithaftung gegenüber einzelnen Gläubigern im Wege des Schuldbeitritts übernimmt. Kann in einem solchen Fall der Geschäftsführer nach seiner Abberufung aus dem Amt eine übernommene Mithaftung unter Hinweis auf seine Abberufung aufkündigen? Mit dieser Frage musste sich der BGH in einem Urteil vom 20.7.2011 befassen.

Im Urteilsfall vermietete die A im Mai 2006 für fünf Jahre eine Gewerbeimmobilie an die M-GmbH. X war als weiterer Fremdgeschäftsführer der M-GmbH vorgesehen. Er trat dem Mietvertrag bei, indem er ihn ohne Vertretungszusatz als „Mieter und Mithaftender“ mitunterzeichnete. Im April 2008 kündigte die M-GmbH den Anstellungsvertrag mit X zum 30.6.2008 und berief ihn als Geschäftsführer ab.

Mit Schreiben vom 24.6.2008 erklärte X gegenüber der A „die Kündigung des Schuldbeitritts aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung, hilfsweise zum 30.6.2008“. Als Kündigungsgrund benannte er die Beendigung seiner Geschäftsführertätigkeit.

Die A hat X auf Zahlung des rückständig gebliebenen Mietzinses für September 2008 verklagt, nachdem dieser bei

der M-GmbH uneinbringlich geworden war. In den Vorinstanzen ist X zur Zahlung verurteilt worden.

Auch der BGH hat die Forderung der A für begründet gehalten. Zunächst einmal hat der BGH festgestellt, dass die im Anschluss an den Mietvertrag unterzeichnete Erklärung des X eine **Schuldmitübernahme** (= Schuldbeitritt) darstellt. Dadurch ist X neben die M-GmbH als weiterer Schuldner getreten und hat so die Mietforderungen der Vermieterin besichert. Die M-GmbH und X haften aufgrund der Erklärungen als **Gesamtschuldner**.

Durch seine Schuldmitübernahme ging X eine Haftung für die Verbindlichkeiten der GmbH aus dem auf fünf Jahre abgeschlossenen Mietvertrag ein. Nach Sinn und Zweck handelt es sich bei der Schuldmitübernahme um ein **Sicherungsmittel**. Die Vermieterin sollte dadurch die Sicherheit erlangen, auch dann noch den Mietzins zu bekommen, wenn die GmbH diesen nicht mehr aufbringen konnte.

Infolge der Kündigung des Geschäftsführeranstellungsvertrags ist im Verhältnis zur GmbH die Rechtsgrundlage für eine Besicherung der Mietverbindlichkeiten der GmbH durch X entfallen. Hieraus kann ein **Freistellungsanspruch** des X **gegen die M-GmbH** entstanden sein. Selbst wenn X eine solche Freistellung verlangt hätte, ändert dies jedoch nichts daran, dass er weiterhin gegenüber der Vermieterin aus der Schuldmitübernahme haftete. Im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien berührte die Gefahr einer Kündigung des Geschäftsführeranstellungsvertrags ausschließlich die interne Beziehung zwischen der GmbH und dem die Sicherheit stellenden Geschäftsführer.

Das Rechtsverhältnis zur Vermieterin wurde dagegen nicht berührt, da die Sicherheit ja gerade auch Fälle der wirtschaftlichen Schieflage der GmbH absichern sollte, **unabhängig vom internen Verhältnis der GmbH zu ihrem Geschäftsführer**. Ein wichtiger Kündigungsgrund lag daher im Verhältnis zur Vermieterin nicht vor.

Wenn Sie sich als Geschäftsführer bei Abschluss eines Mietvertrags der GmbH für die Mietzahlungen mitverpflichten, müssen Sie im Zweifel davon ausgehen, dass Sie für **alle Verbindlichkeiten der GmbH aus dem Mietvertrag haften**. Wenn etwas Anderes gewollt ist, müsste dies ausdrücklich vereinbart werden. Ansonsten haften Sie gemeinsam mit der GmbH als Mieterin gegenüber dem Vermieter als Gesamtschuldner.

## 7 Niederlegung des Geschäftsführeramts: Anforderungen an eine wirksame Amtsniederlegung

Ein GmbH-Geschäftsführer kann jederzeit ohne Angabe von Gründen aus dem Amt abberufen werden, wenn sein Dienstvertrag nichts Abweichendes regelt. Dementsprechend kann auch der Geschäftsführer grundsätzlich jederzeit sein Amt niederlegen. Dabei hat er freilich gewisse Formalitäten zu beachten, wie ein Urteil des Kammergerichts Berlin zeigt.

Im Urteilsfall setzte das Registergericht gegen den Geschäftsführer einer GmbH ein Zwangsgeld fest, weil dieser es trotz mehrfacher Aufforderung und Zwangsgeldandrohung versäumt hatte, beim Handelsregister eine inländische Geschäftsanschrift der GmbH anzumelden. Der Geschäftsführer vertrat die Ansicht, gar nicht mehr Geschäftsführer zu sein, weil er sein Amt bereits niedergelegt habe. Dieser Ansicht folgte das Kammergericht nicht, weil der Geschäftsführer die Amtsniederlegung nicht gegenüber dem zuständigen Bestellungsorgan, nämlich der Gesellschafterversammlung, erklärt hatte.

Gem. § 46 Nr. 5 GmbHG bestellen die Gesellschafter einer GmbH deren Geschäftsführer vorbehaltlich einer abweichenden Satzungsregelung, die diese Kompetenz z.B. auf einen Beirat übertragen kann. Der hierzu erforderliche Beschluss wird in einer Gesellschafterversammlung oder durch schriftliche Stimmabgabe (§ 48 GmbHG) gefasst. Der Geschäftsführer wiederum ist in seinem Amt nicht „gefangen“, sondern kann es grundsätzlich jederzeit und ohne Angabe von Gründen niederlegen.

Die gesetzliche Regelung (§ 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG), nach der jeder einzelne Geschäftsführer für die GmbH Erklärungen empfangen kann, gilt für die Amtsniederlegung des Geschäftsführers nicht. Daher ist eine Amtsniederlegung gegenüber einem Mitgeschäftsführer nicht möglich. Nach Auffassung des Kammergerichts hat ein Geschäftsführer seine **Amtsniederlegung gegenüber dem Bestellungsorgan** zu erklären (regelmäßig Gesellschafterversammlung oder ausnahmsweise Beirat).

Hat die Gesellschaft **nur einen Gesellschafter**, muss die Amtsniederlegung diesem gegenüber erklärt werden, um die Amtsniederlegung wirksam werden zu lassen. Schwieriger ist es für einen Geschäftsführer, wenn die GmbH mehrere Gesellschafter hat. Nach der BGH-Rechtsprechung reicht es **bei zwei Gesellschaftern** aus, wenn die Amtsniederlegungserklärung einem einzigen Gesellschafter zugeht. Ob dies auch bei einem größeren Gesellschafterkreis gilt, ist derzeit nicht abschließend geklärt. Deshalb kann jedem Geschäftsführer in einem solchen Fall nur geraten werden, seine **Amtsniederlegung gegenüber allen Gesellschaftern** zu erklären.

## 8 Notgeschäftsführer: Wann ist er vom Gericht zu bestellen?

Wie die Amtsbezeichnung „Notgeschäftsführer“ bereits ausdrückt, soll dieser **nur im Notfall** vom zuständigen Amtsgericht bestellt werden. Wann ein solcher Notfall vorliegt, hatte das Oberlandesgericht (OLG) Zweibrücken in einem Urteil vom 30.9.2011 zu entscheiden.

A und D sind Gesellschafter einer GmbH. Von dem Stammkapital dieser Gesellschaft halten B und C zusammen die einfache Mehrheit. A war zugleich Geschäftsführer der GmbH. Er wurde in der Gesellschafterversammlung am 19.8.2011 als Geschäftsführer abberufen. Diesen Gesellschafterbeschluss hat er vor dem zuständigen Gericht angefochten.

Ein neuer Geschäftsführer wurde in der Gesellschafterversammlung nicht bestellt. A hatte erklärt, in der Kürze der Zeit könne kein geeigneter neuer Geschäftsführer vorgeschlagen werden. B und C äußerten sich dahingehend, dass eine gerichtliche Bestellung eines neuen Geschäftsführers angestrebt werde.

B schlug am 22.8.2011 eine Person als Notgeschäftsführer vor und beantragte gleichzeitig deren Bestellung beim zuständigen Registergericht. Obwohl A und D Bedenken gegen die vorgeschlagene Person geäußert hatten, bestellte das Gericht dennoch diese Person.

Das OLG lehnte die Bestellung eines Notgeschäftsführers ab, weil hierfür die Voraussetzungen (noch) nicht vorlagen.

Grundsätzlich darf ein Notgeschäftsführer vom Gericht am Sitz des Handelsregisters in entsprechender Anwendung des § 29 BGB nur bestellt werden, wenn ein für die organschaftliche Vertretung der GmbH unentbehrlicher Geschäftsführer fehlt und ein **dringender Fall** gegeben ist. Von einem dringenden Fall kann nur dann ausgegangen werden, wenn die Gesellschaftsorgane selbst nicht in der Lage sind, innerhalb einer angemessenen Frist den Mangel zu beseitigen und der Gesellschaft oder einem Beteiligten ohne Notgeschäftsführerbestellung ein Schaden drohen würde oder eine alsbald erforderliche Handlung nicht vorgenommen werden könnte. Dabei ist zu beachten, dass es grundsätzlich nicht Aufgabe einer Notbestellung durch das Amtsgericht gemäß § 29 BGB ist, Differenzen zwischen verschiedenen Gesellschaftern zu entscheiden. Folglich ist zunächst erforderlich, dass ein Versuch einer Lösung des Problems **auf der Ebene der hierfür zuständigen Gesellschaftsorgane** (Gesellschafterversammlung oder Beirat) unternommen wird. Ein hoheitlicher Eingriff durch das Registergericht kommt deshalb erst dann infrage, wenn dieser Versuch aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen entweder von vornherein nicht in Betracht kommt oder sich nach entsprechenden Initiativen als erfolglos erweist.

Im entschiedenen Fall war kein Versuch zur Lösung des Problems auf Organebene unternommen worden. Außerdem drohte auch keine akute Gefahr eines Schadens für die Gesellschaft oder einen Beteiligten.

## 9 Familien-GmbH: Zur Sozialversicherungspflicht des nachrückenden Kindes

In Familien-GmbHs überträgt der Senior-Gesellschafter häufig sukzessive seine Anteile auf den Nachwuchs in dem Maße, in dem sich dieser in der Geschäftsführung bewährt hat. Das hat zur Folge, dass der Nachfolger mit wachsender Beteiligung irgendwann aus der Sozialversicherungspflicht herausfällt. Wann wird diese Beteiligungshöhe erreicht? Dies hatte das Landessozialgericht (LSG) des Saarlandes in einem Urteil vom 15.2.2012 zu entscheiden.

Im Urteilsfall war die 1971 geborene Klägerin A in einer GmbH tätig, deren Alleingesellschafter zunächst ihr Vater war. Am 1.12.2007 schenkte dieser der Klägerin 30 Prozent der Geschäftsanteile. Zu diesem Zeitpunkt wur-

de die Klägerin auch neben ihrem Vater (Gesellschafter-) Geschäftsführerin der GmbH. Beide waren jeweils von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

A erhielt ein festes Monatsgehalt von 3.400 Euro sowie Weihnachts- und Urlaubsgeld. Im Krankheitsfall bestand ein Gehaltsanspruch für die Dauer von sechs Wochen. Die wöchentliche Arbeitszeit betrug 60 Stunden. Es bestand ein Urlaubsanspruch von 30 Wochentagen. Die Klägerin war verantwortlich für den Vertrieb und den „Projektleitung-Anlagenbau“. Für den kaufmännischen Bereich, auch die Personalangelegenheiten, war die Gesellschafterversammlung zuständig. Im Übrigen unterlag die Klägerin den Weisungen der Gesellschafterversammlung.

Ab dem 7.8.2008 hielten die Klägerin 49 Prozent, ihr Vater 51 Prozent der Gesellschaftsanteile. Laut Gesellschaftsvertrag vom 7.8.2008 werden Gesellschafterbeschlüsse mit einer Mehrheit von 51 Prozent der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht Gesetz oder Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit vorsehen. Geschäftsführer waren weiterhin die A und ihr Vater. Seit dem 8.4.2010 (Vater ging in Rente) verfügt die Klägerin über 51 Prozent der Gesellschaftsanteile.

Beklagte ist die gesetzliche Krankenversicherung. Die Beteiligten streiten darüber, ob A in der Zeit vom 1.12.2007 bis 31.3.2010 sozialversicherungspflichtig beschäftigt war. Nach Auffassung der Krankenkasse ist die Klägerin ab 1.12.2007, aber auch ab 7.8.2008 kranken-, pflege-, renten- und arbeitslosenversicherungspflichtig. Gegen beide Bescheide hat die Klägerin rechtzeitig Klage erhoben.

Nach Auffassung der **1. Instanz** war die Klägerin ab dem 1.12.2007 bis 31.3.2010 nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Zwar habe sie aufgrund ihrer Stimmanteile keine bestimmende Macht gehabt. Dennoch sei sie nach Aktenlage und glaubhaften Angaben in der mündlichen Verhandlung völlig frei von jeder Weisung gewesen.

Der Auffassung der 1. Instanz ist das **LSG** nicht gefolgt. Danach liegt eine selbstständige Tätigkeit der Tochter als Geschäftsführerin der GmbH erst vor bei Überschreitung der Mehrheit der Anteile. Es bleibt abzuwarten, wie das Bundessozialgericht (BSG) entscheiden wird.

Nach der ständigen **Rechtsprechung des BSG** setzt eine versicherungspflichtige Beschäftigung voraus, dass ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung, wie sie tatsächlich vollzogen wird.

Bei Fremdgeschäftsführern und Gesellschafter-Geschäftsführern ohne Mehrheitsbeteiligung oder Sperrminorität ist regelmäßig von einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen. Nach Auffassung des LSG liegen im entschiedenen Fall keine besonderen entgegenstehenden (Ausnahme-)Umstände vor.