

## Mandanten-Rundschreiben für GmbH-Geschäftsführer Nr. 6/2019

Sehr geehrte Damen und Herren,

für GmbH-Geschäftsführer mit einer beherrschenden Gesellschafterstellung gilt das Nachzahlungsverbot. Wenn sie sich für 2020 eine Gehaltserhöhung oder neue Vergütungsbestandteile „genehmigen“ wollen, müssen sie noch bis Ende 2019 handeln (Nr. 1 und 2). Wann verdeckte Gewinnausschüttungen im Zusammenhang mit Reisekostenvergütungen oder einem Beratervertrag mit der GmbH drohen, erläutern wir in Nr. 4 und 5. Rechte und Pflichten eines GmbH-Geschäftsführers sprechen wir in den Beiträgen Nr. 7, 8 und 10 an.

Mit freundlichen Grüßen

### Aus dem Inhalt:

- 1 Tantiemevereinbarung für 2020:** Welche Tantieme ist angemessen?
- 2 Gehaltserhöhung für 2020:** Gesellschafter-Geschäftsführer müssen bis Ende 2019 handeln
- 3 GmbH mit eigenem Grundbesitz:** Voraussetzungen für die erweiterte Kürzung des Gewerbeertrags
- 4 Reisekosten für begleitende Ehefrau als Betriebsausgaben abzugsfähig?**
- 5 Beratervertrag mit der eigenen GmbH:** Wann verdeckte Gewinnausschüttungen drohen
- 6 Umsatzsteuer:** Uneinbringliche Forderung trotz Aufrechnungslage?
- 7 Gesellschafterversammlung:** Zur wirksamen Einberufung einer GmbH-Gesellschafterversammlung durch eine Minderheit
- 8 Managerbeteiligung an Familien-GmbH:** Zur Zulässigkeit der Hinauskündigung nach Verlust der Organstellung

## 1 Tantiemevereinbarung für 2020: Welche Tantieme ist angemessen?

Ebenso wie eine Gehaltserhöhung muss auch eine für 2020 erstmals zu zahlende Tantieme oder eine Tantiemeerhöhung vor Beginn des Jahres vereinbart werden. Der Grund: Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine Tantieme – ebenso wie ein Urlaubs- oder Weihnachtsgeld – während des gesamten Kalenderjahrs verdient wird. Da auch für diesen Vergütungsbestandteil das Rückwirkungsverbot gilt, wird eine erst im Mai 2020 vereinbarte Tantieme(erhöhung) nur mit 7/12 (für die Monate Juni bis Dezember) als Betriebsausgabe anerkannt. Wird Anfang 2021 die volle (Jahres-)Tantieme für 2020 gezahlt, gelten 5/12 (für die Monate Januar bis Mai 2020) als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA).

Wer als Gesellschafter-Geschäftsführer für 2020 erstmals eine Tantieme vereinbaren oder eine solche anheben möchte, muss die nachstehenden von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze beachten.

Viele Jahre lang vertrat der BFH die Auffassung, dass die Vergütung eines Gesellschafter-Geschäftsführers zumindest **75 Prozent** aus einem **Festgehalt** und in der Regel höchstens zu **25 Prozent** aus einer **Tantieme** bestehen darf. Seit 2003 hat die BFH-Rechtsprechung dann mehr Freiräume für die Ausgestaltung von Gewinnbeteiligungen eröffnet. So wurde zunächst eine Gewinnbeteiligung von 30 Prozent, selbst bei durchschnittlicher Ertragslage, als „noch üblich“ bezeichnet, wie sich anhand der vom BFH ausgewerteten Gehaltsstrukturuntersuchungen belegen lässt. Und wenn der wirtschaftliche Erfolg einer GmbH zunächst nicht absehbar ist, besteht auch keine Pflicht, die Tantieme auf 30 Prozent der Gesamtvergütung zu begrenzen.

Die Finanzverwaltung behandelt heute das 75:25-Verhältnis als **Nichtaufgriffsgrenze**. Erst wenn die variable Vergütung 25 Prozent der Gesamtvergütung übersteigt, soll im Einzelfall ermittelt werden, ob die Tantieme betrieblich oder gesellschaftlich (= vGA) veranlasst ist. Wesentlich hartnäckiger verteidigen Finanzverwaltung und BFH die 50-Prozent-Grenze bei Gewinnbeteiligungen. Danach darf die Gewinnbeteiligung eines Gesellschafter-Geschäftsführers **maximal 50 Prozent des Jahresüberschusses** der GmbH betragen. Bei mehreren Gesellschafter-Geschäftsführern gilt dies für die Summe aller Gewinnbeteiligungen. Darüber hinausgehende Erfolgsbeteiligungen sind nach Ansicht des BFH regelmäßig unüblich und insoweit vGA. Dahinter steht die durchaus nachvollziehbare Überlegung, dass sich Unternehmen und Geschäftsführer einen erzielten (Mehr-)Gewinn allenfalls hälftig teilen.

Eine höhere, über 50 Prozent liegende Gewinnbeteiligung, so der BFH, sei nur anzuerkennen, wenn es besondere Gründe für eine solche „außergewöhnlich hohe“ Erfolgsbeteiligung gebe. Zu den **Ausnahmesituationen** zählen beispielsweise die ersten fünf Jahre nach der GmbH-Gründung oder eine grundlegende Betriebsumstrukturierung mit Gewinneinbußen. Als Nachweis für den Ausnahme-Charakter einer Tantiemeregulierung, die die 50-Prozent-Grenze überschreitet, sollten entsprechende Aufzeichnungen gemacht werden.

**Umsatzbeteiligungen** werden nach wie vor steuerlich nur anerkannt, wenn sie zeitlich und betragsmäßig begrenzt sind. Außerdem muss es für diese Form der Tantieme eine besondere Rechtfertigung geben, z.B. eine Aufbau- oder Expansionsphase oder die Branchenüblichkeit.

## 2 Gehaltserhöhung für 2020: Gesellschafter-Geschäftsführer müssen bis Ende 2019 handeln

Wer als allein oder mehrheitlich beteiligter und damit beherrschender Gesellschafter-Geschäftsführer für 2020 eine Gehaltserhöhung für sich beabsichtigt, sollte diese noch **bis Ende Dezember 2019** unter Dach und Fach bringen und durch einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss absegnen lassen. Nur dann gilt die Erhöhung auch mit steuerlicher Wirkung ab Januar 2020.

Eine Gehaltserhöhung, die erst im Laufe des Jahres 2020 vereinbart wird, gilt wegen des **steuerlichen Rückwirkungs- und Nachzahlungsverbots** für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer erst von dem auf die Erhöhung folgenden Monat an als Betriebsausgabe.

Zwar gilt das Verbot grundsätzlich nicht für **Minderheitsgesellschafter**. Trotzdem ist hier Vorsicht geboten: Nach geltender BFH-Rechtsprechung hat ein Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer Minderheitsbeteiligung auch dann eine beherrschende Stellung, wenn er sich zusammen mit einem anderen Gesellschafter-Geschäftsführer, der ebenfalls eine Minderheitsbeteiligung hält, eine Gehaltserhöhung genehmigt und die Anteile beider Geschäftsführer zusammengenommen eine Mehrheitsbeteiligung ergeben. In einem solchen Fall unterstellt die Rechtsprechung eine **beherrschende Stellung wegen gleichgerichteter Interessen**.

Geschäftsführer und andere Mitarbeiter der GmbH, die keine Gesellschaftsanteile halten, aber einem beherrschenden Gesellschafter nahestehen (z.B. Angehörige), werden ebenfalls steuerlich als beherrschend angesehen. Deshalb gilt auch für diesen Personenkreis das Rückwirkungsverbot.

Auch wer als **Mehrheitsgesellschafter** das Sagen in der GmbH hat, muss seine Gehaltserhöhung (oder ein anderes Gehalts-Extra, wie z.B. einen höherwertigen Dienstwagen) förmlich **durch Gesellschafterbeschluss** absegnen lassen. Zu diesem Zweck muss eine Gesellschafterversammlung einberufen und die Gehaltserhöhung auf die Tagesordnung gesetzt werden. Erscheint der Minderheitsgesellschafter nicht zur Gesellschafterversammlung, weil er meint, er könne die beabsichtigte Gehaltserhöhung doch nicht verhindern, kann der Mehrheitsgesellschafter die Gehaltserhöhung allein beschließen. Als Nachweis für einen ordnungsgemäß gefassten Gesellschafterbeschluss empfiehlt sich grundsätzlich ein von ihm erstelltes und unterschriebenes Versammlungsprotokoll.

**Wichtig:** Wird eine Gehaltserhöhung formal nicht korrekt „verabschiedet“, hat der Betriebsprüfer leichtes Spiel, ein steuerliches „Mehrergebnis“ einzufahren. Denn die Erhö-

hung kann von ihm „dem Grunde nach“ beanstandet werden, was zu einer hundertprozentigen verdeckten Gewinnausschüttung der künftig ausgezahlten Erhöhungsbeträge führt.

### 3 GmbH mit eigenem Grundbesitz: Voraussetzungen für die erweiterte Kürzung des Gewerbebeitrags

Für die Höhe der Gewerbesteuer, die eine GmbH in der Regel entrichten muss, kommt es nicht nur auf den Hebesatz der zuständigen Gemeinde an; auch die im Gesetz vorgesehenen Hinzurechnungen zum Gewerbebeitrag (§ 8 GewStG) können die Gewerbesteuer nach oben treiben. Ein Gegengewicht zu diesen „Steuertreibern“ bilden die Kürzungen des Gewerbebeitrags (§ 9 GewStG), die insbesondere bei Unternehmen, die eigenen Grundbesitz verwalten, erhebliche Steuerersparnisse mit sich bringen können.

Im Regelfall wird die Summe des Gewinns und der Hinzurechnungen um **1,2 Prozent des Einheitswerts** des zum Betriebsvermögen gehörenden und nicht von der Grundsteuer befreiten Grundbesitzes gekürzt (§ 9 Nr. 1 Satz 1 GewStG). Unternehmen in jeglicher Rechtsform, die **ausschließlich eigenen Grundbesitz** oder neben eigenem Grundbesitz **eigenes Kapitalvermögen verwalten und nutzen**, können stattdessen auf Antrag die Summe des Gewinns und der Hinzurechnungen um den Teil des Gewerbebeitrags kürzen, der auf die Verwaltung und Nutzung des eigenen Grundbesitzes entfällt (§ 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG).

#### Beispiele:

1. Die U-GmbH betreibt ein Hotel auf einem eigenen Grundstück, dessen Einheitswert 1 Mio. Euro beträgt. Die GmbH kann bei der Ermittlung des Gewerbebeitrags 1,2 Prozent des Einheitswerts = 12.000 Euro kürzen.
2. Die C-GmbH ist Grundstücksmakler und verwaltet ausschließlich eigenen Grundbesitz und Kapital. Auf die Verwaltung und Nutzung der Grundstücke entfällt ein anteiliger Gewerbebeitrag in Höhe von 65.000 Euro. Die Gesellschaft kann auf Antrag nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG bei der Ermittlung des Gewerbebeitrags 65.000 Euro abziehen.
3. Die M-GmbH vermietet u.a. eine Hotelimmobilie einschließlich Bierkellerkühlanlage, Kühlräume, Kühlräume und Kühlmöbel für Theken- sowie einer Büffettanlage. Wegen der mitvermieteten Betriebsvorrichtungen versagte das Finanzamt die erweiterte Kürzung des Gewerbebeitrags nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG und gewährte stattdessen lediglich die Kürzung mit 1,2 Prozent des Einheitswerts der zum Betriebsvermögen gehörenden Grundstücke.

Das Finanzgericht wies die dagegen gerichtete Klage der M-GmbH ab, da nicht ausschließlich eigener Grundbesitz vermietet wurde. Der BFH entschied nun in letzter Instanz: Eine **erweiterte Kürzung** des Gewerbebeitrags nach § 9

Nr. 1 Satz 2 GewStG **scheidet aus, wenn** eine grundbesitzverwaltende Gesellschaft neben einem Hotelgebäude **auch Ausstattungsgegenstände mitvermietet**, die als Betriebsvorrichtungen zu qualifizieren sind.

Nach dem Gesetzeswortlaut in § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG ist die **erweiterte Kürzung zweifach begrenzt**:

- Zum einen ist die unternehmerische Tätigkeit gegenständig begrenzt (ausschließlich auf **eigenen** Grundbesitz oder daneben auch auf **eigenes** Kapitalvermögen),
- zum anderen sind Art, Umfang und Intensität der Tätigkeit begrenzt (ausschließlich Verwaltung und Nutzung des Vermögens).

**Nebentätigkeiten** sind nicht kürzungsschädlich, wenn sie der Verwaltung und Nutzung eigenen Grundbesitzes im erweiterten Sinne dienen und als zwingend notwendiger Teil einer wirtschaftlich sinnvoll gestalteten eigenen Grundstücksverwaltung und -nutzung angesehen werden können (z.B. zentrale Heizungsanlagen, Gartenanlagen usw.). Eine darüber hinausgehende Mitvermietung von (nicht fest mit dem Grundstück verbundenen) Betriebsvorrichtungen schließt die Kürzung dagegen regelmäßig aus.

Der BFH lehnt auch eine **Geringfügigkeitsgrenze** in dem Sinne ab, dass die Überlassung von Betriebsvorrichtungen der erweiterten Kürzung nicht entgegenstehen soll, wenn die Betriebsvorrichtungen gegenüber dem Grundvermögen nur von geringem Wert sind oder auf sie nur ein geringer Teil der Miete oder Pacht entfällt. Dem steht der Gesetzeswortlaut mit dem **strengen Ausschließlichkeitsgebot** entgegen.

### 4 Reisekosten für begleitende Ehefrau als Betriebsausgaben abzugsfähig?

Wer als Geschäftsführer auf längere Auslandsreisen geht, weiß es zu schätzen, wenn der Ehepartner mitreist. Kontakte zu anderen Unternehmern fallen leichter und bei gesellschaftlichen Veranstaltungen, die mit Kongressen häufig verbunden sind, können Ehepartner eine große Hilfe sein. Doch kann die GmbH die Reisekosten des Ehepartners auch als Betriebsausgabe abziehen?

Diese Frage hatte das Finanzgericht Münster in seinem Urteil vom 14.5.2019 für einen Einzelunternehmer zu beantworten. Im Urteilsfall nahm Unternehmer K an internationalen Konferenzen in Delhi, Barcelona und Prag teil, die von einem beruflichen Netzwerk veranstaltet wurden. Auf diesen Reisen begleitete ihn seine Ehefrau, wobei die Eheleute im Anschluss an die Veranstaltungen noch an den jeweiligen Tagungsorten Urlaub machten. K machte die gesamten Reisekosten als Betriebsausgaben geltend.

Hiervon erkannte das Finanzamt nur die anteilig auf K entfallenden Kosten für die Konferenztage an. Zur Begründung seiner hiergegen erhobenen Klage führte K aus, dass seine Ehefrau ihn bei seiner Tätigkeit unterstützt habe, insbesondere durch die Kontaktpflege zu Geschäftspartnern und anderen Unternehmern.

Die Klage blieb erfolglos. Die **auf die Ehefrau entfallenden Reisekosten** seien – so das Finanzgericht – nicht zu berücksichtigen, da es sich insgesamt um **private Aufwendungen** handle. Die Unterstützung der Ehefrau bei der Aufnahme und Pflege von Kontakten zu ausländischen Unternehmern gehe nicht über das Maß an Unterstützungsleistungen hinaus, die das bürgerliche Recht von Eheleuten verlange. Die Begleitung des Klägers an touristisch attraktive Orte mit hohem Freizeitwert und die Verbindung mit einem privaten Urlaub sei ganz vorrangig durch die Rolle als Ehefrau veranlasst. Eine etwaige berufliche Motivation trete dahinter als unbedeutend zurück.

Übertragen auf die mitreisende Ehefrau eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers bedeutet dieses Urteil: Die auf die Ehefrau und den privaten Urlaub der Eheleute entfallenen anteiligen Reisekosten würden in einer anschließenden Betriebsprüfung als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt werden. Ein Fremdgeschäftsführer müsste sich diese Aufwendungen als zusätzlichen Lohnbestandteil anrechnen lassen.

## 5 Beratervertrag mit der eigenen GmbH: Wann verdeckte Gewinnausschüttungen drohen

Nicht nur Gesellschafter einer GmbH, sondern auch deren Geschäftsführer, können mit der Gesellschaft einen Beratervertrag abschließen und für ihre Beratungsleistungen Honorare beziehen. Für Geschäftsführer gilt insoweit eine Einschränkung, dass die Beratungsleistungen nicht zu den Geschäftsführungsaufgaben gehören dürfen, die bereits mit dem Geschäftsführergehalt vergütet werden. Welche Anforderungen an einen solchen Beratervertrag zu stellen sind, damit die Gesellschaft die Honorare auch als Betriebsausgaben absetzen kann, zeigt ein BFH-Beschluss vom 12.9.2018.

In dem Sachverhalt, den der BFH zu beurteilen hatte, waren A und B zu jeweils 50 Prozent an der X-GmbH beteiligt. A war gleichzeitig Geschäftsführer. Die X-GmbH zahlte in den Streitjahren Beraterhonorare und Reisekosten an A in Höhe von 249.957 DM und an die B in Höhe von 9.120 DM.

Dem lagen Beraterverträge zugrunde, wonach für kaufmännische und betriebswirtschaftliche (A) bzw. technische Beratungen (B) ein Stundensatz von 96 DM vereinbart worden war. Reisekosten sollten jeweils zusätzlich in Rechnung gestellt werden.

Im Rahmen einer Außenprüfung wurden die Zahlungen aufgrund der Beraterverträge sowie die nicht in Rechnung gestellten Kosten für die Pkw-Nutzung als verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA) gewertet.

Einspruch und Klage hatten keinen Erfolg.

Der BFH bestätigte das Urteil des Finanzgerichts. Seiner Auffassung nach hat das Finanzgericht die aufgrund der Beraterverträge **geleisteten Zahlungen zu Recht als vGA angesehen**, da die vertraglichen Vereinbarungen einem Fremdvergleich nicht standhalten.

Den Gesellschaftern sei es freigestellt gewesen, wann und in welchem Umfang sie ihren Verpflichtungen nachkämen. Den Verträgen sei kein Zeitpunkt zu entnehmen, bis zu dem ein vertraglich vereinbarter Erfolg eingetreten sein sollte. Den Gesellschaftern sei somit freigestellt gewesen, ob und – wenn ja – wie bzw. wann sie ihre vertraglich vereinbarten Pflichten zu erfüllen hatten. Eine derartige Vereinbarung hätte ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter nicht abgeschlossen.

Zumindest hätte er angesichts der umfänglichen und unbestimmten Beschreibung der zu erbringenden Leistungen darauf hingewirkt, **Art und Umfang der Leistungen sowie den Zeitpunkt**, zu dem diese erbracht werden mussten, zu **konkretisieren**.

Insoweit sei es auch unerheblich, ob der vereinbarte Stundensatz marktüblich gewesen sei. Denn im Rahmen des steuerlich maßgeblichen Fremdvergleichs sei nicht nur auf einzelne Elemente der fraglichen Vergütung abzustellen, sondern es sei eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen.

## 6 Umsatzsteuer: Uneinbringliche Forderung trotz Aufrechnungslage?

Wird eine Forderung aus Lieferungen und Leistungen uneinbringlich, ändert sich die Bemessungsgrundlage für den entsprechenden steuerpflichtigen Umsatz. Die GmbH, die diesen Umsatz ausgeführt hat, hat den dafür **geschuldeten Steuerbetrag zu berichtigen**. Uneinbringlich ist ein Entgelt, wenn bei objektiver Betrachtung damit zu rechnen ist, dass der Leistende die Entgeltforderung (ganz oder teilweise) jedenfalls auf absehbare Zeit rechtlich oder tatsächlich nicht durchsetzen kann. Ebenfalls ist der **Vorsteuerabzug** bei dem Unternehmer zu berichtigen, an den dieser Umsatz ausgeführt wurde. Wird das Entgelt nachträglich vereinnahmt, sind Steuerbetrag und Vorsteuerabzug erneut zu berichtigen.

### Beispiel:

*Eine GmbH (Klägerin) erbrachte hauptsächlich umsatzsteuerpflichtige Leistungen an eine Schwestergesellschaft innerhalb desselben Konzerns. Die GmbH berechnete ihre Umsätze nach vereinbarten Entgelten. Die Schwestergesellschaft stellte einen Insolvenzantrag, worauf das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen im Folgejahr eröffnet wurde. Zum Zeitpunkt des Insolvenzantrags bestanden Forderungen der GmbH gegenüber der Schwestergesellschaft in Höhe von 4.026.407,74 Euro brutto sowie Verbindlichkeiten der GmbH aus Lieferungen und Leistungen gegenüber dieser Schwestergesellschaft in Höhe von 1.767.320,63 Euro sowie Darlehensverbindlichkeiten der GmbH gegenüber der Schwestergesellschaft in Höhe von 2.527.511,73 Euro. In ihrer Bilanz schrieb die Klägerin einen Forderungsbetrag von 3.551.000 Euro brutto gegenüber der Schwestergesellschaft ab und korrigierte die Umsatzsteuer entsprechend.*

*Die GmbH war der Auffassung, dass wegen der Ausbuchung von Forderungen gegenüber der Schwestergesellschaft im Zusammenhang mit dem Insolvenzantrag eine Änderung der Bemessungsgrundlage vorgelegen habe. Das Finanzamt akzeptierte diese Korrektur nicht, mit der*

*Begründung, dass keine Uneinbringlichkeit vorlag, da im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung eine Aufrechnungslage bestanden habe mit der Konsequenz, dass die GmbH ihre Forderungen mit ihren Verbindlichkeiten hätte aufrechnen können.*

**Nicht uneinbringlich** ist eine Forderung, wenn der Schuldner (Leistungsempfänger), mit einer ihm gegen den Leistenden (Gläubiger) zustehenden **unbestrittenen Forderung** aufrechnen kann (wie im Urteilsfall). **Uneinbringlich** ist die Entgeltforderung jedoch, wenn der Schuldner mit einer Forderung aufrechnet, die der **Gläubiger** (leistender Unternehmer) **substantiiert bestreitet**. Denn auch in diesem Fall muss der Gläubiger damit rechnen, dass der Schuldner auf absehbare Zeit das vereinbarte Entgelt unter Hinweis auf die Aufrechnung mit der angeblichen Gegenforderung nicht bezahlen wird.

Zur Annahme der Uneinbringlichkeit reicht zwar grundsätzlich die Stellung eines Insolvenzantrags nicht aus. **Uneinbringlichkeit** tritt jedoch ein, wenn das Insolvenzgericht dem Schuldner **ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt** oder allgemein angeordnet hat, dass seine Verfügungen nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Verwalters wirksam sind. Die vorstehenden Grundsätze **gelten allgemein**, unabhängig von der Rechtsform der beteiligten Unternehmen.

## 7 Gesellschafterversammlung: Zur wirksamen Einberufung einer GmbH-Gesellschafterversammlung durch eine Minderheit

Beschlüsse einer Gesellschafterversammlung sind nur wirksam, wenn die Versammlung entsprechend den gesetzlichen Vorgaben einberufen wurde. Welche Anforderungen an eine Einberufung durch einen Gesellschafter zu stellen sind, war Gegenstand eines Urteils des Oberlandesgerichts Brandenburg vom 19.12.2018.

### Sachverhalt:

*Der Kläger ist Gesellschafter einer GmbH und mit 50 Prozent an deren Stammkapital beteiligt. Mit Schreiben vom 25.1.2018 verlangte er vom Gesellschafter-Geschäftsführer die Einberufung einer Gesellschafterversammlung und berief diese zugleich selbst für den 26.2.2018 oder alternativ für den 1.3.2018 ein. Gründe für die Eilbedürftigkeit der Einberufung teilte er nicht mit. Der Geschäftsführer erklärte, dass er am 26.2.2018 verhindert sei, sodass die Versammlung am 1.3.2018 stattfindet.*

*Eine Einberufung durch den Geschäftsführer ist mit dessen Schreiben allerdings nicht erfolgt und wurde auch vom klagenden Gesellschafter so nicht verstanden, denn dieser hielt am 26.2.2018 eine Gesellschafterversammlung ab. Dort fasste er Beschlüsse über die Einziehung des Geschäftsanteils seines Mitgesellschafters, über dessen Abberufung als (einzigen) Geschäftsführer und die eigene Bestellung zum alleinigen Geschäftsführer.*

Vorliegend fehlte es mangels einer ordnungsgemäßen Einberufung an wirksamen Abberufungsbeschlüssen.

Nach § 49 Abs. 1 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), fällt nämlich die **Einberufung einer Gesellschafterversammlung** grundsätzlich in den **Zuständigkeitsbereich der Geschäftsführer**. Nach § 50 Abs. 1 GmbHG können zwar Gesellschafter, die zusammen mindestens zehn Prozent des Stammkapitals halten, die Einberufung einer Gesellschafterversammlung verlangen. Hierzu müssen sie aber den Zweck und den **Grund des Verlangens darlegen**, was insbesondere auch die **Eilbedürftigkeit** einer Versammlung umfasst. Erfolgt dies nicht, liegt kein wirksames Einberufungsverlangen vor, welches zu einem Selbsthilferecht der Gesellschafter nach § 50 Abs. 3 Satz 1 GmbHG erstarken könnte. Besteht ein solches Selbsthilferecht nicht und erfolgt dennoch eine Einberufung von Gesellschafterseite, sind sämtliche Beschlüsse, die auf einer so einberufenen Versammlung gefasst werden, **mangels wirksamer Einberufung nichtig**.

## 8 Managerbeteiligung an Familien-GmbH: Zur Zulässigkeit der Hinauskündigung nach Verlust der Organstellung

Fehlt in einer Familiengesellschaft eine geeignete Person zur Übernahme der Geschäftsführung, greifen die Gesellschafter bisweilen auf einen externen Manager zurück und übertragen ihm die Geschäftsführung. Um sein Engagement für das Familienunternehmen zusätzlich zu steigern, erhält der Manager eine Beteiligung an der Gesellschaft für die Dauer seiner Geschäftsführung. Ist unter diesen Umständen eine Hinauskündigung des Managers aus der Gesellschaft zulässig, indem der oder die Mehrheitsgesellschafter seinen Anstellungsvertrag kündigen? Diese Frage hatte das Landgericht Stuttgart in einem Urteil vom 10.10.2018 zu entscheiden.

Im Urteilsfall war der beklagte Manager für die Dauer seiner Geschäftsführertätigkeit als Gesellschafter an der S-GmbH & Co. KG beteiligt. Nach dem Unternehmenskonzept soll die Beteiligung die Funktion erfüllen, den Beklagten stärker an das Unternehmen zu binden, seine Motivation zu steigern und seine Stellung als „geschäftsführender Gesellschafter“ innerhalb des Unternehmens und im Außenverhältnis aufzuwerten. Zur Realisierung der Beteiligung des Beklagten erhielt dieser einen Kommanditanteil in Höhe von fünf Prozent an der S-GmbH & Co. KG.

In den Vereinbarungen war festgehalten, dass beide Parteien einvernehmlich davon ausgingen, dass der Kaufpreis dem Verkehrswert der Beteiligung entsprach. Ebenfalls wurde dort eine **Rückerwerbsoption für die Klägerin** (die GmbH & Co. KG) im Falle der Abberufung des Beklagten als Geschäftsführer oder Beendigung seines Dienstvertrags, gleich aus welchem Grund, vereinbart. **Als Rückerwerbspreis** sollte der Beklagte eine Abfindung in Höhe des Verkehrswerts seines Kommanditanteils erhalten, der nach einem als Anlage zu seiner Vereinbarung festgelegten Verfahren zu berechnen war, das dem entsprach, mit dem der Verkehrswert auch im Hinblick auf den Kaufpreis bei Erwerb der Beteiligung berechnet wurde.

Mit Schreiben vom 16.6.2017 kündigte die Klägerin den Anstellungsvertrag mit dem Beklagten zum 30.6.2018.

Durch Gesellschafterbeschluss vom selben Tag wurde dieser mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführer abberufen. Die Gründe für die Abberufung sind zwischen den Parteien streitig. Die Klägerin übte ebenfalls am 16.6.2017 ihre Rückerwerbsoption aus, die nach Auffassung des Beklagten unwirksam ist.

Regelungen, die einem Gesellschafter oder einer Gruppe von Gesellschaftern das Recht einräumen, einen Mitgesellschafter ohne sachlichen Grund aus der Gesellschaft auszuschließen (**Hinauskündigungsklausel**), sind grundsätzlich wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Dies gilt unabhängig davon, ob die Regelung unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag oder aus einer sonstigen schuldrechtlichen Vereinbarung stammt. Die **Sittenwidrigkeit** leitet der Bundesgerichtshof aus dem Argument her, dass eine **freie Ausschließungsmöglichkeit** von dem Gesellschafter als Disziplinierungsmittel empfunden werden kann, welches ihn daran hindert, von seinen Mitgliedschaftsrechten nach eigener Einschätzung Gebrauch zu machen; das heißt über dem Gesellschafter schwebt das „Damoklesschwert der Hinauskündigung“.

Dieser Grundsatz gilt aber nicht ausnahmslos. Vielmehr kann eine an keine Voraussetzungen geknüpfte Hinauskündigungsklausel wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt sein. Eine solch **sachliche Rechtfertigung** stellt das „**Managermodell**“ dar. Entscheidend für das Verbot der Hinauskündigung ist das „Damoklesschwert-Argument“. Dies liegt bei Beteiligungen, die einem Fremdmanager keine nennenswerten Mitwirkungsrechte gewähren, generell nicht vor. Eine **Managerbeteiligung auf Zeit** ist insbesondere **auch dann wirksam**, wenn der Manager die Beteiligung zum Verkehrswert erhält und zum Verkehrswert wieder ausscheidet, letztlich also das Risiko des Wertverlusts der Anteile trägt.

## 9 Gesellschafterstreit: Schlichtungs- und Schiedsklauseln im Gesellschaftsvertrag zur Streitbeilegung

Die Zusammenarbeit zwischen den Gesellschaftern einer GmbH verläuft nicht immer konfliktfrei. Wenn es zwischen den Gesellschaftern zum Streit gekommen ist, stellt sich die Frage, wie dieser ausgetragen wird. Scheitern Vergleichsgespräche zwischen den Beteiligten, bleibt ihnen regelmäßig die Möglichkeit, den ordentlichen Rechtsweg zu beschreiten und – je nach Einzelfall – ihre Mitgesellschafter oder die Gesellschaft zu verklagen. Dies ist nicht immer der beste Weg, beispielsweise wenn die Beteiligten zukünftig weiter zusammenarbeiten wollen (oder müssen) und ihnen daher eine gütliche Einigung erheblich mehr dienen würde als ein Streitiges Urteil. Ebenso kann es sein, dass die Beteiligten ein besonderes Interesse daran haben, gesellschaftsinterne Streitigkeiten aus der Öffentlichkeit herauszuhalten.

Hier bietet sich ein **Schiedsverfahren** an. Dieses ermöglicht eine relativ zeitnahe Lösung (die im ordentlichen Rechtsweg mit dem dreistufigen Instanzenzug selten erreicht werden kann), wenn auch nur mit einer Instanz.

Und schließlich ist bei ausländischen Mitgesellschaftern zu bedenken, dass deutsche Gerichtsurteile nicht überall auf der Welt vollstreckbar sind, Schiedssprüche hingegen (meistens) schon.

Für all diese und noch wesentlich mehr Fälle besteht folglich ein Bedürfnis nach ergänzenden oder alternativen Streitbeilegungsmechanismen – dafür kann der Gesellschaftsvertrag auf vielfältige Weise Vorsorge treffen. So können sich Regelungen zu **Schlichtungs- oder Mediationsverfahren** anbieten, wenn verstärkt auf eine gütliche Einigung hingearbeitet werden soll. Des Weiteren können **Schiedsklauseln** ein probates Mittel sein, um – üblicherweise relativ zeitnah und ohne die ggf. unerwünschte Öffentlichkeit – vor einer sachverständigen, nichtstaatlichen Stelle eine Entscheidung über gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zu erreichen.

## 10 Gesellschafterbeschlüsse: Wann sind sie nichtig und wann lediglich anfechtbar?

Wird gegen die Vorschriften zur Einberufung und Durchführung einer Gesellschafterversammlung bzw. die Fassung von Gesellschafterbeschlüssen verstoßen, führt dies – nach den entsprechend anwendbaren Regelungen des Aktienrechts – entweder zur Nichtigkeit oder zur Anfechtbarkeit des betroffenen Gesellschafterbeschlusses. Ob Nichtigkeit oder (nur) Anfechtbarkeit vorliegt, lässt sich dabei nicht pauschal festlegen. Grundsätzlich gilt jedoch, dass nur besonders schwere Mängel (z.B. die Einberufung durch einen Unbefugten oder die fehlende Beurkundung satzungsändernder Beschlüsse) zur **Nichtigkeit** und alle anderen Mängel (z.B. Teilnahme von Nichtberechtigten an der Gesellschafterversammlung oder Nichteinhaltung der Ladungsfristen) zur **Anfechtbarkeit** des Beschlusses führen.

Ob Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit vorliegt, ist jedoch stets im Einzelfall zu prüfen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob sich der Mangel überhaupt kausal auf den Gesellschafterbeschluss ausgewirkt hat (daran fehlt es beispielsweise, wenn trotz einer nicht ordnungsgemäßen Ladung alle Gesellschafter erschienen sind und an der Beschlussfassung rügelos mitwirken). Ist dies nicht der Fall, ist eine Anfechtbarkeit/Nichtigkeit im Regelfall ausgeschlossen. Nichtige Beschlüsse können darüber hinaus geheilt werden, z.B. bei Beurkundungsmängeln durch Eintragung in das Handelsregister.

Davon, ob der Gesellschafterbeschluss nichtig oder anfechtbar ist, hängen die **prozessualen Möglichkeiten des Gesellschafters** ab, der gegen den Beschluss gerichtlich vorgehen will. Gegen einen anfechtbaren Beschluss ist dabei mit der sogenannten **Anfechtungsklage** vorzugehen, die jedoch üblicherweise binnen einer Frist von einem Monat zu erheben ist – in der Satzung kann man jedoch auch längere Klagefristen regeln. Die Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen hingegen wird mit einer Feststellungsklage, der sogenannten **Nichtigkeits-(Feststellungs-)Klage** geltend gemacht. Für diese gilt im Regelfall keine Klagefrist.

# Hintergrundinformationen zum Mandanten-Rundschreiben für GmbH-Geschäftsführer Nr. 6/2019

(entsprechend der Reihenfolge der fachlichen Informationen)

Thema	Volltext-Fundstelle	GmbH-Steuerpraxis
1 <b>Tantiemevereinbarung für 2020</b>	<b>75-Prozent zu 25-Prozent-Verhältnis:</b> BFH, Urteil vom 5.10.1994, Az. I R 50/94, BStBl II 1995, S. 549; Urteil vom 19.11.2003, Az. I R 42/03, BFH/NV 2004, S. 669 <b>Finanzverwaltung:</b> H 8.8 KStR <b>50-Prozent-Grenze:</b> BFH, Urteil vom 5.10.1994, Az. I R 50/94, BStBl II 1995, S. 549; Urteil vom 17.12.2003, Az. I R 16/02, BFH/NV 2004, S. 817 <b>Umsatztantieme:</b> BFH, Urteil vom 19.5.1993, Az. I R 83/92, BFH/NV 1994, S. 124; vom 11.8.2004, Az. 40/03, GmbH-Stpr 2005, S. 104	–
2 <b>Gehaltserhöhung für 2020</b>	Rückwirkungsverbot: u.a. BFH, Urteil vom 23.7.2005, Az. I R 70/04, BStBl II 2005, S. 882 Gesellschafterbeschluss: BMF-Schreiben vom 16.5.1994 Az. IV B 7 – S 2742 - 14/94, BStBl I 1994, S. 868	–
3 <b>GmbH mit Grundbesitz</b>	BFH, Urteil vom 11.4.2019, Az. III R 36/15 <a href="http://www.bundesfinanzhof.de">www.bundesfinanzhof.de</a>	–
4 <b>Reisekosten/Ehefrau</b>	FG Münster, Urteil vom 14.5.2019, Az. 2 K 2355/18 <a href="http://www.justiz.nrw.de">www.justiz.nrw.de</a>	–
5 <b>Beratungsvertrag</b>	BFH, Beschluss vom 12.9.2018, Az. I R 77/16 <a href="http://www.bundesfinanzhof.de">www.bundesfinanzhof.de</a>	2019, S. 185
6 <b>Umsatzsteuer</b>	BFH, Urteil vom 13.2.2019, Az. XI R 19/16 <a href="http://www.bundesfinanzhof.de">www.bundesfinanzhof.de</a>	–
7 <b>Gesellschafterversammlung</b>	OLG Brandenburg, Urteil vom 19.12.2018, Az. 7 U 152/18 <a href="http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de">www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de</a>	2019, S. 191
8 <b>Managerbeteiligung</b>	LG Stuttgart, Urteil vom 10.10.2018, Az. 40 O 26/18	2019, S. 254
9 <b>Gesellschafterstreit</b>	Musterklausel für den Gesellschaftsvertrag auf <a href="http://www.dis-arb.de">www.dis-arb.de</a>	2019, S. 141
10 <b>Gesellschafterbeschlüsse</b>	§§ 241 ff. AktG, die sinngemäß für GmbH-Gesellschafterbeschlüsse gelten. Lutter/Hommelhoff/Beyer, § 47 GmbHG Anhang	2019, S. 238