

Rolle und Verantwortung von Geschäftsführern einer GmbH oder UG / Role and Responsibility of the Managing Directors of a GmbH or UG

Wichtiger Hinweis: Die in dieser Erläuterung dargestellten (rechtlichen) Aspekte dienen nur der allgemeinen Information, sind nicht abschließend und können eine umfassende rechtliche, steuerrechtliche oder sonstige Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.

1. Grundlagen und Rolle des Geschäftsführers

Eine GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) (nachfolgend der Einfachheit halber die "**Gesellschaft**") hat grundsätzlich zwei Organe: (i) die Gesellschafterversammlung und (ii) die Geschäftsführung (bei Start-ups mit institutionellen Investoren kommt meist noch ein Beirat (*Advisory Board*) dazu, dem bestimmte Rechte der Gesellschafterversammlung, insbesondere Kontrollrechte übertragen werden (dabei kann der Beirat als Gesellschaftsorgan oder rein vertraglich ausgestaltet sein). Der Gesellschafterversammlung gehören alle Gesellschafter¹ der Gesellschaft an. Da den Gesellschaftern die Gesellschaft "gehört", stellt die Gesellschafterversammlung das höchste Organ der Gesellschaft dar und trifft grundlegende Entscheidungen. Für das operative Geschäft und die Vertretung der Gesellschaft nach außen ist sie hingegen nicht zuständig. Dazu ernennt und entlässt sie einen oder mehrere Geschäftsführer. Der oder die Geschäftsführer bilden die Geschäftsführung.

Die Geschäftsführer sollen die Gesellschaft im Auftrag und zugunsten der Gesellschafter führen

Important Notice: The (legal) concepts and aspects outlined in this memorandum are provided for general information purposes only; they are not exhaustive, and cannot substitute comprehensive legal, tax and other advice in the individual case.

1. Introduction and the Role of the Managing Director

A German Limited Liability Company (*GmbH*) or an Entrepreneurial Company with Limited Liability (*UG (haftungsbeschränkt)*) (hereinafter together simply referred to as the "**Company**") has two mandatory corporate bodies: (i) the shareholders' meeting (*Gesellschafterversammlung*) and (ii) the management board (*Geschäftsführung*) (in case of start-ups with institutional investors, there is usually also a third voluntary corporate body called "advisory board" (*Beirat*) to which certain rights of the shareholders' meeting, in particular control rights, are transferred whereas the advisory board may not qualify as corporate body but rather as a body contractually agreed in certain cases). All shareholders of the Company belong to and together establish the shareholders' meeting. Since the shareholders "own" the Company, the shareholders' meeting is the highest corporate body of the Company and is responsible for fundamental decisions. However, it is not responsible for the operational business and the representation of the Company to the outside world. For this purpose, it appoints and dismisses one or more managing directors. The managing director(s) (together) form(s) the management board.

The managing directors shall manage the Company on behalf and for the benefit of the

¹ Wir verwenden in dieser Darstellung aus Gründen der besseren Lesbarkeit einheitlich die maskuline Form, welche alle Geschlechter einbeziehen soll.

und sind deswegen gegenüber der Gesellschaft dazu verpflichtet, sich an die Beschränkungen des Gesellschaftsvertrags und die Weisungen der Gesellschaftsversammlung zu halten (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Dies hat allerdings keine Außenwirkung (§ 37 Abs. 2 GmbHG). Das bedeutet, dass ein Geschäftsführer z.B. im Namen der Gesellschaft mit einem Dritten einen für die Gesellschaft wirksamen Vertrag schließen kann, obwohl die Gesellschafterversammlung dem zuvor ausdrücklich widersprochen hat oder vor Vertragsschluss die Zustimmung z.B. der Gesellschafterversammlung hätte eingeholt werden müssen (das "Können" im Außenverhältnis ist nicht notwendigerweise Deckungsgleich mit dem "Dürfen" im Innenverhältnis). Hintergrund ist, dass sich Dritte auf die Vertretungsmacht eines Geschäftsführers verlassen können sollen, ohne bei jedem Rechtsgeschäft nachforschen zu müssen, ob dieser Geschäftsführer jenes Geschäft auch abschließen darf. Die einzige Möglichkeit der Gesellschafterversammlung, die Vertretungsmacht eines Geschäftsführers auch nach außen zu beschränken, ist, eine sog. 'Gesamtvertretung' zu bestimmen und im Handelsregister eintragen zu lassen. Anders als beim Gegenstück (der sog. 'Einzelvertretung') können dann z.B. nur zwei Geschäftsführer oder ein Geschäftsführer und ein Prokurist gemeinsam die Gesellschaft vertreten.

Damit kommt Geschäftsführern eine zentrale Bedeutung in Gesellschaften zu, mit der auch eine Reihe von Pflichten einhergehen. Diese Pflichten können sich zum einen aus dem Geschäftsführerdienstvertrag des Geschäftsführers mit der Gesellschaft (wenn es denn einen solchen gibt, was nicht zwingend ist) ergeben (sog. "**Anstellungsverhältnis**"). Welche Pflichten im Anstellungsverhältnis vereinbart werden, ist

shareholders and are therefore obliged *vis-à-vis* the Company to comply with the restrictions of the Company's articles of association and the instructions of the shareholders' meeting (sec. 37 para 1 Limited Liability Companies Act – "**GmbHG**"). However, this has no external effect (*Außenwirkung*) (sec. 37 para. 2 GmbHG). This means that a managing director can, for example, conclude a contract on behalf of the Company with a third party that is binding on the Company, even though the shareholders' meeting has expressly rejected such contract or the conclusion of a contract would have required the prior consent by the shareholders' meeting (the "ability" in the external relationship is not necessarily congruent with the "allowance" in the internal relationship). The reason for this is that third parties should be able to rely on a managing director's power of representation without having to inquire for each legal transaction whether the respective managing director is actually allowed to enter into that transaction. The only possibility for the shareholders' meeting to limit a managing director's power of representation, even externally, is to implement a so-called 'joint representation' (*Gesamtvertretung*) and have it registered with the Company's commercial register (*Handelsregister*). In contrast to the counterpart (the so-called 'sole representation' (*Einzelvertretung*)), only two managing directors or one managing director together with one authorized signatory (*Prokurist*) can then jointly represent the Company.

This gives managing directors a central role within Companies, which also comes in hand with a number of duties. On the one hand, these duties can arise from the managing director's service contract (*Geschäftsführerdienstvertrag*) with the Company (if such a contract exists, which is not mandatory, *i.e.*, someone can be a managing director of a Company without also having entered into a service contract with that Company) (so-called "**Service Relationship**" (*Anstellungsvertrag*)). Which duties are agreed in the Service

einzelfallabhängig und kann daher hier nicht abstrakt behandelt werden.

Zum anderen können sich Pflichten von Geschäftsführern aus ihrer sog. "**Organstellung**" als Mitglied der Geschäftsführung der Gesellschaft ergeben. Diese Pflichten sind grundsätzlich unabhängig von dem Anstellungsverhältnis und werden maßgeblich vom Gesetz bestimmt. Sie gelten daher allgemein für alle Geschäftsführer. Die sich aus der Organstellung für Geschäftsführer ergebenden Pflichten werden im Folgenden näher beleuchtet. Dabei wird zunächst auf Pflichten gegenüber der Gesellschaft (siehe dazu Ziffer 2) und anschließend auf Pflichten gegenüber Dritten (siehe dazu Ziffer 3) eingegangen.

2. Haftung und Pflichten aus der Organstellung gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung)

2.1 Pflicht zum Handeln mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 Abs. 1 GmbHG)

Die Pflicht zum Handeln mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ist eine Generalklausel und umfasst eine Reihe von (Unter-)Pflichten. Dazu gehören:

- **Geschäftsführung innerhalb der Vorschriften** aus Gesetz, Gesellschaftsvertrag, Gesellschafterweisungen und, soweit vorhanden, einer für die Geschäftsführung erlassenen Geschäftsordnung (bei von institutionellen Investoren finanzierten Start-ups sind solche Geschäftsordnungen Standard und legen insbesondere fest, welche Geschäfte vorab der Gesellschafterversammlung oder (so der Regelfall) dem Beirat vorzulegen sind);
- **Schadensabwendungspflicht**, d. h. etwa die Pflicht zur Bonitätsprüfung von Vertragspartnern, das Einfordern von Sicherheiten

Relationship depends on the individual case and can therefore not be dealt with here in abstract terms.

On the other hand, duties of managing directors also arise from their membership of the management board as a corporate body; this is the so-called "**Organ Position**" (*Organstellung*). These duties are in principle independent of the Service Relationship and are largely determined by statutory law. They therefore apply universally to all managing directors. The duties arising from the Organ Position are presented in more detail below. Hereby, duties towards the Company (see Section. 2) are dealt with first, followed by a brief presentation of some duties owed by the managing director towards third parties outside the Company (see Section 3).

2. Liability and Duties Arising from the Organ Position vis-à-vis the Company (Internal Liability – Innenhaftung)

2.1 Duty to act with the diligence of a prudent businessperson (sec. 43 para. 1 GmbHG)

The duty to act with the care of a prudent businessperson is a general / umbrella duty and the legislator and German courts have established a number of (sub-)duties hereunder. These include:

- **Managing the Company in compliance with** the law, articles of association, shareholders' instructions and, if available, rules of procedure issued for the management (in the case of start-ups financed by institutional investors, such rules of procedure are standard and specify in particular which transactions of the management board require prior approval by the shareholders' meeting or (more common in such start-ups) the advisory board);
- **Duty to prevent harms to the Company**, i.e., for example the duty to check the creditworthiness of contractual partners, to

bei Lieferung auf Kredit, die Sicherung der Bezahlung und die Versicherung gegen existenzbedrohende Risiken;

- **Überwachung und Vermeidung von Risiken** für die Gesellschaft, d. h. etwa die Pflicht zur Einrichtung von 'Überwachungssystemen', Berichtssystemen oder dem Vier-Augen-Prinzip und das Abwälzen von Risiken auf Dritte (z.B. Berater oder Versicherungen);
- **Befolgung von Weisungen der Gesellschafterversammlung**, wobei Weisungen nicht befolgt werden dürfen, die gegen das Gesetz, den Gesellschaftsvertrag oder die guten Sitten verstoßen. Befolgt der Geschäftsführer eine zulässige Weisung, kann ihn die Gesellschaft dafür nicht haftbar machen und
- **Anmeldung zum Handelsregister** von Gründung und Kapitalmaßnahmen (Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung).

2.2 Pflicht zur Erhaltung des Stammkapitals (§ 43 Abs. 3 und § 30 GmbHG)

Die Pflicht zur Erhaltung des Stammkapitals dient dem Schutz der Gläubiger der Gesellschaft. Da die Haftung einer GmbH / UG auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist, soll den Gläubigern der Gesellschaft wenigstens das Stammkapital als Haftungsfonds erhalten bleiben. Aus diesem Grunde – weil die Pflicht zur Erhaltung des Stammkapitals *Dritte* schützen will – können die Gesellschafter die Geschäftsführer von dieser Pflicht auch nicht entbinden.

Die Folge dieser Pflicht ist das sog. "**Auszahlungsverbot**": Das Vermögen, das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich ist, darf nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Auszahlungen sind danach nur zulässig, solange das Reinvermögen der Gesellschaft (= Summe der Aktiva - Fremdkapital + Rückstellungen) größer ist als die ausgewiesene Stammkapitalziffer. Von

demand collateral in case of delivery on credit, to secure payment and to insure against risks threatening the existence of the Company;

- **Monitoring and avoiding risks** for the Company, *i.e.*, for example the duty to set up monitoring and control systems, reporting systems or the four-eyes principle and 'passing on risks' to third parties (*e.g.*, consultants or insurance companies);
- **Compliance with the instructions of the shareholders' meeting**, whereby instructions that are contrary to law, the articles of association or morality may not be followed. If a managing director follows a lawful instruction, the Company cannot hold him or her liable for it and
- **Registration in the commercial register** of incorporation and capital measures (capital increase, capital decrease).

2.2 Duty to Maintain the Company's Share Capital (sec. 43 para 3 and sec. 30 GmbHG)

The duty to preserve the share capital is meant to protect the company's creditors. Since the liability of a GmbH / UG is limited to the company's assets, the company's creditors should at least retain the share capital as a 'liability fund'. For this reason – because the duty to maintain the share capital serves third parties' interests – the shareholders cannot release the managing directors from this duty.

The consequence of this duty is the so-called "**Disbursement Prohibition**" (*Auszahlungsverbot*): the assets required to maintain the share capital may not be disbursed to the shareholders. Accordingly, disbursements are only permissible as long as the net assets of the Company (= sum of assets – debt + provisions) are greater than the share capital figure recorded for such

dem Auszahlungsverbot sind nicht nur tatsächliche Zahlungsvorgänge, sondern auch andere Geschäfte zwischen der Gesellschaft und Gesellschaftern erfasst, die zu Lasten des Stammkapitals gehen (z.B. die Gewährung von Darlehen von der Gesellschaft an die Gesellschafter oder der Abschluss von Verträgen zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern nur zu marktunüblichen Konditionen – 'at arm's length').

Das Auszahlungsverbot gilt ausnahmsweise nicht für (i) Leistungen, die im Rahmen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 AktG) erfolgen (das ist bei Start-ups aber *de facto* nie der Fall), (ii) Leistungen, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind, und (iii) die Rückgewähr eines Darlehens eines Gesellschafters an die Gesellschaft oder Leistungen, die der Rückgewähr eines solchen Darlehens wirtschaftlich entsprechen.

Verstößt ein Geschäftsführer gegen seine Pflicht zur Erhaltung des Stammkapitals, muss er der Gesellschaft die entgegen dem Auszahlungsverbot geleisteten Zahlungen persönlich erstatten.

2.3 Pflicht zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft (§ 15b Abs. 1 InsO)

Tritt die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ein oder wird ihre Überschuldung festgestellt, sind die Geschäftsführer grundsätzlich verpflichtet, keine Zahlungen mehr im Namen der Gesellschaft zu leisten bzw. zuzulassen. Da die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt insolvenzreif ist, soll das verbliebene Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung der Gläubiger nach den gesetzlichen Vorschriften gesichert werden. So wie die Pflicht zur Erhaltung des Stammkapitals (siehe Ziffer 2.2 oben) hat also auch diese Pflicht den Schutz der Gläubiger im Blick.

Company (note that the minimum capital for a GmbH is EUR 25,000.00). The Disbursement Prohibition covers not only actual payment transactions, but also other transactions between the Company and its shareholders that impair the share capital (e.g., the granting of loans from the Company to the shareholders or the conclusion of contracts between the Company and the shareholders only at conditions that are not customary in the market – 'at arm's length').

Exceptionally, the Disbursement Prohibition does not apply to (i) payments made under a control or profit and loss transfer agreement (sec. 291 German Stock Corporation Act ("**AktG**")) (but this is *de facto* never the case for start-ups), (ii) payments fully covered by a corresponding performance claim or restitution claim against the shareholder, and (iii) the restitution of a shareholder's loan to the Company or payments that economically correspond to the restitution of such a loan.

If a managing director breaches his or her duty to maintain the share capital, he or she must personally reimburse the Company for payments made in breach of the Disbursement Prohibition.

2.3 Duty to Preserve the Company's Assets in Case of Insolvency (sec. 15b para. 1 German Insolvency Act)

If the Company becomes illiquid or its over-indebtedness is established, the managing directors are in principle obliged to no longer make or permit any payments on behalf of the Company. Since the Company is due for Insolvency at this point, its remaining assets are to be secured to satisfy the creditors in accordance with the statutory provisions. Like the duty to preserve the share capital (see Section 2.2 above), this duty also seeks to protect the Company's creditors.

"Zahlungen" sind dabei nicht nur Geldleistungen, sondern alle Leistungen, welche die verteilungsfähige Vermögensmasse mindern (z.B. auch der Verkauf von Vermögensgegenständen, die Zulassung von Zahlungen auf debitorische Konten oder die Bestellung von Sicherheiten).

Die **"Zahlungsunfähigkeit"** der Gesellschaft tritt ein, wenn sie nicht in der Lage ist, ihre fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Das ist noch nicht der Fall, wenn der Zeitraum noch nicht überschritten ist, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die erforderlichen Geldmittel für die Deckung einer Liquiditätslücke von unter 10 % zu beschaffen (sog. 'Zahlungsstockung', maximal drei Wochen).

Die **"Überschuldung"** der Gesellschaft liegt vor, wenn ihr Vermögen die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt (sog. 'rechnerische Überschuldung', zu prüfen anhand einer Überschuldungsbilanz), es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich (Fortführungsprognose für – grundsätzlich – das laufende und das nächste Geschäftsjahr). Eine sich aus der Handelsbilanz ergebende Überschuldung hat Indizwirkung für eine Überschuldung im Sinne der Insolvenzordnung.

Ausnahmsweise trotz Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zulässige Zahlungen sind solche, 'die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind' (§ 15b Abs. 1 S. 2 InsO). Das sind insbesondere Zahlungen, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen, z.B. die Begleichung von laufenden Wasser-, Strom-, Heiz-, Lohn-, Miet- oder Steuerschulden.

Verstößt der Geschäftsführer gegen seine Pflicht zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der

"Payments" are not only monetary payments, but all payments that reduce the distributable assets (e.g., also the sale of assets, the admission of payments to debit accounts or the provision of securities/collaterals).

A Company is **"illiquid"** when it is unable to meet its payment obligations as they fall due. This is only the case after the time period has lapsed during which a creditworthy person is able to obtain the funds required to cover a liquidity gap of less than 10% (so-called 'payment stagnation', provided that the maximum time period is three weeks).

A Company is **"over-indebted"** when its assets no longer cover the existing liabilities (so-called 'arithmetical over-indebtedness', to be checked on the basis of an over-indebtedness balance sheet), unless the continuation of the Company is predominantly probable based on the specific circumstances of the case at hand (continuation forecast for – in principle – the current and the next fiscal year). If the Company's balance sheet shows an over-indebtedness (negative equity capital figure), this is indicative (but not necessary conclusive evidence) for over-indebtedness within the meaning of the German Insolvency Code ("**InsO**").

Exceptionally admissible payments despite illiquidity or over-indebtedness are those 'which are consistent with the diligence of a prudent and conscientious businessperson (sec. 15b para. 1 sentence 2 InsO). These are in particular payments to maintain business operations, e.g., the settlement of current water, electricity, heating, wage, rent or tax liabilities.

If the managing director breaches his or her duty to preserve the Company's assets after the Company becomes illiquid or over-indebted, he or she

Gesellschaft, muss er der Gesellschaft die geleisteten Zahlungen persönlich erstatten.

2.4 Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung der Gesellschaft (§ 41 GmbHG)

Die Geschäftsführer sind verpflichtet, den Jahresabschluss und Lagebericht der Gesellschaft unverzüglich nach Aufstellung den Gesellschaftern zum Zwecke der Feststellung vorzulegen (§ 42a GmbHG). Ist der Jahresabschluss durch einen Abschlussprüfer zu prüfen (dies kann von Gesetzes wegen erforderlich sein, wenn die Gesellschaft eine bestimmte Größe erreicht hat; manche Investoren verlangen auch generell aus internen Compliance Gründen eine Prüfung der Abschlüsse aller ihrer Portfoliogesellschaften), haben die Geschäftsführer den geprüften Jahresabschluss zusammen mit dem Lagebericht und dem Prüfungsbericht unverzüglich vorzulegen.

2.5 Treuepflichten

Es ist den Geschäftsführern verboten, ihre Organstellung aus eigennützigen Gründen zum Nachteil der Gesellschaft auszunutzen (insbesondere unberechtigte persönliche Bereicherung oder die Bereicherung Dritter aus Gesellschaftsmitteln). Weiterhin trifft sie ein Wettbewerbsverbot während der Amtszeit als Geschäftsführer (d. h. keine Ausübung von Geschäften, mit denen der Geschäftsführer in Konkurrenz zu den Geschäften der Gesellschaft tritt).

2.6 Einberufung und Teilnahme an Gesellschafterversammlungen (§ 49 Abs. 1 GmbHG)

Die Geschäftsführer sind verpflichtet, an Gesellschafterversammlungen teilzunehmen und in bestimmten Fällen, sie einzuberufen:

- zur Einforderung von Einzahlungen auf die Stammeinlagen;
- zur Änderung des Gesellschaftsvertrags;
- wenn Gesellschafter, die mindestens 10 % des Stammkapitals der Gesellschaft halten,

is personally liable to and must indemnify the Company for any such payments.

2.4 Duty to Procure Proper Bookkeeping (sec. 41 GmbHG)

The managing directors are obliged to submit the annual financial statements and the management report of the Company to the shareholders immediately after their preparation so they can be adopted by the shareholders' meeting (sec. 42a GmbHG). If the annual financial statements are to be audited by an auditor (this can be prescribed by law once the Company has reached a certain size and some investors always require the financial statements of their portfolio companies to be audited for internal compliance purposes), the managing directors shall submit the audited annual financial statements together with the management report and the audit report without undue delay.

2.5 Loyalty Duty

The managing directors are prohibited from exploiting their Organ Position for self-serving reasons to the detriment of the Company (in particular unjustified personal enrichment or the enrichment of third parties from Company funds). Furthermore, they are subject to a non-compete obligation during their term of office as managing director (*i.e.*, the managing director is not allowed to engage in any activities that compete with the business of the Company).

2.6 Convening and Participating in Shareholders' Meetings (sec. 49 para. 1 GmbHG)

The managing directors are obliged to attend shareholders' meetings and, in certain cases, to convene a shareholders' meeting by themselves:

- for calling in outstanding share capital payments;
- on the amendment of the articles of association;

dies unter Angabe von Zweck und Grund verlangen;

- zur Feststellung des Jahresabschlusses;
- zur Auflösung und Liquidation;
- wenn die Hälfte des Stammkapitals verloren ist; und
- wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint, also z.B. bei ungewöhnlichen Geschäften mit hohem Risiko.

2.7 Kein Erwerb von eigenen Geschäftsanteilen durch die GmbH, auf die die Einlagen nicht vollständig eingezahlt sind (§ 43 Abs. 3 und § 33 GmbHG)

Es ist den Geschäftsführern einer GmbH – bei einer UG stellt sich die Frage nicht, da hier die Einlagen nur vollständig eingezahlt werden können – verboten, im Namen der GmbH Geschäftsanteile der GmbH zu erwerben, auf die die Einlage nicht vollständig eingezahlt ist. Das kann bei Start-ups z.B. bei dem Erwerb eigener Geschäftsanteile bei einem Leaver-Ereignis bei einem Gründer während der Vesting-Periode Bedeutung erlangen, dann bleibt nur der Erwerb der betroffenen Geschäftsanteile durch einen Dritten.

2.8 Auskunfts- und Informationspflicht gegenüber Gesellschaftern (§ 51a GmbHG)

Die Geschäftsführer haben jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben und die Einsicht der Bücher und Schriften zu gestatten (§ 51a GmbHG). Ausnahmsweise dürfen die Geschäftsführer die Auskunft und die Einsicht verweigern, wenn zu befürchten ist, dass der anfordernde Gesellschafter sie zu gesellschaftsfremden Zwecken verwenden und dadurch der Gesellschaft (oder einem verbundenen Unternehmen) einen nicht unerheblichen Nachteil zufügen wird. Die Verweigerung bedarf eines

- if shareholders holding at least 10% of the company's share capital so request, stating the purpose and reason;
- for the adoption of the annual financial statements;
- for dissolution and liquidation;
- when half of the share capital is lost; and
- if it appears necessary in the interest of the Company, e.g., in the case of unusual transactions with high risk.

2.7 No Acquisition of Own Shares that have not been Fully Paid in (sec. 43 para. 3 and sec. 33 GmbHG)

It is prohibited for the managing directors of a GmbH – in the case of a UG the question does not arise, since here the contributions can only be paid in full – to let the Company acquire own shares that have not been fully paid in. In the case of start-ups, this can become relevant, for example, in the case of the acquisition of own shares in case of a founder becoming a leaver during the vesting period. Here, the only option would be for a third party to acquire the respective shares instead of the Company.

2.8 Information and Disclosure (sec. 51a GmbHG)

Upon request, the managing directors must without undue delay provide each shareholder with information on the affairs of the Company and permit the inspection of the books and records of the Company by such shareholder (sec. 51a GmbHG). The managing directors may only refuse the information and the inspection if it is to be feared that the requesting shareholder will use it for purposes un-related to the Company and thereby cause the Company (or an affiliated company) a non-immaterial disadvantage. The refusal requires a shareholders' resolution. This

Beschlusses der Gesellschafter. Diese Regelung ist nicht abdingbar und gilt z.B. auch dann, wenn nach dem Shareholders' Agreement des Start-ups an sich nur die 'Major Shareholders' Informationsrechte haben sollen, wie das z.B. in US Start-ups üblich ist.

2.9 Rechtsfolgen bei Verletzung der Pflichten der Geschäftsführer

Verletzen die Geschäftsführer schuldhaft ihre Pflichten gegenüber der Gesellschaft und entsteht der Gesellschaft dadurch ein Schaden, haften die Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft. Die Geschäftsführer trifft jedoch kein Verschulden, wenn sie bei fehlender eigener Sachkunde (i) den Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträgers einholen, (ii) diesen über sämtliche für die Beurteilung erheblichen Umstände ordnungsgemäß informieren und (iii) nach eigener Plausibilitätskontrolle der ihnen daraufhin erteilten Antwort dem Rat folgen.

Die Geschäftsführer haften als Gesamtschuldner (§ 43 Abs. 2 GmbHG, §§ 421 ff. BGB). Das bedeutet, dass die Gesellschaft den Schadensersatz einmalig in voller Höhe von einem der Geschäftsführer verlangen kann. In einem zweiten Schritt kann der in Anspruch genommene Geschäftsführer dann von den anderen Geschäftsführern Ausgleich verlangen. Etwas anderes kann bei einer Ressortverantwortlichkeit im Falle einer Mehrzahl von Geschäftsführern gelten.

3. Haftung und Pflichten aus der Organstellung gegenüber Dritten (Außenhaftung)

3.1 Pflicht zur Erfüllung der steuerlichen Pflichten der Gesellschaft (§§ 34, 69 AO)

Die Geschäftsführer sind verpflichtet, die steuerlichen Pflichten der Gesellschaft zu erfüllen. Das umfasst insbesondere die Abgabe der Steuererklärung und die Bezahlung der Steuern. Werden diese Pflichten vorsätzlich oder grob fahrlässig

provision cannot be waived and also applies, for example, if according to the shareholders' agreement of the start-up only the 'major shareholders' shall have information rights, as is common in US start-ups.

2.9 Consequences in the Event of a Breach

If the managing directors culpably breach their duties to the Company and the Company suffers damage as a result, the managing directors are liable to the Company. However, the managing directors are not responsible if, in the absence of their own expertise, they (i) seek the advice of an independent, professionally qualified expert, (ii) duly inform the expert of all circumstances relevant to the assessment and (iii) act upon such advice after their own plausibility check of such advice.

The managing directors are liable as joint and several debtors (sec. 43 para 2 GmbHG, secs. 421 *et seq.* of the German Civil Code – "BGB"). This means that the Company can, in a first step, demand compensation for damages in full from one of the managing directors. In a second step, the managing director who is held liable can then seek compensation from the other managing directors. The situation may be different in the event of departmental responsibility in the case of several managing directors.

3. Liability and Duties Arising from the Organ Position *vis-à-vis* Third Parties (External Liability - Außenhaftung)

3.1 Duty to Comply with the Company's Tax Obligations (secs. 34, 69 AO (Abgabenordnung))

The managing directors are obliged to fulfil the Company's tax obligations. This includes in particular the submission of the tax return and the payment of taxes. If these duties are violated intentionally or through gross negligence, the

verletzt, haften die Geschäftsführer dem Fiskus persönlich für den Ausgleich von Steuerausfällen. Zusätzlich kommt eine Strafbarkeit nach §§ 370 ff. AO in Betracht.

3.2 Pflicht zur Erfüllung der Pflichten der Gesellschaft gegenüber Sozialversicherungsträgern (§ 266a StGB)

Ebenso sind die Geschäftsführer verpflichtet, die Pflichten der Gesellschaft gegenüber Sozialversicherungsträgern zu erfüllen. Neben einer strafrechtlichen Haftung besteht auch eine zivilrechtliche persönliche Haftung der Geschäftsführer für nicht abgeführte Beiträge eines Arbeitnehmers gegenüber der Sozialversicherung (§ 823 Abs. 2 BGB, §§ 266 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB).

3.3 Haftung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft bei Insolvenzverschleppung

Zuletzt sind die Geschäftsführer nach § 15a Abs. 1 InsO verpflichtet, das Insolvenzverfahren rechtzeitig zu beantragen. Sobald die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft eingetreten ist (siehe Ziffer 2.3), müssen die Geschäftsführer das Insolvenzverfahren ohne schuldhaftes Verzögern, spätestens jedoch nach drei Wochen, beantragen. Ansonsten haften die Geschäftsführer gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft persönlich für den von ihnen erlittenen Schaden. Zusätzlich kommt eine Strafbarkeit nach § 15 Abs. 4, 5 InsO in Betracht.

4. Exkurs - Enthftung des Geschäftsführers über Anwendung der *Business Judgement Rule* (analog § 93 Abs. 1 S. 2 AktG)

Unter bestimmten Umständen haben die Geschäftsführer im Rahmen ihrer Geschäftsführungstätigkeit einen Ermessensspielraum, in dem sie keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegen (sogenannte *Business Judgement Rule*). Die

managing directors are personally liable to the tax authorities for the compensation of tax losses. In addition, criminal liability according to secs. 370 *et. seq.* of the German Tax Code (AO) may be triggered.

3.2 Compliance with Social Security Obligations (sec. 266a of the German Criminal Code – "StGB")

Likewise, the managing directors are obliged to fulfil the Company's obligations towards social insurance institutions. In addition to criminal liability, the managing directors are also personally liable under civil law for an employee's failure to pay social security contributions (sec. 823 para. 2 BGB, secs. 266 para. 1, 14 para. 1 no. 1 StGB).

3.3 Liability Towards the Company's Creditors in Case of Delayed Insolvency Proceedings

Finally, the managing directors are obliged under sec. 15a para. 1 InsO to apply for insolvency proceedings in due time. As soon as the illiquidity or over-indebtedness of the Company has occurred (see Section 2.3), the managing directors must apply for insolvency proceedings without culpable delay, but at the latest after three weeks. Otherwise the managing directors are personally liable to the Company's creditors for the damage they have suffered. In addition, criminal liability under sec. 15 para. 4 and 5 InsO may be triggered.

4. Sidenote - Release of the Managing Director from Liability by Applying the *Business Judgement Rule* (analogue sec. 93 para. 1 sentence 2 AktG)

Under certain circumstances, however, the managing directors have discretionary powers within the scope of their management activities, in which they are not subject to judicial review (so called business judgment rule). The application

Anwendung der *Business Judgement Rule* setzt Folgendes voraus:

- es handelt sich um eine geschäftliche Entscheidung (gilt nicht für rechtsverbindliche Entscheidungen);
- die Entscheidung wurde auf der Grundlage angemessener Informationen getroffen;
- die Entscheidung wurde nicht durch Partikularinteressen oder von außen beeinflusst;
- es kann vernünftigerweise angenommen werden, dass die Entscheidung im besten Interesse der Gesellschaft getroffen wurde; und
- die Geschäftsführer haben in gutem Glauben gehandelt.

Liegen diese Voraussetzungen alle vor, ist eine Haftung ausgeschlossen und das Gericht sieht davon ab, zu prüfen, ob die unternehmerische Entscheidung eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellt. Um sich auf diese Enthftungsmöglichkeit später berufen zu können, empfiehlt sich eine umfassende Dokumentation der Abwägung der Entscheidung.

*Für weitere Informationen verweisen wir auf die **Orrick Legal Ninja Series** – unsere ständig wachsende Sammlung an Praxisleitfäden zum kostenlosen Download unter: <https://www.orrick.com/de-DE/Practices/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS>*

of the business judgement rule requires the following:

- it is a business decision (does not apply to legally binding decisions);
- it was made based on appropriate information;
- it was not subject to any special interests or external influences;
- it may reasonably be assumed that the decision was made in the best interests of the company; and
- the managing directors acted in good faith.

If these facts are present cumulatively, liability is excluded and the court refrains from examining whether the entrepreneurial decision constitutes a breach of the duty of care. In order to be able to release from liability, it is advisable to comprehensively document the weighing of the decision

*For further information please also see the **Orrick Legal Ninja Series** – our growing library of practical guides that can be downloaded for free under: <https://www.orrick.com/en/Practices/Orrick-Legal-Ninja-Series-OLNS>.*