

# Wirtschaftsrechtliche Beratung

## Zeitschrift für Wirtschaftsanwälte und Unternehmensjuristen

WiB 15/1996

9. August • 3. Jahrgang 1996 • Seite 665-712 Schriftleitung:

Wilhelmstraße 9, 80801 München

### Geschäftsführerhaftung bei verdeckten Ausschüttungen in der Publikums-GmbH & Co. KG

Von Rechtsanwalt Dr. Thomas Zacher, Köln\*

*Die Publikums-GmbH & Co. KG ist aufgrund ihrer naturgemäß weniger stark ausgeprägten Beziehungen der Gesellschafter untereinander und zur Geschäftsführung besonders anfällig dafür, daß Ausschüttungen vorgenommen werden, die einzelne (Gründungs-)Gesellschafter oder diesen nahestehende Personen bevorzugen oder die bei vollständiger Aufklärung über die tatsächlichen Verhältnisse der Gesellschaft jedenfalls in dieser Form von der Gesellschaftermehrheit nicht genehmigt*

#### I. Der Begriff der verdeckten Ausschüttung

Der Begriff der sogenannten verdeckten Gewinnausschüttung ist im Steuerrecht seit langem bekannt. Nach klassischer steuerrechtlicher Definition soll eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen, wenn die Gesellschaft ihren Gesellschaftern außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung einen Vermögensvorteil zuwendet oder eine Vermögensminderung hinnimmt und dieser Vorgang seine Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat. Dies soll dann der Fall sein, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einem Dritten, der nicht Gesellschafter ist, den Vorteil unter sonst gleichen Umständen nicht zugewendet hätte \

Zivilrechtlich ist entscheidend, daß ein Vermögensabfluß zu Lasten der Gesellschaft außerhalb der förmlichen Gewinnverteilung eintritt, welcher einen oder mehrere Gesellschafter oder denen nahestehende Dritte begünstigt<sup>2</sup>. Für die zivilrechtliche Betrachtung ist darauf hinzuweisen, daß das Merkmal der „Verdecktheit“ vorrangig als Abgrenzung zu offenen (Gewinn-)Ausschüttungen dient. In den in der Praxis häufigsten Fällen werden Auszahlungen - insbesondere wenn sie nur einem speziellen Personenkreis zugute kommen sollen - nicht offen als „Ausschüttung“, „Auszahlung“ oder ähnliches deklariert, sondern formell durch die Buchung als ein Leistungsentgelt oder ähnliches „verdeckt“. Die Verdecktheit einer Ausschüttung ist daher ein - in der Regel zutreffendes - deskriptives, aber kein konstitutives Merkmal<sup>3</sup>.

#### II. Häufige Erscheinungsformen in der Praxis der Publikums-GmbH & Co.KG

In den Publikumsgesellschaften besteht bei den Initiatoren meist ein - an sich durchaus legitimes - Interesse hinsichtlich

*worden wären. Da die GmbH & Co. KG zugleich eine der klassischen Rechtsformen für sogenannte geschlossene Immobilien-, Schiffsbeteiligungs- oder sonstige Fonds ist, bei denen in letzter Zeit in einigen Bereichen vermehrt finanzielle Probleme entstanden sind oder drohen, gewinnen auch aus zivilrechtlicher Sicht die Fragen nach Voraussetzungen und Ansprüchen gegen die Geschäftsführung bei derartigen Ausschüttungen zunehmend an Bedeutung.*

einer Honorierung ihrer konzeptionellen Gedankenarbeit, ihres Gründungsaufwandes und/oder der von ihnen insbesondere in der Gründungsphase selbst getragenen finanziellen Risiken. Ein Entgelt für diese Leistungen kann darin bestehen, daß den Initiatoren oder ihnen nahestehenden Unternehmen bzw. Drittpersonen im Rahmen der Beteiligung als sogenannte Gründungsgesellschafter ein besonderer Verteilungsschlüssel im Hinblick auf die Beteiligung an den laufenden Ergebnissen und gegebenenfalls auch an einem etwaigen Liquidationserlös zukommt. Dies führt dann zu sogenannten offenen (Gewinn-) Ausschüttungen. Derartige Regelungen haben aber - zumindest aus der Sicht der Initiatoren - regelmäßig drei Nachteile:

Sind die Initiatoren als Gründungsgesellschafter - wie regelmäßig - nur mit einem im Verhältnis zu den Anlegergesellschaftern sehr geringen Kapitalanteil an der Gesellschaft beteiligt, so stößt das Instrument einer überproportionalen Ergebnisbeteiligung schnell an vertriebliche und gesetzliche Grenzen. Entfällt auf die Beteiligung eines Gründungsgesellschafters, die sich im Verhältnis zum aufzunehmenden Gesamtkapital nur im Promille-Bereich bewegt, ein Ergebnisanteil von z. B. 20 %, so wird dies im Rahmen des Vertriebs der Beteiligung für erheblichen

\* Der Autor ist Partner der Sozietät Klumpe & Partner in Köln.

1) Vgl. etwa BFH, BStB1 1989 II, 631; 1982, 761; 1971, 600; *Döllner*, BB 1979, 57; *Schmidt/Heinicke*, EStG, 14. Aufl. (1995), § 20 Anm. 28 b) m. w. Nachw., auch zu neueren Erweiterungen dieses Begriffs.

2) Vgl. *Flume*, ZHR 144 (1980), 18 (21); ü. *H. Schneider*, ZGR 1985, 279 (285); *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 220 ff.; *Worch*, Treuepflicht von Kapitalgesellschaftern untereinander und gegenüber der Gesellschaft, S. 128; *Zacher*, DStR 1994, 138 (140).

3) *U. H. Schneider*, ZGR 1985, 279 (280); *Zacher*, DStR 1994, 138 (140).

4) Nicht selten liegt auch eine kapitalmäßige Beteiligung nur an der Komplementär-GmbH oder überhaupt keine unmittelbare kapitalmäßige Beteiligung vor.

Erklärungsbedarf und kritische Einwände potentieller Anleger sorgen. Desweiteren dürften im Falle einer zu hohen Diskrepanz auch die Grenzen des rechtlich zulässigen Gestaltungsspielraums (§§ 242, 138 BGB) erreicht werden.

Im übrigen beruht gerade im Falle der GmbH & Co. KG als Publikumsgesellschaft das wirtschaftliche Konzept regelmäßig auch darauf, daß in der Anfangsphase den Kommanditisten hohe Verlustzuweisungen zugerechnet werden können. Das Verlustzuweisungspotential würde aber geschmälert, wenn die Vergütungen der Funktionsträger nicht als aufwandswirksame Dritteleistungen behandelt würden und den Gründungsgesellschaftern selbst substantielle Ergebnis- und damit anfängliche Verlustanteile zufielen. Theoretisch wäre zwar der zuletztgenannte Aspekt durch ein Auseinanderfallen von Verlust- und Gewinnbeteiligungen im Hinblick auf den Anteil der Gründungsgesellschafter aufzufangen, hierbei sind aber wiederum die steuerlichen Anforderungen zu beachten, desweiteren dürften insoweit die vorbezeichneten vertrieblischen und zivilrechtlichen Einwendungen in noch stärkerem Maße durchgreifen.

Zweitens führt eine Honorierung der Initiatorenleistungen durch einen besonderen Ergebnisverteilungsschlüssel im Regelfall zu einem in erheblichem Maße zeitversetzten Anfall der entsprechenden Vergütung. Da Publikumskommanditgesellschaften konzeptionsgemäß erst nach einer regelmäßig sich über mehrere Jahre erstreckenden Verlustphase Gewinne darstellen können, würden durch die Gewinnverteilung (mit-)abgedeckte Vergütungen der Initiatorenleistungen ebenfalls erst mit einer erheblichen Zeitverzögerung zur Verfügung stehen.

Schließlich wäre der Anfall in dieser Form dargestellter Vergütungen vom unternehmerischen Gesamterfolg der Publikumsgesellschaft abhängig. Da das Interesse der Initiatoren aber regelmäßig dahingeht, ihre jedenfalls nach ihrem Verständnis unabhängig vom späteren Unternehmenserfolg zu honorierende Tätigkeit im Rahmen der Gründung einer entsprechenden Gesellschaft vergütet zu wissen, soll regelmäßig der Anfall einer diesbezüglichen Vergütung unabhängig von der späteren tatsächlichen Unternehmensentwicklung sein.

Die vorgenannten Besonderheiten können dadurch vermieden werden, daß (weitere) Leistungen außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung an die Initiatoren bzw. Gründungsgesellschafter fließen. Dies geschieht regelmäßig im Rahmen sogenannter DritteLeistungsverträge, bei denen an die Initiatoren oder diesen nahestehende Unternehmen Leistungsentgelte für besondere Dienstleistungen erbracht werden. Diese DritteLeistungsverträge sind meist in der Weise ausgestaltet, daß das Entstehen oder die Fälligkeit der Vergütung bereits an den Zufluß des Beteiligungskapitals durch die (Publikums-)Kommanditisten oder sogar lediglich an die Voraussetzung eines verbindlichen Beitritts zur Gesellschaft durch diese geknüpft ist.

DritteLeistungsverträge mit Gesellschaftern oder diesen nahestehenden Dritten sind dem Grundsatz nach sowohl zivilrechtlich wie auch steuerrechtlich anzuerkennen. Je nach dem Gegenstand des Unternehmens macht das Volumen dieser Vergütungen im Verhältnis zum Gesamtkapital bis zu 25 % und mehr als sogenannte „weiche Kosten“ aus, wohingegen in die „Hardware“ des Unternehmens (z.B. Immobilien, Schiffe, Medienrechte etc.) nur die verbleibenden Anteile zur Abdeckung der sogenannten „harten Kosten“ fließen. Allerdings muß dabei berücksichtigt werden, daß selbstverständlich nicht alle weichen Kosten durch Dienstleistungsverträge mit Initiatoren oder diesen nahestehenden Personen ausgelöst werden, sondern in - je nach Einzelfall - unterschiedlichem Umfang hierdurch auch Leistungen unabhängiger Dritter zu vergüten sind. Um die Aufteilung dieser Kosten zumindest transparent zu machen, sind die den Initiatoren im Wege von Dienstleistungsverträgen zufließenden Vergütungen bzw. die Beteiligungen von Initiatoren an den diesbezüglichen Empfän-

gerunternehmen nach übereinstimmender Auffassung prospektdarstellungspflichtig<sup>5</sup>.

Unabhängig von der Frage der Prospektdarstellung und der damit gegebenenfalls verbundenen Initiatoren- und Prospekthaftung kann sich im Rahmen dieser typischen DritteLeistungsbeziehungen das Phänomen der verdeckten Ausschüttung in vier verschiedenen Grundaussprägungen realisieren.

Häufig wird eine angebliche Leistung durch die Gesellschaft vergütet, bei der das tatsächlich ausgezahlte „Leistungsentgelt“ nicht oder nicht in dieser Höhe vereinbart worden war. Ortms stellt sich später heraus, daß als Leistungsentgelte deklarierte Beträge an Initiatoren abgeflissen sind, für die eine hinreichende vertragliche Grundlage fehlte oder bei denen diese Grundlage erst mit - oft erheblichem zeitlichen Verzug - nachträglich konstruiert wurde<sup>6</sup>. Diese Fallgruppe ist insgesamt dadurch gekennzeichnet, daß schon die formale Grundlage für eine entsprechende Auszahlung zum Zeitpunkt ihrer Vornahme gefehlt hat.

Zu einer weiteren Gruppe können diejenigen Fälle zusammengefaßt werden, in denen zwar formal eine vertragliche Grundlage besteht, diese aber - oftmals bewußt - so unkonkret gehalten ist, daß der genaue Gegenstand und damit auch der Wert der Gegenleistung des Vertragspartners der Publikumsgesellschaft nicht zu ermitteln ist oder eine an sich hinreichend spezifizierte Gegenleistung tatsächlich nicht oder nur in einer offensichtlich nicht vertragsgemäßen Form erbracht wurde. Beispiele hierfür sind Verträge über Beratungs-, Vermittlungs- oder Unterstützungsleistungen, wobei die Fantasie bei der Deklaration solcher Leistungen oftmals nur noch von der mangelnden Konkretisierung ihres Inhalts übertroffen wird. Desweiteren gibt es durchaus an sich einem Drittvergleich standhaltende Dienstleistungsverträge zwischen Publikumskommanditgesellschaften und deren Initiatoren, bei denen aber im Falle der späteren Überprüfung festgestellt werden muß, daß außer der Zahlung eines Leistungsentgelts keine oder nur völlig rudimentäre Gegenleistungen des Leistungsempfängers feststellbar sind. In allen diesen Fällen mangelt es also an einem (echten) Leistungsaustausch im materiellen Sinne.

Als dritte Gruppe können diejenigen Fälle zusammengefaßt werden, in denen tatsächlich eine im wesentlichen vertragsgemäße Leistung erbracht wird, das hierfür vertraglich vereinbarte und tatsächlich ausgezahlte Leistungsentgelt aber einem Drittvergleich in keiner Weise standhält. Die Gesellschaft kauft also Leistungen der Initiatoren offensichtlich übersteuert ein.

Als vierte Kategorie können in Anlehnung an ein neueres BGH-Urteil Diejenigen Fälle angesehen werden, in denen die in Rede stehende Leistung jedenfalls zu diesem Zeitpunkt und in dieser konkreten wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft von einem pflichtgemäß handelnden Geschäftsführer nicht von einem unabhängigen Dritten entgeltlich erworben worden wäre. Der BGH stellt dabei heraus, daß unabhängig von der vorherigen Prospektdarstellung und der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung ein Geschäftsführer auch darauf zu achten habe, daß im Hinblick auf die Verfolgung des

5) Vgl. etwa Wohnungswirtschaftlicher Fachausschuß des Instituts der Wirtschaftsprüfer, Stellungnahme WFA 1/1987, Grundsätze ordnungsgemäßer Durchführung von Prospektprüfungen - Prospektinhaltskatalog -; Prospektinhaltskatalog des Deutschen Finanzdienstleistungs-Informationszentrums / DPI Wiesbaden, Sand 11. 1.1995; Prospektinhaltskatalog des Kapitalanlage-Informationszentrums Düsseldorf, Stand 1.11. 1986.

6) Vgl. als steuerliches Pendant hierzu das sog. „Nachzahlungsverbot“ beim Fehlen einer im voraus getroffenen klaren und eindeutigen Vereinbarung im Steuerrecht, so etwa BFH, BStBl 1989 II, 631; 1988, 786; 1987, 459 (461); 1982, 761; 1978, 659 (660); 1976, 734.

7) Vgl. BGH, WM 1995, 701. Der zugrundeliegende Fall betraf zwar eine atypisch stille Gesellschaft, der BGH stellt aber ausdrücklich in seinen Entscheidungsgründen die Vergleichbarkeit mit der Publikumsgesellschaft in der Rechtsform der GmbH & Co. KG heraus.

Hauptzwecks der Gesellschaft die Verpflichtungen aus den an sich peripheren Dienstleistungsverträgen nicht dazu führen dürfen, daß mangels hinreichender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ein genügendes Investitionsvolumen für den Hauptzweck nicht mehr zur Verfügung steht. Diese Fallgruppe kann vielleicht schlagwortartig als „Eingehung/Bedienung von Drittverträgen zur Unzeit“ bezeichnet werden.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß auch offensichtlich einseitige Ausschüttungen in verschiedener Form denkbar sind. Bei Publikumskommanditgesellschaften sind ebenso wie bei anderen Gesellschaftsformen sämtliche Formen der faktischen Gewährung von Vermögenswerten Vorteilen an die Gesellschafter möglich, die vom Einsatz von Büropersonal der Gesellschaft für private oder anderweitige unternehmerische Zwecke der Initiatoren bishin zur Finanzierung von privaten Luxusaufwendungen oder der unentgeltlichen Erstellung oder Renovierung von Immobilien durch von der Gesellschaft vergütete Dritte reichen.

### III. Haftung der Komplementär-GmbH gegenüber der KG aus dem Gesellschaftsverhältnis

Die Komplementär-GmbH ist kraft Gesetz und meist auch durch entsprechende konkretisierende Bestimmungen des KG-Gesellschaftsvertrages zur - ordnungsgemäßen - Geschäftsführung der Kommanditgesellschaft verpflichtet (§§ 114, 161 II HGB). Die GmbH kann danach grundsätzlich alle Handlungen vornehmen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der GmbH & Co. KG mit sich bringt (§§ 116 I, 161 II HGB). Zu außergewöhnlichen Geschäften ist nach den §§ 116 II, 164 HGB die Zustimmung der Kommanditisten notwendig. Die entsprechende Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis ergibt sich aus den §§ 125, 161 II HGB.

Diese Regelungen, insbesondere im Hinblick auf die Zustimmungspflichtigkeit einzelner Rechtsgeschäfte, werden in der Praxis vielfach durch besondere gesellschaftsvertragliche Bestimmungen konkretisiert. Die Geschäftsführer der GmbH haben auch die insoweit der Komplementär-GmbH auferlegten Beschränkungen bei der Geschäftsführung der GmbH & Co. KG einzuhalten. Ein haftungsauslösendes Fehlverhalten kann sich also zum einen aus der Überschreitung der gesellschaftsvertraglichen bzw. gesetzlichen Kompetenzen herleiten. Daneben ist als zweite Kategorie von Pflichtverletzungen ein sachlich fehlerhaftes Handeln zu nennen, welches zwar innerhalb der formellen Befugnisse der Komplementär-GmbH und damit mittelbar ihrer Geschäftsführer ausgeführt wird, welches aber selbst unter Berücksichtigung der einem Geschäftsführer in gewissem Umfang zuzubilligenden Einschätzungsprärogative ein objektiv eindeutig pflichtwidriges Verhalten darstellt.

Vier prägnante Fallgruppen dieser Pflichtwidrigkeiten bei der Publikums-GmbH & Co. KG sind oben bereits dargestellt worden. Da die GmbH als grundsätzlich alleingeschäftsführungs- und vertretungsberechtigter Gesellschafter der KG auch die Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung schuldet<sup>8</sup>, können derartige Pflichtwidrigkeiten als positive Vertragsverletzungen des Gesellschaftsverhältnisses gewertet werden, wobei die GmbH für Pflichtwidrigkeiten ihrer Geschäftsführer nach - soweit ersichtlich - unumstrittener Auffassung für deren Pflichtwidrigkeiten analog § 31 BGB<sup>9</sup> haftet.

### IV. Regreß der Komplementär-GmbH gegenüber ihren Geschäftsführern

#### 1. Ansprüche gemäß § 43 GmbHG

Der Schaden durch die Herbeiführung einer Haftungsverpflichtung der GmbH gegenüber der KG kann ebenso wie ein originär bei der GmbH entstehender Vermögensnachteil ge-

genüber dem Geschäftsführer geltend gemacht werden. Soweit der Schaden (zunächst) in einer Haftungsverpflichtung gegenüber der KG besteht, richten sich mögliche Ausgleichsansprüche gegenüber dem Geschäftsführer auf Freistellung von dieser Schadensersatzpflicht, im übrigen auf Erstattung bereits erfolgter Leistungen an die ausgleichsberechtigte KG bzw. auf die Kompensation des bei der Komplementär-GmbH selbst entstandenen Schadens<sup>10</sup>. Rechtsgrundlage für diesbezügliche Ansprüche ist zunächst § 43 GmbHG. § 43 I GmbHG stellt nach inzwischen ganz überwiegender Auffassung einen objektiven Verschuldensmaßstab auf, der gegenüber den allgemeinen Sorgfaltspflichten eine nicht unerhebliche Verschärfung darstellt<sup>12</sup>.

Steht der objektive Tatbestand einer vom Geschäftsführer zu verantwortenden Schädigung fest, so wird ein schuldhaftes Handeln vermutet<sup>13</sup>. Da die somit dem betroffenen Geschäftsführer obliegende Exculpation<sup>14</sup> nur in besonderen Ausnahmefällen gelingen wird, ist mit der Feststellung einer objektiven Pflichtwidrigkeit in aller Regel auch die Tatbestandsvoraussetzung des Verschuldens für die Schadensersatzpflicht gemäß § 43 II GmbHG gegeben<sup>15</sup>.

Im vorliegenden Zusammenhang ist aber besonders auf einen Rechtfertigungsgrund hinzuweisen, der nach überwiegender Ansicht bereits die objektive Pflichtwidrigkeit, in jedem Falle aber das Verschulden des Geschäftsführers im Regelfall entfallen läßt: *Das Handeln auf Weisung der Gesellschafter-Versammlung*. Da die GmbH-Gesellschafter konkrete Einzelweisungen im Hinblick auf die Geschäftsführung erteilen dürfen<sup>16</sup>, ist es folgerichtig, daß mit der Ausübung dieser Weisungskompetenz grundsätzlich auch eine Haftungsentlastung des betroffenen Geschäftsführers einhergeht<sup>17</sup>.

Etwas uneinheitlich werden jedoch die Fälle bewertet, in denen - gleichsam als Rückausnahme - eine dem Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung<sup>18</sup> erteilte Weisung gleichwohl nicht haftungsentlastend sein soll. Unproblematisch sind die Fälle, in denen die Weisung gegen zwingendes Gesetzesrecht oder den Maßstab der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 BGB verstößt<sup>19</sup>. Die Problematik außerhalb derart eindeutig rechtswidriger Beschlüsse und Anweisungen liegt darin, daß die GmbH-Gesellschafter möglicherweise den Geschäftsführer zu Maßnahmen anweisen, die zwar keinen offensichtlichen Rechtsverstoß darstellen, bei denen sich aber zumindest Zweifel dahingehend aufdrängen, ob die diesbezüglichen Beschlüsse nicht wiederum im Verhältnis zwischen

8) *Grunewald*, BB 1981, 581 (583); *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, § 43 Rdn. 53; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1240.

9) Vgl. z.B. *Grunewald*, BB 1981, 581 (583); *Hesselmann/Tillmann*, Hdb. der GmbH & Co., Rdn. 283; *K. Schmidt* (o. Fußn. 8), S. 379; *Schob/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 274.

10) *Grunewald*, B 1981, 581 (583); *Hesselmann/Tillmann* (o. Fußn. 9), Rdn. 286.

11) *Hesselmann/Tillmann* (o. Fußn. 9), Rdn. 286.

12) Statt aller *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, § 43 Rdn. 22 ff.; *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, § 43 Rdn. 5 ff.; *Schob/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 6 und 164 f.; jeweils m. w. Nachw. auch aus der Rechtsprechung.

13) BGH, NJW 1986, 94; GmbHR 1991, 101; *K. Schmidt* (o. Fußn. 8), S. 898.

14) *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, § 43 Rdn. 33; *Schatz/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 168.

15) Vgl. etwa *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, § 43 Rdn. 56.

16) Statt aller *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, § 37 Rdn. 7 ff.; *Schob/Schneider*, GmbHG, § 37 Rdn. 30.

17) *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43 Rdn. 22; *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, § 43 Rdn. 67 ff.; *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, § 43 Rdn. 25.

18) Zu berücksichtigen ist, daß grundsätzlich nur die Gesellschafterversammlung als Organ, nicht jedoch einzelne Gesellschafter weisungsbefugt sind; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 43 Rdn. 43; *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, § 43 Rdn. 76 f.; *Worch*, Treuepflichten von Kapitalgesellschaften untereinander und gegenüber der Gesellschaft, S. 120.

19) Statt aller *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG § 43, Rdn. 30 m. w. Nachw.

Komplementär-GmbH und „ihrer“ KG treuwidrig<sup>20</sup> und daher anfechtbar sind. Überwiegend wird insoweit vertreten, daß im Falle eines lediglich anfechtbaren Beschlusses der Geschäftsführer zunächst zu versuchen habe, eine Entscheidung durch erneute Beschlußfassung der Gesellschafter oder notfalls das Gericht abzuwarten<sup>21</sup>. Wenn dieses aber nicht möglich sei oder die Anfechtbarkeit überhaupt objektiv zweifelhaft wäre, könne vom Geschäftsführer nicht gefordert werden, eine (eventuell doch wirksame und bindende) Weisung nicht zu befolgen. Daher handele er jedenfalls nicht schuldhaft, wenn er anfechtbare Weisungen ausführe, deren (Un-) Wirksamkeit nach sorgfältiger Prüfung nicht eindeutig zu entscheiden war<sup>22</sup>.

Diese Auffassung erscheint sachgerecht, da es angesichts der vom Gesetz ja gerade angelegten Weisungsbefugnis der GmbH-Gesellschafter gegenüber ihrem Geschäftsführer grundsätzlich nicht zu dessen Aufgabenkreis gehört, über die Richtigkeit der von diesen gefaßten Beschlüsse aufgrund einer eigenen Prüfungskompetenz zu befinden. Es ist dem GmbH-Geschäftsführer auch praktisch weder möglich noch zumutbar, in jedem Weisungsfall zu prüfen, ob - außerhalb eindeutiger Gesetzeswidrigkeiten - gesellschaftsrechtliche Treuepflichten und ähnliche Gesichtspunkte der Ausführung einer ihm erteilten Weisung entgegenstehen. Eine solche Entscheidungspflicht würde ihrerseits zu einer „Kompetenzüberschreitung“ auf Seiten des Geschäftsführers zwingen, weil damit das grundsätzliche Recht zur Erteilung von Weisungen an den Geschäftsführer im Ergebnis unter dem Vorbehalt der materiellen Inhaltsprüfung durch den Geschäftsführer selbst stünde.

Weisungen der GmbH-Gesellschafter entlasten den GmbH-Geschäftsführer bezüglich des GmbH-Gesellschaftsverhältnisses (!) also auch dann, wenn diese bei objektiver Betrachtung ex post nicht gesetzeswidrig, aber treuepflichtig (im Verhältnis der Komplementär-GmbH zur KG) waren. Dies führt zur Frage, inwieweit die Haftung gemäß § 43 GmbHG durch vertragliche Regelungen zugunsten der Geschäftsführer eingeschränkt werden kann. Teilweise wird die Zulässigkeit einer Haftungsbeschränkung - typischerweise auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit - unter gleichzeitiger Abkürzung der Verjährungsfristen grundsätzlich abgelehnt<sup>23</sup>, nach anderer Auffassung ist lediglich § 43 III GmbHG zwingend<sup>24</sup>.

Da der zum Schutz der Gesellschafter dem GmbH-Geschäftsführer auferlegte Pflichtenkreis bei weitem diejenigen Verantwortungsbereiche übersteigt, die ihm mit Rücksicht auf die Gesellschaftsgläubiger auferlegt worden sind - vgl. nur den sehr begrenzten Kapitalschutz gem. § 30 GmbHG -, muß es den Gesellschaftern offenstehen, die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers ihnen gegenüber durch einverständliche Regelungen in der Satzung oder dem Anstellungsvertrag einzuschränken. Daher ist die Zulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Haftungseinschränkungen für den Geschäftsführer grundsätzlich zu bejahen, soweit nicht der Rechtsgedanke des § 43 III GmbHG entgegensteht, d. h. der zwingende Mindestkapitalschutz der GmbH tangiert wird. Eine weitere Einschränkung ist wohl bei völliger Aushöhlung des gesetzlichen Leitbilds des § 43 GmbHG zu machen, etwa wenn die Haftung nur noch auf vorsätzliches Handeln beschränkt würde oder die Verjährungsfristen noch unter den deliktsrechtlichen Standard nach § 852 BGB abgekürzt würden.

Gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG bedarf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Geschäftsführer der GmbH eines Gesellschafterbeschlusses. Ebenso ist nach dieser Vorschrift ein besonderer Vertreter zu bestimmen, der notfalls die gerichtliche Durchsetzung im Namen der Gesellschaft betreibt, wenn nicht bereits in der Satzung eine diesbezügliche generelle Regelung enthalten ist. Als Anspruchsberechtigter kommt nur die GmbH selbst in Frage. Einzelne Gesellschafter können sich auf die Verletzung von § 43 GmbHG nicht beru-

fen<sup>25</sup>. Nach inzwischen herrschender Meinung kann aber der einzelne Geschäftsführer bei pflichtwidriger Verweigerung entsprechender Beschlußfassung im Wege der sogenannten „actio pro socio“ den Geschäftsführer auf Leistung an die Gesellschaft in Anspruch nehmen<sup>26</sup>.

## 2. Ansprüche wegen Verletzung des Dienstvertrages

Aus dem neben der Organstellung bestehenden Anstellungsverhältnis ergeben sich regelmäßig - wenn auch dort oft nicht explizit aufgeführt - ähnliche Pflichten, wie sie § 43 GmbHG gesetzlich statuiert. Da demnach - im Falle einer Pflichtverletzung - im Regelfall ein den Ansprüchen gemäß § 43 GmbHG gleichartiger Anspruch entsteht, ist die Frage des Verhältnisses beider Anspruchsgrundlagen zu entscheiden. Die Literatur geht dabei vielfach davon aus, daß hier ein Fall von Anspruchsgrundlagenkonkurrenz vorliege, so daß gegebenenfalls der gleiche Anspruch auf beide Anspruchsgrundlagen gestützt werden könne, wobei diese aber in Einzelfällen durchaus einen abweichenden Haftungsumfang haben könnten.

Der BGH hat dagegen die Formel geprägt, daß § 43 GmbHG die Haftung des Geschäftsführers auf vertraglicher Grundlage „als Spezialregelung in sich aufnehme“<sup>28</sup>. Der Entscheidung des BGH lag allerdings ein Sachverhalt zugrunde, in dem die Frage des Verhältnisses der beiden Normen mit Blick auf die Verjährung entschieden wurde, wobei in dem in Rede stehenden Gesellschaftsvertrag keine diesbezügliche Verjährungsregelung enthalten war und sich somit die Frage ergab, ob diesbezüglich die regelmäßige Verjährungsfrist von dreißig Jahren gemäß § 195 BGB eingriffe. Insoweit sicher sachgerecht hat der BGH entschieden, daß im Zweifelsfall auch die Verjährungsregelung nach § 43 IV GmbHG maßgebend sein müsse. Ob deshalb generell davon ausgegangen werden muß, daß die Regelung nach § 43 GmbHG die vertragliche Haftung „in sich aufnehme“, ist jedoch zweifelhaft. So verweisen auch die dem BGH grundsätzlich zustimmenden Literaturstimmen darauf, daß der Anstellungsvertrag im Einzelfall durchaus explizit weitergehende Pflichten begründen könne, deren Verletzung zwar nicht zu einem Anspruch nach § 43 GmbHG führe, deren Sanktionierung aber nach den vertraglichen Bestimmungen eindeutig gewollt sei<sup>29</sup>.

Umgekehrt muß es - entsprechend der oben vertretenen Ansicht zur partiellen Vertragsdispositivität der Regelungen des § 43 GmbHG - auch möglich sein, im Dienstvertrag Einschränkungen hinsichtlich der Sorgfaltsanforderungen, des zur Entstehung einer Haftung notwendigen Verschuldensgrades oder der absoluten Höhe bzw. der Verjährung der Haftung vorzunehmen. In der Praxis finden sich teilweise derartige Einschränkungen. Es handelt sich hier um zwei - sich allerdings weitgehend überschneidende - Regelungskreise, deren Verhältnis nach den normalen Regeln der Anspruchsgrundlagen-

20) Dazu, daß in der GmbH & Co. KG Treuepflichten der GmbH-Gesellschafter auch gegenüber der KG und den Kommanditisten bestehen, vgl. nur BGHZ 65, 15 (20 f.).

21) Vgl. etwa *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 101 ff.

22) *Grunewald*, BB 1981, 581 (584); *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, § 43 Rdn. 78 und 80 ff.; *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, § 43 Rdn. 32.

23) *Bart/Henkes*, GmbHG, § 43 Rdn. 437 m.w.Nachw.

24) Z. B. *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 43 Rdn. 6; *Schob/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 185; jeweils m.w.Nachw.

25) Vgl. BGHZ 94, 55 (58); *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, § 43 Rdn. 40; *K. Schmidt* (o. Fußn. 8), S. 900; *Schatz/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 263.

26) Vgl. etwa BGHZ 65, 15 (21); *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, § 43 Rdn. 42; kritisch *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, § 43 Rdn. 102.

27) *K. Schmidt* (o. Fußn. 8), S. 899; *Sudhoff*, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, S. 128; *Schob/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 13.

28) BGH, GmbHR 1989, 365; ihm folgend z. B. *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 43 Rdn. 7; *Hesselmann/Tillmann* (o. Fußn. 9), Rdn. 286 m. Fußn. 77.

29) So *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 208, vgl. auch *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, § 35 Rdn. 202 ff. und § 43 Rdn. 54.

konkurrenz gelöst werden kann. Dabei wird es allerdings zutreffen, daß man im Falle fehlender expliziter Regelungen im Dienstvertrag unterstellt, daß auch insoweit ein Vertragsinhalt nach dem Vorbild des § 43 GmbHG gewollt ist und dann in diesen Fällen in der Tat den Ansprüchen auf dienstvertraglicher Grundlage keine besondere eigene Bedeutung zukommt.

### 3. Deliktische Ansprüche

Da § 823 I BGB reine Vermögensschäden der (Komplementär-)GmbH nicht umfaßt, wird vielfach nur eine Haftung aus § 823 II BGB in Verbindung mit einem einschlägigen Schutzgesetz in Betracht kommen. Eine im Falle einer verdeckten Ausschüttung durch Geschäftsführer „typische“ Schutzgesetzverletzung ist ein (allerdings Vorsatz erfordernder) Verstoß gegen § 266 StGB, da die Stellung des GmbH-Geschäftsführers geradezu den Prototyp der dort tatbestandlich vorausgesetzten Vermögensbetreuungspflicht darstellt<sup>30</sup>. Dagegen ist § 43 GmbHG selbst kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB<sup>31</sup>.

Des weiteren kommt in besonderen Fällen auch die Haftung nach § 826 BGB in Betracht, die zwar auch reine Vermögensschäden abdeckt, bei der allerdings nicht generell bei einem gesellschaftsschädigenden Verhalten - selbst wenn es zu eigennützigen Zwecken des GmbH-Gesellschafters erfolgt - sittenwidriges Handeln im Sinne dieser Deliktisnorm unterstellt werden kann. Da die deliktischen Ansprüche, soweit sie neben § 43 GmbHG dem Grunde nach anwendbar sind, nicht im Wege der Gesetzeskonkurrenz in der spezifischen GmbH-rechtlichen Regelung aufgehen, sind insoweit auch die besonderen deliktsrechtlichen Regelungen hinsichtlich Haftungs-umfang und Verjährung anzuwenden<sup>33</sup>.

### 4. Weitere Anspruchsgrundlagen

Ein GmbH-Geschäftsführer, der zugleich Gesellschafter ist, hat auch in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Treubindungen zu beachten<sup>4</sup>. Diese Verantwortlichkeit und die im Falle einer schuldhaften Verletzung daraus resultierende Schadensersatzpflicht ist jedoch nicht „geschäftsführerspezifisch“, sondern ihre Erwähnung soll nur deutlich machen, daß auch der Gesellschafter-Geschäftsführer in seiner Rolle als besonderes Organ nicht die im übrigen aus dem gesellschaftsrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis entspringenden Treubindungen ablegen kann. Es sei für den hier interessierenden Zusammenhang lediglich darauf hingewiesen, daß spätestens seit der ITT-Entscheidung anerkannt ist, daß sich die gesellschaftsrechtlichen Treubindungen der Gesellschafter einer Komplementär-GmbH auch auf die zugehörige KG bzw. deren Gesellschafter beziehen, so daß bei Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten sowohl Ansprüche der Komplementär-GmbH als auch der KG in Betracht kommen.

### V. Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Kommanditgesellschaft

Die bisher aufgezeigten Anspruchsgrundlagen bieten der unter den Voraussetzungen der GmbH & Co. KG im Regelfall von einer Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführers mit - wenn nicht noch stärker betroffenen KG unmittelbar keinen Schutz. Vielmehr wäre sie, gäbe es keine direkte Haftungsbeziehungen zum Geschäftsführer, lediglich auf die Geltendmachung ihrer Ansprüche gegenüber der Komplementär-GmbH wegen fehlerhafter Geschäftsführung und gegebenenfalls im Wege der weiteren Rechtsverfolgung auf die Pfändung der damit im Zusammenhang stehenden dargestellten Regreßansprüche der Komplementär-GmbH gegenüber ihrem Geschäftsführer angewiesen. Der Weg einer solchen Rechtsdurchsetzung wäre beschwerlich und zeitraubend.

### 1. Ansprüche wegen Verletzung des Dienstvertrages mit der Komplementär-GmbH als Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

Die Rechtsprechung und die ihr folgende Literatur stellt auf das Anstellungsverhältnis zwischen der Komplementär-GmbH und ihrem Geschäftsführer als einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der KG ab, jedenfalls soweit die GmbH allein zur Gestellung des Komplementärs für die KG gebildet wurde<sup>36</sup>. Da dort die tatsächliche Funktion des Geschäftsführers fast ausschließlich in der mittelbaren Geschäftsführung für die KG bestehe, der wiederum die GmbH ordnungsgemäße Geschäftsführung schulde, läge es im Interesse der GmbH, daß durch die Geschäftsleitung ihres Geschäftsführers keine Schäden bei der KG einträten. Dieser Schutzzweck sei für den Geschäftsführer bei Vertragsabschluß hinreichend erkennbar. Außerdem geböte es Treu und Glauben, der KG einen Direktanspruch gegen die Geschäftsführer zu gewähren, damit die -eventuell selbst mittellose - GmbH nicht durch nachträgliche Entlastung ihrer Geschäftsführer etwaige Entschädigungsansprüche vereiteln könne. Hierbei ist es bemerkenswert, daß gerade von derjenigen Meinung im Falle der GmbH & Co. KG das dienstvertragliche Verhältnis zum GmbH-Geschäftsführer als Anknüpfungspunkt für die als notwendig empfundene Haftung herangezogen wird, welche bei der Betrachtung der einschlägigen Haftungsgrundlagen bei der GmbH selbst davon ausgeht, daß § 43 GmbHG die entsprechenden dienstvertraglichen Haftungsverpflichtungen verdränge.

### 2. Ansprüche gemäß § 43 GmbHG analog

Ein großer Teil der Literatur stimmt Direktansprüchen der KG gegenüber dem GmbH-Geschäftsführer im Ergebnis zu, stützt diese aber eher auf eine entsprechende Heranziehung des § 43 GmbHG<sup>37</sup>. Gegen den Anstellungsvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte wird unter anderem eingewandt, daß das Rechtsinstitut des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte bisher regelmäßig zur Erweiterung von - auch auf Dritte bezogenen - Nebenpflichten verwendet worden sei. Es könne aber schwerlich dazu dienen, auch die ordnungsgemäße Geschäftsführung, die ja gerade eine Hauptleistungspflicht darstelle, gegenüber einem Dritten - wie hier der Kommanditgesellschaft - zu begründen. Außerdem wird daraufhingewiesen, daß im Einzelfall ein gesonderter Dienstvertrag mit dem GmbH-Geschäftsführer ganz fehlen könne und im übrigen gerade dieses Vertragsverhältnis auch in Bezug auf die Haftungsregelungen ja gerade der Disposition der GmbH-Gesellschafter unterstehe, womit es schwerlich Anknüpfungspunkt für absolut bestehende Verpflichtungen gegenüber der KG sein könne.

Allerdings hat auch der BGH in seinen späteren Urteilen vorrangig an § 43 GmbHG zur Begründung der Direkthaftung des

30) Vgl. BGHZ 100, 190.

31) Dies ist allgemeine Meinung im Hinblick auf die Gesellschafter, vgl. nur *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, § 43 Rdn. 104 m.w.Nachw., muß aber auch im Hinblick auf die GmbH selbst gelten, da ansonsten gerade die besondere gesetzliche Ausgestaltung dieser Haftungsnorm gegenüber der allgemeinen Regelung in Verbindung mit § 823 II BGB keinen Sinn machen würde, so im Ergebnis auch *Baumhach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 43 Rdn. 4; *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 211.

32) BGH, GmbHR 1989, 365 (368).

33) BGHZ 100,190; BGH, GmbHR 1989,365 (368); *Schatz/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 208.

34) BGH, GmbHR 1989, 365; *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 208.

35) Vgl. BGHZ 65, 15.

36) BGHZ 76,326 (337 f.); BGHZ 75,321 (322 ff.); *Baumhach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 43 Rdn. 3; *Grunewald*, BB 1981, 581; *Hennerkes/Bim*, Die GmbH & Co., S. 138; *Konzen*, NJW 1989, 2984.

37) Z. B. *Eisenhardt*, Gesellschaftsrecht, Rdn. 144 a; *Hüffer*, ZGR 1981, 348 (354 ff.); *Konzen*, NJW 1989, 2977 (2984); *Schlegelberger/Mertens*, HGB, § 164 Rdn. 12; *K. Schmidt* (o. Fußn. 8), S. 1380; *Schatz/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 263 ff.; *Weimar/Geitzhaus*, DB 1987, 2026 (2032) u. 2085.

38) Vgl. *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 263 ff.

GmbH-Geschäftsführers angeknüpft<sup>39</sup>, so daß von einem echten Gegensatz heute wohl nicht mehr zu sprechen ist.

### 3. Direktes Dienstverhältnis mit der KG

Um die vorbenannten konstruktiven Probleme zu vermeiden, wird heute in der Gestaltungspraxis vielfach vorgeschlagen, daß der mit der Geschäftsführung der KG beauftragte GmbH-Geschäftsführer auch mit der KG ein unmittelbares Anstellungsverhältnis eingehen solle, aus dem dann unproblematisch entsprechende Schadensersatzansprüche abgeleitet werden könnten, wenn es zu Pflichtverletzungen des Geschäftsführers käme<sup>40</sup>. Diese Gestaltungsvariante wird allgemein als zulässig angesehen<sup>41</sup>.

Die Vorzüge einer derartigen Gestaltung sind allerdings mit einem nicht zu unterschätzenden Abstimmungsaufwand in mehrfacher Hinsicht verbunden, der in der Kautelarjurisprudenz gelegentlich unterschätzt zu werden scheint. Da der GmbH-Geschäftsführer weiterhin zugleich auch als Organ der GmbH tätig ist und insoweit sowohl der gesetzlichen Haftung gemäß § 43 GmbHG wie auch der Weisungsgebundenheit gegenüber den GmbH-Gesellschaftern (vgl. § 37 GmbHG) unterliegt, muß im Falle eines derartigen Direktanstellungsverhältnisses des GmbH-Geschäftsführers zur KG zwischen der KG und der GmbH hinreichend geregelt sein, wer und in welcher Form im Zweifelsfall letztlich zu Weisungen befugt ist.

Ansonsten könnte der Fall eintreten, daß sich der GmbH-Geschäftsführer einer an sich folgepflichtigen Weisung aus dem Kreis der GmbH-Gesellschafter ausgesetzt sieht - deren Verletzung insoweit einen Schadensersatzanspruch nach § 43 GmbHG nach sich ziehen könnte -, sich aber an der Befolgung dieser Weisung aufgrund seiner dienstrechtlichen Stellung gegenüber der KG gehindert sähe, wobei ihm insoweit gleichfalls die Sanktion der Schadensersatzpflicht drohte.

Erst recht gilt dies, wenn der Dienstvertrag hinsichtlich des objektiven Pflichtenkreises, des anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabes, der Verschuldensfrage, der Verjährung oder hinsichtlich des Haftungsumfanges besondere Regelungen enthält. Eine dort noch so ausdifferenzierte und auf die Bedürfnisse des Einzelfalls abgestellte Regelung kann gegebenenfalls leerlaufen, wenn diese nicht auf die daneben bestehende Verantwortlichkeit gem. § 43 GmbHG abgestimmt ist. Selbst wenn man bei einem GmbH-bezogenen Anstellungsverhältnis mit der Rechtsprechung von einer Verdrängung der diesbezüglichen Haftungsregelung durch § 43 GmbHG ausgeht, wird man bei einem zur KG bestehenden Anstellungsverhältnis keine Konsumtion durch § 43 GmbHG annehmen können.

### 4. Weitere Direktansprüche der KG

Eine Art „Synthese“ zwischen den Verfechtern des Anstellungsvertrages mit der GmbH als Vertrag mit Schutzwirkung für die KG und dem Vorschlag der Konstituierung eines direkten Vertragsverhältnisses zur KG stellt diejenige Meinung dar, welche auch im Falle des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung im Verhältnis zur KG annimmt, daß sich in jedem Fall unmittelbare dienstvertragsähnliche Beziehungen zwischen dem GmbH-Geschäftsführer und der KG ergäben<sup>42</sup>. Eine solche Lösung führt ebenso wie ein ausdrücklich abgeschlossener Dienstvertrag unproblematisch zur Bejahung entsprechender direkter Schadensersatzansprüche. Es ergibt sich aber ebenso wie bei einem explizit mit der KG geschlossenen Anstellungsvertrag das Problem der Synchronisation mit den daneben bestehenden organschaftlichen Verpflichtungen des GmbH-Geschäftsführers gegenüber „seiner“ GmbH<sup>43</sup>. Überdies erscheint der Einwand berechtigt, daß hier das Bestehen eines direkten dienstvertraglichen Hauptpflichtenverhältnisses zwischen GmbH-Geschäftsführer und KG kaum noch durch Auslegung konkludenter Vertragsinhalte<sup>44</sup>, sondern nur aus der Fiktion eines dahingehenden Parteiwillens aufgrund der unterstellten Interessenlage gewonnen wird.

Weiterhin können gegenüber der KG auch deliktsrechtliche Verantwortlichkeiten des GmbH-Geschäftsführers bestehen, wie sie bereits oben im unmittelbaren Verhältnis zur GmbH angesprochen wurden.

### 5. Haftungsmaßstab, Haftungseinschränkungen und -befreiungen

Problematisch ist weiterhin der Haftungsmaßstab des GmbH-Geschäftsführers, soweit er nicht wie in den Sonderfällen der deliktischen Haftung zwingend gesetzlich geregelt ist. Die bisherige, traditionell am Leitbild einer lediglich über die Rechtsstellung der Komplementär-GmbH als Gesellschafter der KG vermittelten Haftung orientierte Meinung stellte darauf ab, daß die Komplementär-GmbH gemäß § 161 II, 105 II HGB, § 708 BGB nur für die *delictia quam in suis* einzustehen hätte. Dementsprechend wurde -insoweit konsequent - auch dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH die Berufung auf diese Haftungseinschränkung ermöglicht<sup>45</sup>.

Demgegenüber wenden diejenigen Stimmen, welche ein unmittelbares organschaftliches Pflichten- und Haftungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers auch gegenüber der KG analog § 43 GmbHG bejahen, § 43 II GmbHG entsprechend an<sup>46</sup>. Ergänzend wird darauf aufmerksam gemacht, daß in dieser Konstellation - anders als bei der durch § 708 BGB vorausgesetzten Situation - die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft keinen Einfluß auf die Auswahl des GmbH-Geschäftsführers hätten, weshalb die auf dem personalistischen Gesellschaftskonzept beruhende Haftungseinschränkung hier nicht eingreifen könne<sup>47</sup>.

Eine vermittelnde Ansicht, der derzeit wohl auch die Rechtsprechung folgt, will schließlich die Frage nach dem anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab je nach den Verhältnissen im Einzelfall entscheiden, wobei im Falle einer eher personalistischen Ausrichtung § 708 BGB zur Anwendung komme, im Falle einer Publikumsgesellschaft aber der strengere Haftungsmaßstab entsprechend § 43 II GmbHG angemessen sei<sup>48</sup>.

Die Frage des anzuwendenden Haftungsmaßstabes ist eng mit der der Haftungsgrundlage verknüpft. Sieht man lediglich das Anstellungsverhältnis zur Komplementär-GmbH im Sinne eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte als Haftungsgrundlage an, so kann die daraus abgeleitete Haftung schwerlich strenger sein als die der gegenüber dem Dritten - hier der KG - unmittelbar verpflichteten Komplementär-GmbH. Der insoweit de lege lata einschlägige Haftungsmaßstab ist aber nun einmal § 708 BGB. Bei Zugrundelegung dieses Gedankenansatzes müßte dies auch für den Fall einer Publikumsgesellschaft gelten.

Erkennt man dagegen an, daß der GmbH-Geschäftsführer seine Pflichtenstellung gegenüber der KG nicht nur aus seinem

39) Vgl. BGH, WM 1981, 440 (441); WM 1980, 593; vgl. auch OLG Düsseldorf, BB 1984, 997 (1001); unentschieden BGHZ 100, 190, wo -im Verhältnis zu deliktischen Ansprüchen - sowohl auf das Anstellungsverhältnis als Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte als auch auf eine Analogie zu § 43 GmbHG abgestellt wird.

40) Vgl. z. B. *Hesselmann/Tillmann* (o. Fußn. 9), Rdn. 278, die im übrigen darauf hinweisen, daß mit einer derartigen Konstruktion auch z. B. die Vergütungsfrage einfacher als durch den Umweg des Aufwendersatzes im Verhältnis zwischen Komplementär-GmbH & KG zu lösen sei.

41) BGHZ 75, 321 (322); BGH, LM HGB, § 109 Nr. 7 zu II 2 a); *Fleck*, ZHR 149 (1985), 387 (388 ff.); *Schold/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 261.

42) Vgl. *Hesselmann/Tillmann* (o. Fußn. 9), Rdn. 278 u. 288; auch *Hüffner*, ZGR 1981, 348 (358 f.), der allerdings eine Lösung des Problems auf organschaftlicher Grundlage präferiert.

43) Vgl. *Hesselmann/Tillmann*, aaO.

44) So aber *Hesselmann/Tillmann* (o. Fußn. 9), Rdn. 288, die diese selbständige Vertragsbeziehung konkludent aus dem Geschäftsführervertrag und GmbH & Co.-Gesellschaftsvertrag entnehmen wollen.

45) *Hesselmann* (o. Fußn. 9), Rdn. 162, 168; *Herschel*, DB 1967, 2202; *K. Müller*, GmbHR 1972, 22.

46) Z. B. *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, § 43 Rdn. 55; *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 267 ff.

47) *Schatz/Schneider*, aaO.

48) BGHZ 1975, S. 321, 327 f.; 1976, 326, 327 f.; *Schlegelberger/Mertens*, HGB, § 164 Rdn. 13; *Hüffner*, ZGR 1981, 348 (362 f.); U. H. *Schneider*, ZGR 1978, 1 (31 f.).

Anstellungsverhältnis zur GmbH ableitet, sondern unmittelbar aus der organschaftlichen Verantwortlichkeit (auch) gegenüber der KG, so ist für etwaige Haftungsbeschränkungen, die nur die gesellschaftsrechtliche Ebene zwischen der KG und ihrer Komplementär-GmbH betreffen, grundsätzlich kein Raum. Vielmehr gilt § 43 II GmbHG. Sollten zur Entlastung des GmbH-Geschäftsführers dabei haftungseinschränkende Regelungen gegenüber der KG gewollt sein, so ist entsprechend den oben aufgezeigten Möglichkeiten sowohl im Rahmen der Satzung als auch im Falle eines direkten Anstellungsvertrages zwischen der KG und dem GmbH-Geschäftsführer hierzu die Möglichkeit gegeben.

Es erscheint allerdings insoweit der Einwand naheliegend, daß gerade in der Publikums-Kommanditgesellschaft die (Nur-)Kommanditisten regelmäßig keinen Einfluß darauf hätten, ob in der Satzung der Komplementär-GmbH entsprechende Haftungserleichterungen zugunsten des Geschäftsführers enthalten seien. Dem stehen jedoch zwei Argumente entgegen. Zunächst wäre eine solche Haftungseinschränkung darstellungs- und prospektpflichtig, so daß sie gegenüber den beitretenden (Publikums-)Kommanditisten vor ihrer Beitrittsentscheidung offengelegt werden müßte bzw. eine spätere Haftungseinschränkung gegenüber der KG und den Kommanditisten - die nicht bereits prospektiert worden war - unwirksam sein dürfte.

Des weiteren muß die konsequente Fortentwicklung der unmittelbaren Organhaftung analog § 43 GmbHG gegenüber der Kommanditgesellschaft dazu führen, daß im Statut der GmbH niedergelegte Haftungsbeschränkungen nur die organschaftliche Stellung gegenüber der Komplementär-GmbH selbst betreffen können, wohingegen das daneben (auch) bestehende Organschaftsverhältnis zur KG allein durch solche Regelungen nicht betroffen werden kann<sup>49</sup>. Soll eine haftungsbeschränkende Regelung - wozu durchaus ein vernünftiges praktisches Bedürfnis bestehen kann - auch gegenüber der Kommanditgesellschaft gelten, so ist es erforderlich, eine entsprechende Satzungsbestimmung auch im KG-Gesellschaftsvertrag aufzunehmen bzw. eine solche Regelung im späteren Verlauf der Gesellschaft durch die Kommanditisten/Treugeber beschließen bzw. von diesen genehmigen zu lassen.

Für die vergleichbare Problematik nachträglicher Haftungsverzichte im Einzelfall oder bei sogenannten Generalvereinbarungen gilt ähnliches. Leitet man die Haftung des GmbH-Geschäftsführers unmittelbar aus dem (auch) gegenüber der KG bestehenden Organschaftsverhältnis gemäß § 43 GmbHG ab, so ist offensichtlich, daß nachträgliche Haftungsbeschränkungen oder Verzichte nur dann gegenüber der originär berechtigten KG wirksam sein können, wenn sie durch deren Gesellschafterversammlung beschlossen oder zumindest genehmigt worden sind.

## VI. Haftung gegenüber den Kommanditisten/Treugebern unmittelbar

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß sich aus § 43 GmbHG keine Anspruchsberechtigung der GmbH-Gesellschafter selbst ergibt. Das gleiche gilt konsequenterweise auch bei der analogen Anwendung von § 43 GmbHG im Hinblick auf die Kommanditgesellschaft bzw. die Kommanditisten/ Treugebern. Desweiteren ist auch § 43 GmbHG in Verbindung mit § 823 II BGB kein Schutzgesetz zugunsten Dritter, so daß sich weder aus der unmittelbaren Anwendung von § 43 GmbHG im Verhältnis zur Komplementär-GmbH noch aus der analogen Anwendung von § 43 GmbHG im Verhältnis zur Kommanditgesellschaft unmittelbare Ansprüche der Kommanditisten i. V. m. § 823 II BGB herleiten lassen.

Auch der dienstrechtliche Anstellungsvertrag zur GmbH wird - unabhängig vom Meinungsstand hinsichtlich der Schutzwirkung für die KG - nicht als Vertrag mit Schutzwirkung für

Dritte im Hinblick auf die Kommanditisten angesehen<sup>50</sup>. Dies erscheint auch sachgerecht, da einerseits wohl der Rechtsgedanke des § 328 (analog) BGB gerade im Hinblick auf den überschaubaren drittgeschützten Personenkreis überstrapaziert würde, wenn insbesondere in der Publikums-Gesellschaft eine konkludente Verpflichtung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber allen Gesellschaftern persönlich statuiert würde, zum anderen würde dies auch dem Grundsatz des primären Schadensausgleichs auf der Gesellschaftsebene bei Gesellschaften mit limitiertem Haftkapital widersprechen<sup>51</sup>.

Demgegenüber sind die allgemeinen deliktsrechtlichen Ansprüche grundsätzlich auch im Verhältnis zwischen dem GmbH-Geschäftsführer und einzelnen Kommanditisten/Treugebern einschlägig. Auch hier dürften allerdings wiederum selten die jeweils notwendigen tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sein, da die durch eine Schädigung des Vermögens der Kommanditgesellschaft auch beim Kommanditisten vermittelte Beeinträchtigung seines Vermögens wiederum einen von § 823 I BGB grundsätzlich nicht umfaßten reinen Vermögensschaden hervorruft. § 823 II BGB in Verbindung mit den §§ 263 und 266 StGB wird im Verhältnis zu einzelnen Gesellschaftern nur im Ausnahmefall eingreifen.

Einigkeit besteht aber insoweit, daß jedenfalls ein vorheriger Beschluß gem. § 46 Nr. 8 GmbHG innerhalb der Komplementär-GmbH nicht Voraussetzung für die Geltendmachung der direkten Schadensersatzansprüche der KG ist<sup>52</sup>. Desweiteren wird unter Berufung auf das ITT-Urteil<sup>53</sup> darauf hingewiesen, daß sich bei der KG selbst die sich weigernden Mitgesellschafter gegenüber den übrigen Kommanditisten schadensersatzpflichtig wegen einem Verstoß gegen ihre Treuepflicht machen würden, wenn sie nicht bei der Durchsetzung der Direktansprüche der KG gegenüber dem GmbH-Geschäftsführer mitwirken würden<sup>54</sup>.

In Fortentwicklung der Rechtsgedanken der ITT-Entscheidung und der inzwischen anerkannten Grundsätze der *actio pro socio* erscheint es dann nur folgerichtig, den Kommanditisten im Falle der pflichtwidrigen Behinderung der Durchsetzung der Ansprüche gegenüber dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH zugunsten der KG als solcher (!) im Rahmen einer „*actio pro societate*“ auch das Recht zuzubilligen, notfalls direkt gegenüber dem GmbH-Geschäftsführer die Ansprüche der betroffenen Kommanditgesellschaft auf Ausgleich gegenüber dieser geltend zu machen.

## VII. Haftung des sogenannten „faktischen Geschäftsführers“

Inzwischen ist für das GmbH-Recht anerkannt, daß auch der sogenannte faktische Geschäftsführer der Verantwortlichkeit nach § 43 GmbHG unterliegt, wenn dieser entweder selbst die Geschäfte tatsächlich „wie ein Geschäftsführer“ führt oder sie durch den organschaftlichen Geschäftsführer als einen „Strohmann“ führen läßt<sup>55</sup>. Entsprechendes muß auch unter den Voraussetzungen einer analogen Haftung gemäß

49) Vgl. für den Fall von Weisungen *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 268, unter Berufung auf BGH, WM 1980, 593.

50) *Baumbach/Zöllner*, § 43 GmbHG, Rdn. 2; *Hesselmann/Tillmann* (o. Fußn. 9), Rdn. 297; *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 213; differenzierend *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, § 43 Rdn. 110, der allerdings zutreffend darauf hinweist, daß die GmbH-rechtliche Haftungskanalisation im Hinblick auf das Gesellschaftsvermögen eine solche Konstruktion als nur im Ausnahmefall erwägenswert erscheinen läßt.

51) A.A. offensichtlich OLG Hamm, GmbHR 1991, 426.

52) BGHZ 76, 326 (337); *Rowedder/Kopensteiner*, GmbHG, § 43 Rdn. 53; *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 266.

53) BGHZ 65, 15.

54) Vgl. *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, § 43 Rdn. 101 f.

55) Vgl. BGHZ 25, 47; *Hüffer*, ZGR 1981, 348 (358).

56) BGHZ 104, 44 (46 f.) in ausdrücklicher Abkehrung von seiner früheren einschränkenden Rechtsprechung; vgl. auch OLG Düsseldorf, BB 1984, 997 (1001 f.); *Hachenburg/Schneider*, GmbHG, § 43 Rdn. 15; *Hesselmann/Tillmann* (o. Fußn. 9), Rdn. 298; *Roth*, ZGR 1989, 421 (422 ff.).

§ 43 GmbHG im Hinblick auf die Verantwortlichkeit gegenüber der KG gelten<sup>57</sup>, insbesondere nachdem inzwischen in einer jüngeren Entscheidung des BGH die Rechtsfigur des faktischen Geschäftsführers auch bei der GmbH & Co. anerkannt worden ist<sup>58</sup>.

Dies bedeutet, daß die tatsächlich für die Geschäftsführung der GmbH & Co. KG verantwortlichen Personen im gleichen Umfang wie die formell bestellten Geschäftsführer haften, wenn sie faktisch deren Funktion ausüben. Die Initiatoren von Publikumsgesellschaften, welche oft sachlich und wirtschaftlich von ihnen abhängige Personen als Fremdgeschäftsführer der Komplementär-GmbH „vorschieben“, können daher nicht damit rechnen, daß sich im Falle einer pflichtwidrigen Geschäftsführungsmaßnahme die Haftung auf diese Personen als eine Art „Bauernopfer“ beschränkt. Im Einzelfall kann sogar die Haftung des faktischen Geschäftsführers strenger als die des formellen Geschäftsführers sein, da im Zweifel gegenüber letzterem im wirksamen Rahmen vereinbarte Haftungsbeschränkungen nicht auch als „drittschützend“ gegenüber dem faktischen Geschäftsführer von der Rechtsprechung ausgelegt werden dürften.

### VIII. Zusammenfassung

1. Verdeckte Ausschüttungen liegen immer dann vor, wenn geldwerte Vorteile - in welcher Form auch immer - zugunsten der (Gründungs-)Gesellschafter und Initiatoren bzw. diesen nahestehenden Personen außerhalb der förmlichen Gewinnverteilung der Gesellschaft ohne angemessene Gegenleistung abfließen. Bei der Haftung der hieran beteiligten GmbH-Geschäftsführer ist ein schuldhaftes Handeln zu vermuten, da die verdeckte Ausschüttung bereits tatbestandlich einen außerhalb des dem Geschäftsführer zuzubilligenden Entscheidungsspielraums liegenden Vermögensnachteil für die Gesellschaft voraussetzt. Soweit eine - nur in Ausnahmefällen denkbare - Exculpation nicht gelingt, sind die GmbH und ihre Geschäftsführer zum Ersatz des der Gesellschaft entstandenen Schadens verpflichtet. Dies gilt sowohl bei Auszahlung aus dem GmbH-

auch aus dem KG-Vermögen. Entsteht eine Haftungsverantwortung der GmbH gegenüber der KG, stellt dies einen Schaden dar, für den der GmbH-Geschäftsführer im Innenverhältnis zur Komplementär-GmbH unter den gleichen Voraussetzungen wie im Falle einer unmittelbaren Schädigung der GmbH verantwortlich ist. Neben der Haftung des Geschäftsführers gemäß § 43 GmbHG ist in den meisten Fällen auch eine positive Vertragsverletzung des daneben bestehenden Anstellungsverhältnisses zur GmbH gegeben. Beide Anspruchgrundlagen stehen nicht in einem Vorrangverhältnis, sondern es ist vielmehr von Anspruchgrundlagenkonkurrenz auszugehen.

2. Der GmbH-Geschäftsführer haftet gegenüber der Kommanditgesellschaft, nicht aber den einzelnen Kommanditisten/Treugebern selbst, unmittelbar aufgrund analoger Anwendung des § 43 GmbHG. Die Legitimation dieser Analogie folgt aus der durch die Verantwortlichkeit der Komplementär-GmbH gegenüber der KG mitgeprägten Organstellung. Soweit ein Anstellungsvertrag zwischen dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und der KG geschlossen worden ist, können daneben Haftungsansprüche aus diesem Vertragsverhältnis unmittelbar zur KG bestehen. Weiterhin kommen deliktische Ansprüche aufgrund der allgemeinen Deliktstatbestände, gegebenenfalls in Verbindung mit einschlägigen Strafnormen, in Betracht.

3. Für Haftungsbeschränkungen, Haftungsbefreiungen, Haftungsverzichte und das Handeln auf Weisung gelten im Verhältnis zur KG grundsätzlich die gleichen Regeln, wie im Verhältnis zur GmbH. Soweit Haftungsansprüche der KG in Rede stehen, kann sich der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH jedoch auf einen etwaigen Haftungsdispens in einer der vorgenannten Formen nur dann berufen, wenn ihm dieser auch von der Gesellschafterversammlung der KG oder einem von ihr ordnungsgemäß beauftragten Organ erteilt wurde.

57) Vgl. BGHZ 104, 44 (46), im Hinblick auf die allerdings ausdrücklich gesetzlich drittbezogenen Pflichten nach §§ 130 a, 177 a HGB.

58) BGH, WiB 1995, 424 (Jäger).

## Die gemeinnützige Stiftung als Kommanditistin - Gestaltungsalternativen für eine abgestimmte Unternehmensnachfolge

Von Rechtsanwalt Steuerberater Otto Körte, Oldenburg/Oldbg. \*

*Die zum Vermögensübergang auf die nächste Generation anstehenden Werte nehmen jährlich zu. Potentielle Erblasser, die Betriebsvermögen hinterlassen, sind derzeit verunsichert, da die Reaktion des Gesetzgebers auf die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts von Juni 1995 bezüglich der Erbschaftsteuer und Vermögensteuer und der Neufestsetzung der Einheitswerte noch nicht endgültig feststeht. Selbst wenn im Rahmen des Jahressteuergesetzes 1997 eine erbschaftsteuerliche Entlastung für übergehendes Betriebsvermögen durch*

*Anhebung der Freibeträge oder Verminderung der Bemessungsgrundlage gesetzlich verankert werden sollte, wird sich diese Entlastung in vielen Fällen als marginal darstellen. Der auf den Fortbestand des Unternehmens bedachte Erblasser sollte daher überlegen, wie eine dauerhafte, gleichwohl flexible Unternehmensnachfolge, verbunden mit einkommen- und erbschaftsteuerlichen Vorteilen zu gestalten ist. Zu diesem Zweck kann es sich anbieten, eine gemeinnützige Stiftung einzubilden.*

### I. Einleitung

Speziell unter dem Gesichtspunkt der Unternehmensfinanzierung ist dargelegt worden \ daß eine Stiftung zwar Kommanditistin wird, in ihren mitunternehmerischen Rechten jedoch derart beschränkt bleibt, daß keine steuerpflichtigen Einkünfte im Sinne des § 15 I Nr. 2 EStG erzielt werden. Aus der sich daraus ergebenden fehlenden Steuerbelastung, verbunden mit einer Rücklagendotierung auf der Ebene der Stiftung, soll ein Optimierungseffekt für die Unternehmensfinanzierung erreicht werden. Nachfolgend wird dargestellt, daß es unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenskontinuität gesellschafts-

rechtlich und erbrechtlich sinnvoller, gleichzeitig ertrag- und erbschaftsteuerlich jedoch nicht überwiegend nachteilig ist, wenn die als Kommanditistin beteiligte Stiftung nicht nur ihre vollen mitunternehmerischen Rechte im Sinne des § 15 EStG erhält, sondern darüber hinaus entsprechend den Wünschen des Erblassers mit individuellen Sonderrechten ausgestattet werden kann, die dem jeweiligen Unternehmensgegenstand,

\* Der Autor ist Partner der Sozietät peitsch. Körte, Dierkes, Blanke et coll.

1) Roll/Grochut, WiB 1995, 743.