



**Straeter & Kollegen**  
Rechtsanwälte & Fachanwälte

# Der GmbH- Geschäftsführervertrag

## Mandanteninformation

Von Rechtsanwalt Nils Michel

Spiekerhof 31  
48143 Münster

Tel: 0251 / 1 44 91 75  
Fax: 0251 / 48 44 96 57  
mail@ra-straeter.de

**[www.WirhabenRecht.de](http://www.WirhabenRecht.de)**

## Der GmbH-Geschäftsführervertrag

### I.

#### Einleitung

Der Gf. ist das gesetzliche Organ der GmbH, das heißt die GmbH handelt durch ihren Gf.. Der oder die Gf. sind im Handelsregister namentlich anzumelden und aufzuführen. Das Verhalten des Gf. wird der Gesellschaft unmittelbar zugerechnet, selbst dann wenn der Gf. im Verhältnis zu den Gesellschaftern seine Kompetenz überschreitet. Beschränkungen der Handlungsvollmacht gegenüber Dritten müssen diese nicht gegen sich gelten lassen, das heißt sie dürfen darauf vertrauen, dass der Gf. berechtigt ist, jegliche Handlung mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft vorzunehmen.

### II.

#### Die Unterscheidung zwischen Dienstverhältnis und Organstellung

Von dieser Organstellung im Außenverhältnis zu unterscheiden ist die arbeitsrechtliche Verbindung zwischen dem Gf. und der Gesellschaft (Innenverhältnis). Dieses Innenverhältnis wird durch den Geschäftsführervertrag geregelt. Wichtig ist die Unterscheidung deshalb, weil die arbeitsrechtliche und die organschaftliche Stellung zwar miteinander verzahnt, jedoch voneinander unabhängig sind. So führt die Kündigung des Geschäftsführervertrags nicht automatisch zum Verlust der Organstellung und umgekehrt. Das bedeutet praktisch, dass ein (arbeitsrechtlich) gekündigter Gf. nicht automatisch die Macht verliert, für die Gesellschaft im Rechtsverkehr aufzutreten.

Anm.: Die Unterscheidung von arbeitsrechtlichem Innenverhältnis (Geschäftsführervertrag) und organschaftlichem Außenverhältnis (Handelsregistereintragung) darf nie außer Acht gelassen werden. Man kann eine Verknüpfung derart erstellen, indem man im Geschäftsführervertrag bestimmt, dass die Abberufung im Außenverhältnis automatisch die Beendigung des Geschäftsführervertrags bedingt. Geschäftsführerstellung und Geschäftsführerdienstvertrag werden also miteinander verknüpft. Die Abberufung als Organ der Gesellschaft wird als auflösende Bedingung in den Geschäftsführerdienstvertrag übernommen.

### III.

#### Die Unterscheidung zwischen Fremdgeschäftsführer und Gesellschafter-Geschäftsführer

Im Rahmen des Geschäftsführungsvertrags unterscheidet man zwischen dem Fremd-Geschäftsführungsvertrag und dem Gesellschafter-Geschäftsführungsvertrag. Ein Fremd-Geschäftsführer ist derjenige, der nicht zugleich Gesellschafter der GmbH ist. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer ist gleichzeitig Gesellschafter und Gf. der GmbH. Diese Unterscheidung zwischen den beiden Geschäftsführertypen hat Auswirkungen auf das Steuer- und Sozialrecht.

## 1.

### Relevanz im Steuerrecht

Die Finanzverwaltung unterzieht die Geschäftsführerverträge vor allem von beherrschenden Gesellschaftern einer strengen Prüfung, weil der natürliche Interessenkonflikt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei dieser Fallkonstellation fehlt, denn der beherrschende Gesellschafter-Gf. hat maßgeblichen Einfluss auf die GmbH und ist somit in einer Person Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Aus Sicht der Finanzverwaltung besteht die Gefahr, dass der Gesellschafter-Gf. sich auf Kosten des steuerlichen Gewinns der Gesellschaft überhöhte Bezüge zuerkennt. Der Fiskus untersucht deshalb die Geschäftsführerverträge darauf, ob einzelne Vertragsbestandteile auch mit einem fremden Gf. vereinbart worden wären nach dem Maßstab des sog. Fremdvergleichs (dazu unten mehr).

Bei Gf., die zugleich die Mehrheit der Stimmrechte in der Gesellschaftsversammlung innehaben (sog. beherrschende Gesellschafter-Gf.) wird als zusätzliches formelles Kriterium verlangt, dass die Entgeltabreden auf einer klaren und im voraus abgeschlossenen Vereinbarung beruhen. Fehlt dieses formelle Kriterium, so erkennt die Finanzverwaltung die Zahlungen an den Gf. steuerlich nicht an, selbst wenn diese der Höhe nach nicht zu beanstanden wären.

So fehlt es an einer klaren Regelung, wenn zum Beispiel dem Gf. eine Tantieme nach dem „Ergebnis der Steuerbilanz“ erhalten soll. Hintergrund ist, dass das Steuerrecht der Gesellschaft Bilanzierungswahlrecht einräumt, die der beherrschende Gesellschafter-Gf. nutzen könnte, die Tantieme einseitig zu seinen Gunsten zu beeinflussen.

Anm.: Eine klare und eindeutige Tantiemeregelung enthalten die Vertragsmuster

Anders ist die Interessenlage beim Fremd-Gf.. Der charakteristische Interessengegensatz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht hier fort.

Anm.: Die als Vertragsmuster sich anschließenden Vertragstypen unterscheiden zwischen einem geschäftsführerfreundlichen und einem gesellschaftsfreundlichen Vertrag.

Wichtig ist noch der Hinweis, dass die Gesellschaft durch einen Gesellschafterbeschluss den Geschäftsführervertrag billigen muss. Dies bestimmt § 46 Nr.5 GmbHG. Ohne einen zustimmenden Gesellschafterbeschluss erkennt die Finanzverwaltung einen Geschäftsführervertrag steuerlich nicht an.

## 2.

### Relevanz im Sozialrecht

Ein Fremd-Gf. ist in der Regel sozialversicherungspflichtig.

Bei einem Gesellschafter-Gf. wird hinsichtlich der Sozialversicherungspflicht danach unterschieden, ob er über die Mehrheit an Kapital- und Stimmrechten verfügt oder zumindest über ein Vetorecht auf dem Gebiet der Geschäftsführung verfügt. In derartigen Fällen wird eine Sozialversicherungspflicht verneint.

Anm.: Nach dem neuen § 7 Abs. 4 SGB IV besteht eine sog. gesetzliche Vermutung für "Scheinselbständigkeit", wenn zwei der im Gesetz genannten Kriterien erfüllt sind. Der Betroffene und sein Auftraggeber haben die Möglichkeit, diese Vermutung zu widerlegen.

#### IV.

##### Geschäftsführer als Arbeitnehmer

Bisher haben sowohl der BGH als auch das BAG in ständiger Rechtsprechung den Arbeitnehmerstatus eines GmbH-Gf. abgelehnt. Die Folge war, dass diejenigen Arbeitsgesetze, die an den Status eines Arbeitnehmers anknüpfen, für den Gf. nicht anwendbar waren. Ein Beispiel ist das Bundes-Urlaubsgesetz, das gemäß § 1 nur für Arbeitnehmer gilt.

Von dem Grundsatz, dass ein Gf. nie ein Arbeitnehmer sein kann, ist das BAG mit Beschluss vom 05.09.1999 abgewichen und hat entschieden, dass der Status als Organ der Gesellschaft nicht mehr zwingend den Status als Arbeitnehmer ausschließt.

Ob ein Gf. in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft stehe, hängt nach dem BAG davon ab, ob die Gesellschaft eine über das gesellschaftsrechtliche Weisungsrecht hinausgehende Weisungsbefugnis auch bzgl. derjenigen Umstände habe, unter denen der Gf. seine Leistungen zu erbringen habe.

Demzufolge sind in Zukunft die Geschäftsführerverträge nach denjenigen Kriterien zu überprüfen, nach denen bisher ein Arbeitsverhältnis von einem Dienstverhältnis unterschieden worden ist:

Die Kriterien, die für ein Arbeitsverhältnis sprechen, sind:

- örtliche, zeitliche und fachliche Weisungsgebundenheit
- Pflicht zur Übernahme von Vertretungen
- Leistungserbringung in eigener Person
- Berichtserstattungspflichten

Der Gf. unterliegt per ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung und unabhängig von der möglichen Einordnung als Arbeitnehmer nicht dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes (§ 14 KSchG), so dass der Geschäftsführervertrag auch ohne die Kündigungsgründe des § 1 Abs.2 KSchG beendet werden kann. Das BAG hat jedoch einschränkend entschieden, dass ein Gf., der vor seiner Geschäftsführerbestellung als Arbeitnehmer der GmbH den Schutz des KSchG genossen hat, diesen Schutz auch als Gf. nicht verliert. Sein Arbeitsverhältnis als Arbeitnehmer der GmbH „ruht“ während seiner Geschäftsführerbestellung.

#### V.

##### Die einzelnen Vertragsregelungen

##### 1.

##### Aufgabe des Geschäftsführers

Der Gesellschafter-Geschäftsführer muss in der Regel seine gesamte Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung stellen. Diese Formulierung rechtfertigt eine entsprechend hohe Vergütung und damit die Minderung des körperschafts- und vor allem gewerbesteuerpflichtigen Einkommens der GmbH.

Beim Fremd-Gf. wird die Gesellschaft auf diese Formulierung besonders Wert legen, allein schon um dem Gf. die Möglichkeit zu nehmen, eine anderweitige Nebentätigkeit nachzugehen.

##### 2.

##### Dauer des Vertrages

Der Fremd-Gf. wird normalerweise eine lange Vertragsdauer vorziehen, um Planungssicherheit zu erreichen. Anders ist die Interessenlage beim Gesellschafter-Gf. und beim Fremd-Gf. aus Sicht der Gesellschaft. Beide Vertragsmuster beinhalten eine kurze Kündigungsfrist, damit die Gesellschaft flexibel auf sich verändernde Umstände reagieren kann.

### 3.

#### Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte

Der Katalog von zustimmungspflichtigen Geschäften führt dazu, dass der Gf. für die darin aufgelisteten Geschäfte zunächst einen zustimmenden Gesellschafterbeschluss herbeiführen muss. Versäumt er dies, so hindert ihn dies nicht, die Geschäfte mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft im Außenverhältnis mit Dritten wirksam abzuschließen. Der Gf. macht sich jedoch schadensersatzpflichtig, soweit die Gesellschaft durch dieses Geschäft einen Vermögensnachteil erleidet.

Der Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte dient also dazu, den Gesellschaftern eine möglichst enge Kontrolle über den Gf. zu ermöglichen. Da der charakteristische Interessengegensatz zwischen Gesellschafter-Gf. und der GmbH fehlt, entfällt bei diesem Geschäftsführervertrag auch der Sinn des Katalogs.

### 4.

#### Vergütung

Um die Leistungsbereitschaft zu erhöhen, erhalten nahezu alle Geschäftsführerverträge neben einer Grundvergütung zusätzlich eine Tantiemenregelung. In diesem Zusammenhang ist ein Urteil des BFH (BStBl II, 549) zum Gesellschafter-Gf. zu erwähnen, in dem ausgesagt wird, dass eine Gewinnantiente nicht mehr als 25 % der Gesamtbezüge des Gesellschafters ausmachen darf. Zusätzlich darf nicht mehr als 50 % des Jahresüberschusses der Gesellschaft in Form einer Tantieme an die Gf. ausgeschüttet werden. Andernfalls vermutet die Finanzverwaltung hinsichtlich des darüber hinausgehenden Teils eine verdeckte Gewinnausschüttung. Die Tantieme ist anlässlich jeder Gehaltsanpassung, spätestens jedoch alle drei Jahre auf die vorstehend genannten Kriterien zu überprüfen.

Beim Fremd-Geschäftsführervertrag ist darauf zu achten, dass eine Regelung aufgenommen wird, ob mehr Arbeitsvergütungen und Zuschläge für Sonn- und Feiertagsarbeit bezahlt werden, oder ob diese Arbeiten durch das Grundgehalt abgedeckt sind. Im übrigen sind alle sonstigen Vergütungsformen wie z.B. PKW-Gestellung etc. aufzuzählen.

Der BFH hat in BStBl II, 577 für einen Gesellschafter-Gf. entschieden, dass die Vereinbarung von Überstunden mit dem Aufgabenbild eines Gf. unvereinbar sei und deshalb immer zu verdeckten Gewinnausschüttungen führe.

### 5.

#### Pensionszusage

Problematisch sind Pensionszusagen im Rahmen des Gesellschafter-Geschäftsführungsvertrages. Die Rechtsprechung des BFH hat verschiedene Regeln zur Vermeidung einer verdeckten Gewinnausschüttung aufgestellt:

- durch die Pensionszusage darf die Gesamtangemessenheit nicht gesprengt werden
- die Altersversorgung (einschließlich Sozialversicherungsrente) soll nicht mehr als 75 % der letzten Aktivbezüge betragen
- in Neuanstellungsfällen ist in der Regel eine Wartezeit von zwei bis drei Jahren vorzusehen, nach deren Überschreitung Pensionsansprüche erstmals entstehen
- es muss bei Neuzusagen an beherrschende Gesellschafter mindestens eine Zeitspanne von voraussichtlich 10 Jahren zur Erdienung der Pension zur Verfügung stehen. Bei nicht beherrschenden Gesellschaftern reicht es aus, dass sie bereits seit 12 Jahren im Unternehmen tätig sind und bis zur Pension voraussichtlich noch mindestens 3 Jahre tätig sein werden.

## 6.

### Urlaub

Urlaubszeiten von ein bis zwei Monaten sind üblich und steuerlich unbedenklich. Die Frage, wie lange ein nicht genommener Urlaub vorangetragen werden kann, sollte ebenso ausdrücklich festgelegt werden, wie die Frage, ob bei Nichtausschöpfung eine Abfindung gezahlt wird.

#### Anm.: Checkliste für Geschäftsführervertrag

Folgende Punkte **muss** der Vertrag enthalten:

- Höhe und Fälligkeit des Entgeltes; hier ist ebenfalls aufzunehmen, ob der Gf. zusätzliche Leistungen wie z.B. Urlaubsgeld, ein 13. Monatsgehalt, einen Dienstwagen und eine Aufwandsentschädigung erhält;
- Höhe und Fälligkeit einer Tantieme;
- Überprüfung der Angemessenheit einer Tantieme alle drei Jahre;
- Höhe und Voraussetzung einer Pension;
- Umfang der geschuldeten Geschäftsführertätigkeit; hier ist aufzunehmen, ob der Gf. verpflichtet ist; Überstunden zu leisten, die möglicherweise vergütungspflichtig sind.

Folgende Punkte **sollte** der Vertrag enthalten:

- Kündigungsfristen und Dauer des Vertrages
- Urlaubsanspruch
- Wettbewerbsverbot
- Katalog von zustimmungspflichtigen Geschäften

Folgende Punkte **kann** der Vertrag enthalten:

- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall;
- Weisungsrecht in örtlicher, zeitlicher und fachlicher Hinsicht;
- Geheimhaltungspflichten;
- Rückgabe von Unterlagen bei Vertragsbeendigung;
- Kopplung der Vertragsdauer an die Organstellung für die Gesellschaft;
- Rückzahlung von unangemessenen Gehaltszahlungen (Steuerklausel)

## IV.

Formulierungsmuster: § 3 Befreiung vom Wettbewerbsverbot im Gf.-Anstellungsvertrag

„Den Gesellschaftern ist bekannt, dass Frau/Herr \_\_\_\_\_ gleichzeitig in anderen Unternehmen mit vergleichbarem Unternehmensgegenstand tätig ist. Dies wird hiermit ausdrücklich geduldet. Frau/Herr \_\_\_\_\_ wird für die bereits bestehenden anderweitigen Tätigkeiten und jegliche eventuell noch hinzutretenden Tätigkeiten vom Wettbewerbsverbot befreit.“

Anm.: Sichern Sie sich die Befreiung vom Wettbewerbsverbot im Geschäftsführervertrag durch eine gleich lautende Regelung in der GmbH-Satzung.

Dem GmbH-Geschäftsführer kann durch den Gesellschaftsvertrag und/oder durch den Anstellungsvertrag vom Wettbewerbsverbot befreit werden. Das gilt für Fremdgeschäftsführer oder Gesellschafter-Geschäftsführer gleichermaßen. □ Jedoch muss bei Gesellschafter-Geschäftsführern die Befreiung im Voraus (noch vor Aufnahme der Konkurrenzfähigkeit) erfolgen.

Eine im Gesellschaftsvertrag enthaltene Befreiung kann ausdrücklich erfolgen.

Ist das nicht der Fall, kann die Befreiung auch durch Öffnungsklauseln verwirklicht werden, welche weitere/ergänzende Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag erlauben oder abweichende Regelungen durch Beschluss der Gesellschaftsversammlung zulassen.

**Wichtig dabei ist, die Geschäfte von GmbH und konkurrierendem Geschäftsführer von vornherein klar und eindeutig abzugrenzen, um eine wirksame Befreiung vom Konkurrenzverbot zu erreichen!**

## V.

Formulierungsmuster: § 3 Ergänzung zur Befreiung vom Wettbewerbsverbot im Gf.-Anstellungsvertrag

„Mit Bestellung verpflichtet sich der Geschäftsführer sämtliche Neukunden ausschließlich für das Wohl der XY-GmbH zu gewinnen. Der Altkundenstamm aus der einzelkaufmännischen Unternehmung e.K. bleibt hiervon unberührt.“

Anm.: Zur Klarstellung kann man auf einen als Anlage jeweilig beigefügten Kundenstamm verweisen.

## VI.

Formulierungsmuster: § 3 Öffnungsklausel für Befreiung vom vertraglichen Wettbewerbsverbot im Gesellschaftervertrag

„Die Geschäftsführer/der Geschäftsführer unterliegt/en grundsätzlich dem vertraglichen Wettbewerbsverbot. Allerdings kann die Gesellschafterversammlung mit ... (Prozentzahl) Mehrheit beschließen, die/Geschäftsführer/den Geschäftsführer während der Dauer ihres/ seines Anstellungsvertrags von ihren/seinen gesetzlichen Treuepflichten der Gesellschaft gegenüber zu befreien und ihnen/ihm eine Konkurrenzfähigkeit in ihrem Geschäftszweig gestatten. Diese Erlaubnis kann die Gesellschafterversammlung generell erteilen oder auf genau benannte Einzelfälle einschränken. Mögliche Folgegeschäfte, die sich aus diesen erlaubten Einzelgeschäften ergeben, sind nicht von der Erlaubnis für den zu Grunde liegenden Einzelfall gedeckt. Für sie ist eine weitere Erlaubnis erforderlich.“

Über die im gegebenen Fall zu zahlende Entschädigung beschließt ebenfalls die Gesellschafterversammlung.

Gerne beraten wir Sie bei der Erstellung und Gestaltung von Geschäftsführerverträgen. Hier sind die Gestaltungsmöglichkeiten noch größer als bei einem Arbeitsvertrag, da es weniger gesetzliche Beschränkungen gibt. Für den Geschäftsführer ist es besonders wichtig, sich zu schützen, da die Arbeitnehmerschutzgesetze (Kündigungsschutz, Lohnfortzahlung etc.) für ihn nicht gelten. Von Seiten des Geschäftsführers wird dabei häufig der Wunsch geäußert, möglichst weitgehende rechtliche und finanzielle Sicherheit herzustellen (z.B. durch vertraglich garantierte Mindestlaufzeiten, hoher fester Vergütungsanteil, Altersvorsorgeregelungen). Aus Sicht des Arbeitgebers ist es in der Regel wünschenswert, weitgehend flexibel zu bleiben. Bei schlechtem Betriebsergebnis soll weniger Vergütung gezahlt werden (z.B. durch individuelle Zielvereinbarungen) oder Möglichkeit der kurzfristigen Trennung.