

GMBH- GESCHÄFTS- FÜHRUNG 2021

Das E-Book für die Geschäftsführung mit den haftungsträchtigen
Themen dieser Zeit – exklusiv und aktuell.

www.euroforum.de/geschaeftsfuehrer

euroforum

VORWORT

Liebe Leserin, lieber Leser,

heute stellen wir Ihnen unser aktuelles E-Book für die „GmbH-Geschäftsführung 2021“ vor – umfangreicher denn je.

Gerade in der Pandemie zeigt es sich, dass eine gute Aufstellung und umfassende Kenntnisse über haftungsrelevante Zusammenhänge essenziell sind, um auch Krisensituationen erfolgreich zu meistern. Daher sind in diesem Jahr die inhaltlichen Schwerpunkte dieses E-Books neben der Haftungsproblematik auch Beiträge rund um die Folgen von Corona und zu arbeitsrechtlichen Fragestellungen. Es erwarten Sie fast 50 brandneue Artikel zu Ihrer verantwortungsvollen Position als GmbH-Geschäftsführer:in. Sie finden hier kompetent und praxisnah zusammengefasst, was für die Geschäftsführung derzeit relevant ist. So können Sie schnelle und solide Entscheidungen im Tagesgeschäft treffen.

Ein herzlicher Dank gilt den Autorinnen und Autoren für ihre Unterstützung bei der Gestaltung des E-Books. Über Ihr Feedback freuen wir uns, Sie erreichen mich unter +49 211 88743-3414 oder an i.marre@handelsblattgroup.com.

Ich wünsche Ihnen viele erhellende Momente beim Lesen.

Freundliche Grüße

RAin Ingela Marré

Euroforum, ein Unternehmen der Handelsblatt Media Group

Unsere Seminare speziell für Geschäftsführer:innen

- GmbH-Geschäftsführung im Konzern
- GmbH-Geschäftsführer:innen: Rechte, Pflichten, Haftungsrisiken
- Finanzwissen für Geschäftsführer:innen
- Insbesondere für langjährige Geschäftsführer: Update Wissen für die GmbH-Geschäftsführung

Nähere Informationen unter www.euroforum.de/geschaeftsfuehrer



INHALT

- 6 Covid-19 Pandemie & Compliance – virale Rechtsfragen: Was Geschäftsführer beachten müssen**
Volker Stück, BWI GmbH
- 9 Die Arbeitsorganisation in der Pandemie – Verpflichtungen des Geschäftsführers**
Dr. Klara Pototzky und Marc André Gimmy,
Taylor Wessing Partnerschaftsgesellschaft mbB
- 12 Beschlussfassung in der GmbH während der Corona-Pandemie**
Kevin Wilson, KLINGER UND PARTNER Rechtsanwälte mbB
- 15 Der Wirtschaftsstabilisierungsfonds – ein Sanierungsinstrument auch für die GmbH**
Dr. Daniel Rubner und Dr. Lutz Pospiech,
GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
- 18 Mietnachträge erfolgreich verhandeln – Was Vermieter von Mietern in der Krise erwarten**
Dr. Raoul Kreide, GSK Stockmann Rechtsanwälte
- 21 Fallstricke für Geschäftsführer bei Kurzarbeit**
Susanne Schröder und Sandra Weigl-Ott,
BTU Simon GmbH
- 24 Die Geschäftsleiterhaftung des StaRUG**
Dr. Ludwig J. Weber, Schultze & Braun GmbH
- 27 Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber Dritten und Gesellschaftern – Ein aktueller Rechtsprechungsüberblick**
Matthias W. Kroll, Dr. Nietsch & Kroll
- 30 Unternehmerisches Ermessen in der Krise des Unternehmens**
Uwe Müllner, PATZINA LOTZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
- 33 Pflicht zur Krisenfrüherkennung – die Geschäftsleitung im Konflikt zwischen Gesellschafter- und Gläubigerinteresse**
Maximilian Bei der Kellen, Brinkmann & Partner Rechtsanwälte | Steuerberater mbB
- 36 Haftungsbeschränkung durch Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung in der Geschäftsführung der GmbH**
Carsten Laschet und Dr. Sascha Horn,
Friedrich Graf von Westphalen & Partner mbB
- 39 Leistungsausschluss „Wissentlichkeit“ in der D&O Versicherung – die Kardinalpflichten des Geschäftsführers erhöhen das Haftungsrisiko in der finanziellen Krise der GmbH**
Bettina-Carolin Plaßmann-Robertz und Kilian Reintgen, PRO LAW Rechtsanwälte
- 43 Einfluss des Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetzes (StaRUG) auf Lieferbeziehungen – Blickwinkel eines Geschäftsleiters**
Dr. Jochen Markgraf und Dr. Marina Adams, GLADE MICHEL WIRTZ
- 47 Neues zur Insolvenzverschleppungshaftung**
Martin Bastobbe, Büsing Müffelmann & Theye
- 50 Die D&O-Versicherung als Individuallösung für Geschäftsführer**
Franz M. Held, VOV GmbH
- 53 D&O-Versicherungsschutz für Ansprüche gegen den Geschäftsführer bei Verstoß gegen das Auszahlungsverbot bei Insolvenzreife?**
Dr. Rocco Jula, Rechtsanwälte Dr. Jula & Partner mbB

INHALT

- 55** **Neue Voraussetzungen für die Eigenverwaltung**
Dr. Christian Kaufmann, PLUTA Rechtsanwalts GmbH
- 59** **Steuerbarkeit von Sanierungsprozessen durch Sitzverlegung**
Rüdiger Weiß, WallnerWeiß
- 62** **Haftungsgefahren in der Krise – Das neue Zahlungsverbot nach § 15b InsO**
Dr. Alexandra Schluck-Amend und Franziska Fuchs, CMS Deutschland
- 65** **Insolvenzantragspflichten und Sanierungsoptionen für Unternehmen in der (Corona-)Krise**
Bartosz Zdanowicz, Hoffmann Liebs
- 69** **Corporate Compliance-Pflichten des Geschäftsführers nach dem künftigen Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz**
Dr. Carsten Kruchen und Jessica Werner, MUTTER & KRUCHEN Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
- 72** **Mitteilungspflichten zum Transparenzregister im Fluss – Praxisfragen zum wirtschaftlich Berechtigten nach den FAQ des Bundesverwaltungsamtes**
Dr. Günter Seulen und Dr. Andreas Krebs, Oppenhoff
- 75** **GmbH und Geschäftsführer gemeinsam in den Knast?**
Stephanie Kappen, Bette Westenberger Brink Rechtsanwälte PartGmbH
- 80** **Neues Kartellrecht: Kartellrechtliche Compliance-Pflichten der Geschäftsführung**
Dr. Sascha Dethof und Lilly Beutler, Fieldfisher
- 83** **Die Haftung der Geschäftsführung bei Cyber-Angriffen**
Dr. Jan Kraayvanger, Mayer Brown LLP
- 86** **Herausforderungen für die Geschäftsleitung im Cyber-Zeitalter**
Theodoros Bitis, Howden Deutschland
- 89** **Vorsorge für den Fall der Fälle – was tun, wenn der Geschäftsführer ausfällt?**
Dr. Berit Kochanowski
- 92** **Der Geschäftsführer in der GmbH & Co. KG als Einheitsgesellschaft**
Dr. Otto Lüders, Lüders Rechtsanwälte
- 95** **„Shared Services“ – eine neue Chance**
Wilfried Reiners, PRW Rechtsanwälte
- 97** **Projektgeschäft: Einführung eines konzernweiten Projekt-Dashboards – Risiken frühzeitig erkennen, handlungsfähig bleiben und aktiv gegensteuern**
Dr. Henning Syllwasschy und Mandus Witt, Andersch AG
- 102** **Erfolgreiches IT-Projektmanagement und ihre Fallstricke**
Tim Iglauer, SpediHub GmbH
- 105** **EU-Hinweisgeberrichtlinie – Chancen für Ihr Unternehmen**
Bernd Peter und Michael Kuhnle,
BANSBACH ECONUM Unternehmensberatung GmbH
- 108** **Energiepolitik, Nationaler Emissionshandel und Auswirkungen auf Unternehmen**
Dr. Boris Scholtka und Dr. Christian Trottmann, Ernst & Young Law GmbH

INHALT

- 111** **Moderne Konzernsteuerung und die Konzernrichtlinie als flexibles Instrument**
Dr. Tobias Grau und Militsa Decheva, CMS Deutschland
- 113** **Warum Lebenslauf, Gespräche und Bauchgefühl bei Personalentscheidungen nicht mehr reichen**
Michael Kühner, Strametz & Associates Deutschland GmbH
- 116** **Managementbeteiligung des GmbH-Geschäftsführers**
Dr. Benedikt Hohaus, POELLATH
- 119** **Beteiligung am Unternehmen durch den Geschäftsführer**
Kay Klöpping, KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
- 123** **Kündigungsschutz für Fremdgeschäftsführer und die Anwendbarkeit anderer arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften**
Georg Kalenbach, rugekrömer
- 126** **Zeugnis und Zwischenzeugnis des GmbH-Geschäftsführers**
Dr. Karl von Hase, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
- 128** **Haftungsrisiken bei Zeitarbeit: Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz europarechtskonform?**
Bernhard Groß, Altenburg Fachanwälte für Arbeitsrecht
- 130** **Mitarbeiterdatenschutz – Was Geschäftsführer im Blick haben müssen**
Dr. Jan Heuer und Michael Agalarov, Kliemt.Arbeitsrecht
- 133** **Altersversorgung für Gesellschafter-Geschäftsführer mittelständischer Unternehmen – aktuelle Trends und clevere Alternativen**
Jochen Messner, WBA Wirtschaftskanzlei für betriebliche Altersversorgung AG
- 136** **Neue Risiken für die Altersversorgung geschäftsführender Gesellschafter in der Insolvenz**
Dr. Marco Arteaga und Dr. Annekatriin Veit, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
- 139** **Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer**
Dr. Constantin Axer, Seitz Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB
- 142** **Kundenschutzklauseln für GmbH-Geschäftsführer**
Dr. Rolf Stagat, GKD Gäng Kramer Döring Stagat, Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB
- 145** **Achtung Falle! Steuerliche Risiken in der Krise der GmbH**
Dr. Klaus Olbing, Streck Mack Schwedhelm, Partnerschaft mbB
- 147** **Das Wertpapierportfolio in der Vermögensnachfolge – Der frühe Vogel fängt den Wurm!**
Dr. Zacharias-Alexis Schneider, KPMG Deutschland
- 150** **Aktuelles zum Zufluss beim beherrschenden Gesellschafter**
Prof. Dr. Burkhard Binnewies, Streck Mack Schwedhelm Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mbB

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern in diesem Newsletter die männliche Form verwendet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für alle Geschlechter. Die verkürzte Sprachform hat nur redaktionelle Gründe und beinhaltet keine Wertung.

IMPRESSUM

Euroforum Deutschland GmbH,
Toulouser Allee 27,
40211 Düsseldorf

V.i.S.d.P.
Ingela Marré, +49 211 88743-3414

Für die Inhalte sind die Verfasser der einzelnen Artikel verantwortlich.

Covid-19 Pandemie & Compliance – virale Rechtsfragen: Was Geschäftsführer beachten müssen



RA Volker Stück,
Syndikusrechtsanwalt & Lead Expert
Arbeitsrecht & Mitbestimmung,
BWI GmbH, Bonn

Der Beitrag stellt die persönliche
Auffassung dar.

Was SARS (2003), asiatischen Hühnern und östlichen Zugvögeln (2006), mexikanischen Schweinen (2009) sowie MERS (2012) nicht gelang, hat nun vermutlich eine Fledermaus in Wuhan/China, auf einem Tiermarkt geschafft: Den Ausbruch einer Pandemie (Erreger SARS-CoV-2; Krankheit Covid-19) hervorzurufen, die schon jetzt die meisten Todesfälle verzeichnet und einen globalen shut-down der Wirtschaft zur Folge hat. Es rächt sich jetzt, wenn Unternehmen unzureichende Vorkehrungen und Notfallpläne für den Ernstfall getroffen haben – dass die nächste Pandemie kommen wird, war gewiss; unsicher war nur wann, wo, wie schnell und gefährlich.

Geschäftsführer und Vorstände haben nicht nur eine Legalitätspflicht, sondern auch die Pflicht, Schaden von den Beschäftigten und dem Unternehmen abzuwenden – präventiv wie auch repressiv. Was folgt daraus im Beschäftigungskontext (vgl. Stück/Wein AuA 2007, S. 282, 345 sowie AuA 2020, S. 200)?

Arbeitsschutz

Den Arbeitgeber trifft als Ausfluss seiner Fürsorgepflicht die Pflicht, den Arbeitsplatz möglichst sicher zu gestalten, um Sach- und Personenschäden des Arbeitnehmers zu vermeiden (§§ 618; 241 Abs. 2 BGB; §§ 3, 5 ArbSchG). Am 20.08.2020 hat das BMAS dazu die SARS CoV2 Arbeitsschutzregel veröffentlicht (GMBI 2020 S. 484), der die Pflichten konkretisiert, die zwar kein Gesetz oder keine Verordnung sind, aber gleichwohl zu beachten sind und dann enthaftende Wirkung haben. Am 21.01.2021 wurde die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung verkündet (BAnz AT 22.01.2021 V1), die erstmals in § 2 Abs. 4 (jetzt § 28 b Abs. 7 IfSG) vorsieht, dass Arbeitgeber den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren

Tätigkeiten anzubieten haben, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen (Home-Office). Ein 63-jähriger Jurist, der wegen des Risikos einer Corona-Infektion forderte, im Home-Office oder in einem Einzelbüro zu arbeiten, hat darauf keinen Anspruch, solange der Arbeitgeber den Gesundheitsschutz im Büro durch Corona-Schutzmaßnahmen sicherstellt (ArbG Augsburg v. 07.05.2020 – 3 Ga 9/20, NZA-RR 2020, 417). Der Arbeitgeber darf auch das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung im Betrieb (vgl. 4.2.13 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel) anordnen und ist an ein ärztliches Attest zur Maskenbefreiung ohne Befundangaben nicht gebunden (ArbG Siegburg v. 16.12.2020 – 4 Ga 18/20, NZA-RR 2021, 129, LAG Köln v. 12.04.2021 – 2 SaGa 1/21, ArbG Berlin v. 15.10.2020 – 42 Ga 13034/20). Er darf auch bei Weigerung eines Corona Schnelltests oder Fieberscan den Zutritt zum Betrieb verweigern und der kollektive Gesundheitsschutz überwiegt das Beschäftigungsinteresse des Verweigerers (ArbG Offenbach v. 04.02.2021 – 4 Ga 1/21, NZA-RR 2021, 279).

Daraus können sich diverse Frage-/Auskunftsrechte, Mitwirkungs-, Duldungs- wie auch Handlungspflichten der Arbeitsvertragsparteien ergeben. Bei einer Nichtbeachtung der Regeln drohen Haftungsgefahren und dass Arbeitnehmer berechtigt Zurückbehaltungsrechte ausüben (§ 618, 273 Abs. 1 BGB), also sanktionslos nicht arbeiten müssen unter Fortzahlung ihrer vertragsgemäßen Vergütung (§ 615 BGB). Arbeitgeber können Arbeitnehmer grundsätzlich nicht verpflichten, sich ohne – gesetzliche Vorgabe – impfen zu lassen oder Medikamente einzunehmen. Das Direktionsrecht (§ 106 GewO) wird eine Impfanordnung des Arbeitgebers nicht rechtfertigen, die einen Eingriff in die körperliche Integrität darstellt (Stück CCZ 2020, 208).

Kündigung

Wer eine ungeöffnete 1 Liter Flasche knappes Desinfektionsmittel im Wert von 40 € aus dem Betrieb stiehlt, riskiert die fristlose Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung selbst bei längerer Betriebszugehörigkeit (LAG Düsseldorf v. 14.01.2021 – 5 Sa 483/20). Allein der Hinweis auf „Corona“ oder auf einen pandemiebedingten Umsatzrückgang reicht nicht aus, um eine betriebsbedingte Kündigung sozial zu rechtfertigen i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG. Dazu bedarf es des Nachweises, warum dauerhaft und vollständig bestimmte Arbeitsplätze entfallen (ArbG Berlin v. 05.11.2020 – 38 Ca 4569/20). Eine fristlose Änderungskündigung zur Einführung von Kurzarbeit soll als ultima ratio möglich sein (ArbG Stuttgart v. 22.10.2020 – 11 Ca 2950/20, COVuR 2021, 59). Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses im Kleinbetrieb aufgrund einer behördlich angeordneten Quarantäne ist sittenwidrig (ArbG Köln v. 15.04.2021 – 8 Ca 7334/20).

Haftung

Im Arbeitsverhältnis besteht bei Personenschäden eine Haftungsprivilegierung des Unternehmens zu Gunsten der Berufsgenossenschaft (§ 104 SGB VII) – jedoch nicht bei min. bedingten Vorsatz, der sich „doppelt“ auf Verletzungshandlung und -erfolg

beziehen muss (BAG v. 20.06.2013 – 8 AZR 471/12: Asbest). Gegenüber Dritten (Kunden, Lieferanten) gilt allgemeines Zivilrecht. Die Allgemeingefahr der Pandemie wird man nur bei Beschäftigten im Kranken-/Pflegebereich als besonderes berufstypisch erhöhtes Risiko einstufen können, bei dem eine Infektion eine Berufskrankheit darstellen kann.

Mitbestimmung

Seuchenschutz suspendiert keine Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, insbes. § 87 Abs. 1, 2, 3, 5, 7, 8 BetrVG, die zu beachten und präventiv in einer Betriebsvereinbarung geregelt werden sollten (vgl. Muster Stück/Wein AuA 01-2021). Bei der betrieblichen Ausfüllung des Arbeitsschutzstandards COVID 19 besteht ein Mitbestimmungsrecht (BAG v. 11.02.2014 – 1 ABR 72/12). So hat z.B. der Betriebsrat einer Klinik ein Mitbestimmungsrecht bei Aufstellung eines Coronaschutz Besucherkonzepts (LAG Köln v. 22.01.2021 – 9 TaBV 58/20, NZA-RR 2021, 164). Die Einrichtung von Home-Office ist auch mitbestimmungspflichtig, z.B. nach § 87 Abs. 1 Nr. 1, 6, 7 BetrVG (LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 25.02.2020 – 5 TaBV 1/20, NZA-RR 2020, 257). Nur da, wo der Arbeitgeber aufgrund öffentlich-rechtlicher Corona Vorschriften

nichts selbst zu bestimmen hat (z.B. 10 m² Arbeitsplatzgröße; 1,5 m Abstand), sondern bloß umzusetzen hat, hat auch der Betriebsrats nichts mitzubestimmen.

Aufgrund § 129 BetrVG, vorerst verlängert bis zum 30.06.2021, hat der Betriebsrat auch die Option, virtuell-digital zu arbeiten. Er ist jedoch dazu nicht verpflichtet bzw. der Arbeitgeber kann ihm nicht Präsenzveranstaltungen verbieten (LAG Hamm v. 05.10.2020 – 13 TaBVGa 16/20: ArbR Aktuell 2021, 55 Betriebsversammlung; LAG Berlin-Brandenburg v. 24.08.2020 – 12 TaBVGa 1015/20: NZA-RR 2020, 647 Gesamtbetriebsratssitzung).

Datenschutz

Auch Seuchenschutz hebt den Datenschutz nach DSGVO/BDSG nicht aus, dessen Verstöße teuer werden können wegen Schadensersatzansprüchen Betroffener nach Art. 82 DSGVO (ArbG Düsseldorf v. 05.03.2020 – 9 Ca 6557/18) oder horrender Bußgelder der Behörden nach Art. 83 DSGVO (LG Bonn v. 11.11.2020 – 29 OWi 1/20 LG, MMR 2021, 173; LG Berlin v. 18.02.2021 – 526 OWi LG, NStZ-RR 2021, 151). Bei Angaben über Infektion und Verdacht handelt es sich um besondere (Gesundheits-)Daten i.S.d. Art. 4 Ziffer 15; 9 DSGVO; § 26 Abs. 3

BDSG mit besonderen Schutzpflichten (BAG v. 09.04.2019 – 1 ABR 51/17). Deren Verarbeitung kann insbesondere gerechtfertigt sein nach:

- Art. 9 Abs. 2 lit. h DSGVO, § 26 Abs. 3 BDSG für Zwecke der Arbeitsmedizin, für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Betroffenen.
- Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO, § 26 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BDSG zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht, z.B. Pflichten aus dem Arbeitsschutz (§ 618 BGB, §§ 3, 5 ArbSchG, § 87 Abs. 1 Nr. 1, 7 BetrVG (Gesundheitsschutz) ggf. auch IfSG Pflichten.
- Art. 9 Abs. 2 lit. i, Abs. 4 DSGVO, § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. c, d BDSG zur initiativen Mitteilung einer Infektionskrankheit durch den Arbeitgeber an das zuständige Gesundheitsamt.

Straf- & Ordnungswidrigkeitenrecht

Die Verhängung eines Bußgeldes nach § 73 IfSG, § 130 OWiG wegen einer Verletzung der Aufsichtspflicht oder gar einer Strafbarkeit wegen Unterlassens (§§ 222, 229, 13 StGB) gegen die Mitglieder des Vorstands bzw. der Geschäftsführung persönlich, ist nicht ausgeschlossen, insbesondere, wenn Regeln des Gesundheitsschutzes – konkretisiert z.B. durch die Coronaschutzverordnungen – missachtet oder die gebotene Sorgfalt und Kontrolle außer Acht gelassen werden und es hierdurch zu Personenschäden kommt. Darüber hinaus besteht das Risiko der Unternehmensgeldbuße (§ 30 OWiG), künftig auch -strafbarkeit nach dem in der Gesetzgebungs-Pipeline befindlichen Verbandssanktionen G-Entwurf.

Beobachtungs- & Organisationspflichten

Zur Haftungsvermeidung ist es erforderlich, alle positiv normierten Regeln der zuständigen Behörden einzuhalten. Hierzu zählen im Inland insbesondere das Infektionsschutzgesetz, die in den Ländern erlassenen Verordnungen zum Schutz vor Covid-19 sowie kommunale Allgemeinverordnungen und Verwaltungsakte. Aber auch die Empfehlungen von BMG, RKI, BAuA sowie der WHO zur Pandemiebekämpfung sollten beachtet

werden. Ein mitbestimmtes Unternehmen ist deshalb gut beraten,

- eine allgemeine, erregunabhängige Betriebsvereinbarung zur Pandemie, die innerbetrieblich wie ein Gesetz wirkt (§ 77 Abs. 4 BetrVG), AGB kontrollfrei ist (§ 310 Abs. 4 BGB) sowie einen datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand begründen kann (§ 26 Abs. 3, 4 BDSG) sowie
- einen erregerspezifischen Pandemie-schutz-/Hygieneplan zu haben (vgl. Muster BV: Stück/Wein AuA 01-2020, S. 20).

Betriebsrisiken & Vermeidung

Bei einer behördlich angeordneten Betriebsschließung wegen Corona behalten die Arbeitnehmer wegen Betriebsrisikos (§ 615 S. 3 BGB) ihren Vergütungsanspruch (LAG Niedersachsen v. 23.03.2021 – 11 Sa 1062/20; LAG Düsseldorf v. 30.03.2021 – 8 Sa 674/20). Diesem Risiko kann der Arbeitgeber durch Kurzarbeit begegnen. Auch die Mietzinsen an den Vermieter laufen weiter (OLG Karlsruhe v. 24.02.2021 – 7 U 109/20). Öffentlichrechtliche Entschädigungsansprüche für Unternehmen ergeben sich nicht aus dem IfSG. Mit einem Rückgriff auf die Grundsätze des enteignenden, des enteignungsgleichen Eingriffs und/oder den Aufopferungsgedanken waren Unternehmen bislang nicht erfolgreich (LG Hannover Ur-

v. 09.07.2020 – 8 O 2/20; LG Heilbronn, Ur-t. v. 29.04.2020 – I 4 O 82/20). Ob Betriebs-schließungsversicherungen helfen, wird von der Rspr. unterschiedlich beurteilt und hängt von deren Bedingungen im Einzelfall ab (dafür: LG München I, Ur-t. v. 01.10.2020 – 12 O 5895/20; dagegen: OLG Stuttgart, Ur-t. v. 18.02.2021 – 7 U 351/20).

Ausblick & To Do's

„Krise kann ein produktiver Zustand sein. Man muss ihr nur den Beigeschmack der Katastrophe nehmen (Max Frisch).“

Was sollten also die betrieblichen Lessons Learnt aus Covid-19 und Prävention für die nächste Pandemie sein: Passt die globale Sourcing-/Bevorratungsstrategie (Bsp.: Schutzmasken)? Sind die technischen und rechtlichen (Datenschutz, Betriebsvereinbarung) Voraussetzungen für digitale und remote work (Home-Office, Telearbeit; MusterBV Stück/Salo AuA 04-2021, 22) erfüllt? Der Beweis, dass es funktioniert, wurde den Zweiflern jetzt erbracht (ArbG Berlin v. 10.08.2020 – 19 Ca 13189/19, ZIP 2021, 483). Sind die Mitbestimmungsgremien virtuell handlungsfähig in viralen Zeiten? Gibt es eine BV Pandemie, Telearbeit und Kurzarbeit (Muster bei Pulte/Bigos; Betriebsvereinba-

rungen in der Praxis, 5. Aufl. 2019)? Gibt es einen fähigen Krisenstab mit Pflichten-/Befugnisdelegation (§ 13 ArbSchG), definierte kritische Ressourcen und Schutz-/Kommunikationskonzept nach innen wie außen? Gibt es effektive Hygiene-Regeln und ausreichend Hygienemittel? Können die empfohlenen Abstandsflächen eingehalten werden? Zur Third Party Compliance gehört auch der Check der Lieferanten und Abnehmer, ohne die alles nichts ist. Dann hätte Friedrich Hölderlin recht: „Wo aber Gefahr ist, wächst das Rettende auch!“ ■



Die Arbeitsorganisation in der Pandemie – Verpflichtungen des Geschäftsführers



Dr. Klara Pototzky,
Rechtsanwältin, Taylor Wessing
Partnerschaftsgesellschaft mbB



Marc André Gimmy,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Arbeitsrecht, Taylor Wessing
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Arbeitgeber sind verpflichtet, den betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutz sicherzustellen und entsprechende Organisationsmaßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit ihrer Mitarbeiter zu ergreifen. Der Geschäftsführer als Leiter des Unternehmens trägt hierfür die letzte auch haftungsrechtliche Verantwortung. Mit Ausbreitung der Corona-Pandemie waren erhebliche Veränderungen in der Arbeitsorganisation erforderlich, um das Arbeiten trotz erhöhter Gesundheitsgefahren zu ermöglichen und an die gegenwärtigen, sich häufig ändernden Arbeitsschutzregeln anzupassen.

Corona-Arbeitsschutzregeln

Die Verbreitung der Pandemie hat zu einer zunehmenden Regeldichte im Arbeits- und Gesundheitsschutz geführt und diesen zu einem zentralen Thema der Personalarbeit seit Anfang 2020 etabliert. Seit April 2020 gilt der **SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard**, der durch die seit August 2020 geltende **SARS-CoV-2-Arbeitschutzregel** ergänzt wird. Diesen kommt zwar kein Gesetzesrang zu, ihre Wirkung kommt dem jedoch sehr nahe. Es handelt sich um vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales auf der Grundlage von §§ 3, 3a ArbStättV veröffentlichte Erkenntnisse und Regeln, deren Einhaltung durch den Arbeitgeber eine Richtigkeitsvermutung der ergriffenen Maßnahmen begründet. Hält sich der Arbeitgeber nicht an diese Vorgaben, trägt er die – schwer zu erfüllende – Beweislast dafür, dass die von ihm alternativ ergriffenen Maßnahmen ebenfalls dem aktuellen Stand der Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene entsprechen.

Seit Ende Januar 2021 gilt zusätzlich die neue **SARS-CoV-2-Arbeitschutzverordnung**, der als Verordnung eine noch stärkere Bindungskraft vergleichbar eines Gesetzes zukommt und mit detaillierten Regelungen zur Arbeitsorganisation aufwartet. Sie ist zwar zunächst nur befristet bis zum 30. Juni 2021 erlassen; mit einer Verlängerung ist jedoch zu rechnen. Als jüngste Neuerung ist die Einfügung von 928b Absatz 7 IfSG, die Pflicht zum Home-Office, zu nennen.

Zu diesen bundesweiten Vorgaben treten branchenspezifische und regionale Regelungen, die oft im Verordnungswege oder durch Allgemeinverfügung erlassen werden. All diese Arbeitsschutzregeln werden fortlaufend überarbeitet und an die Pandemiesituation und den Stand der Wissenschaft angepasst. Dies erschwert die arbeitsrechtliche Compliance erheblich.

Die Thematik darf nicht unterschätzt werden: Die Einhaltung dieser Regelungen wird durch die Arbeitsschutzbehörden überprüft. Behörden können hierzu Unterlagen einsehen, Auskunft verlangen oder Betriebe besichtigen. So wurden beispielsweise schon Kontrollen in Betrieben zur Überwachung der Home-Office-Pflicht vorgenommen. Arbeitgeber wurden aufgefordert, ihre Gefährdungsbeurteilung für Home-Office Arbeitsplätze darzulegen. Bei Verstößen können Bußgelder verhängt oder Betriebe geschlossen werden.

Überblick über gesundheitsschützende Handlungspflichten in der Corona-Pandemie

Geschäftsführer müssen daher tätig werden, um die Einhaltung der Regelungen und den Arbeits- und Gesundheitsschutz ihrer Mitarbeiter sicherzustellen.

Geschäftsführer müssen sich mit den geltenden Regelungen vertraut machen und regelmäßig überprüfen, ob ihre Arbeitsorganisation den aktuellen Anforderungen entspricht. Angesichts der häufigen Änderungen und vielfältigen Anforderungen keine leichte Aufgabe. Bei der Umsetzung der Maßnahmen ist zu beachten, dass der betriebliche Arbeits- und Gesundheitsschutz (beispielweise Einführung von Home-Office, Maskenpflicht, Arbeitsorganisation) größtenteils der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt, sollte ein solcher gewählt sein. Der Geschäftsführer hat daher die Zeit für Verhandlungen über entsprechenden Betriebsvereinbarungen bei der Umsetzung des Corona-Arbeitsschutzes mit einzuplanen.

Insbesondere, wenn auch nicht abschließend, sind Handlungspflichten des Geschäftsführers in den folgenden Bereichen zu finden:

Gefährdungsbeurteilung

Die Corona-Arbeitsschutzverordnung betont die Pflicht zur Gefährdungsbeurteilung als zentrales Instrument des Arbeitsschutzes. Die auch außerhalb von Pandemiezeiten notwendige Gefährdungsbeurteilung ermittelt und bewertet alle relevanten Gefährdungen und Belastungen, denen die Beschäftigten im Zuge ihrer beruflichen

Tätigkeit ausgesetzt sind und legt fest, welche Maßnahmen zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit erforderlich sind. Arbeitgeber müssen diese mit Blick auf die neuen Infektionsschutzregelungen einem prüfenden Blick unterziehen. Die Gefährdungsbeurteilung muss die besonderen psychischen und physischen Belastungen im Zusammenhang mit dem Corona-Virus abbilden, zum Beispiel beim Arbeiten im Home-Office. Der gesamte Prozess muss sorgfältig dokumentiert werden. In der Praxis lassen Arbeitgeber die Beschäftigten umfangreiche Bögen ausfüllen, um dann gegebenenfalls einen Home-Office Arbeitsplatz rechtmäßig abzulehnen, falls die Gefährdungsbeurteilung negativ ausfallen sollte.

Unterweisung der Beschäftigten

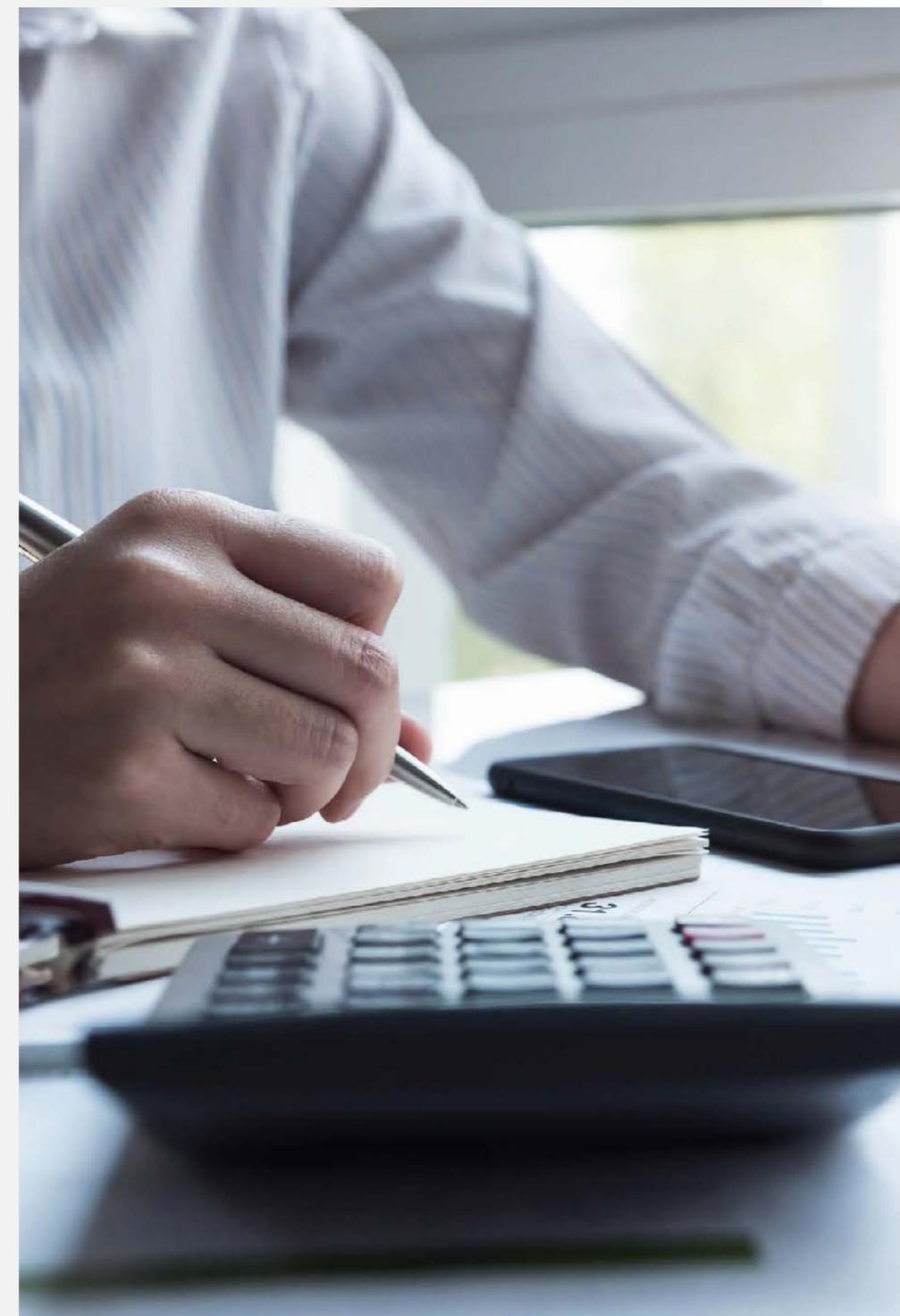
Nicht zu unterschätzender Bestandteil des Corona-Arbeitsschutzes ist eine ordnungsgemäße, aktuelle und verständige Unterweisung aller Beschäftigten und eine klare Kommunikation. Die Unterweisung erfolgt auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung und enthält beispielsweise Informationen zum aktuellen Wissenstand, zum Ansteckungsrisiko und dem Risiko einer Neuerkrankung bei Rückkehr Genesener. Sinnvoll ist es, für die Unterweisung elektronische Kommunikationsmittel zu nutzen und damit zu dokumentieren.

Im Anschluss an eine erfolgte Unterweisung ist ein effizientes Monitoring zu installieren, ob die vermittelten Prinzipien auch eingehalten werden. Nur so ist eine Delegation der Arbeitgeberpflichten an die Mitarbeiter möglich.

Home-Office

Nach dem neuen 928b Abs. 7 IfSG müssen Arbeitgeber bei Büroarbeiten oder vergleichbaren Tätigkeiten – außer bei Vorliegen zwingender betriebsbedingter Gründe – das Arbeiten von zu Hause anbieten. Die Arbeitnehmer müssen dieses Angebot mittlerweile auch annehmen, es sei denn, es stehen ihrerseits Gründe entgegen. Wo Home-Office ausnahmsweise nicht in Frage kommt, müssen zwingende betriebliche Gründe dokumentiert werden, da dies von den Behörden kontrolliert werden kann und ein gesteigerter Begründungsaufwand für diese Fälle erforderlich sein dürfte. Rein formalistische Ablehnungsgründe des Home-Office reichen nicht aus. Auch nach dem Auslaufen dieser „Home-Office-Pflicht“ wird in vielen Betrieben das Home-Office als wirksames Mittel zur Kontaktreduzierung verbreitet bleiben.

Daher sollten Home-Office-Regeln überprüft und gegebenenfalls ergänzt werden. Home-Office entbindet nicht von der Erfüllung der Compliance-Pflichten, etwa im



Bereich Datenschutz, Arbeitszeit, Vertraulichkeit und Geschäftsgeheimnisschutz oder Arbeits- und Gesundheitsschutz. Arbeitgeber sollten daher nicht nur Home-Office-Vereinbarungen (gegebenenfalls mit dem Betriebsrat) überprüfen oder abschließen, sondern auch spezifische Arbeitgeberpflichten bezüglich des Home-Office (z.B. arbeitszeit- und arbeitsstättenrechtliche Pflichten) schriftlich delegieren, um eine eigene Haftung zu vermeiden.

Arbeitsplatzorganisation im Betrieb

Die Arbeitsplatzorganisation in der Betriebsstätte muss so gestaltet sein, dass Kontakte und Infektionen möglichst reduziert sind. Hierzu sehen die Corona-Arbeitsschutzregeln zum Teil detaillierte und wechselnde Vorgaben vor, die hier gar nicht abschließend aufgeführt werden können. Der Geschäftsführer ist aber verpflichtet, diese Corona-Arbeitsschutzregeln zu monitorieren zu lassen, gegebenenfalls mit externen Rechtsanwälten, um hier jederzeit schnell auf die neuen Vorgaben reagieren zu können.

Grundsätzlich müssen Arbeitsplätze so gestaltet werden, dass Infektionen erschwert und mögliche Infektionsketten unterbrochen werden. Dies kann auch zu erheblichen Umgestaltungen von Arbeitsplätzen führen. Beispielsweise können getrennte Räume oder bauliche Maßnahmen (z.B. Trennwände)

notwendig sein oder ein Nutzungskonzept zur Reduzierung der „Belegungsdichte“. Bei einer gleichzeitigen Nutzung eines Raumes gilt derzeit die Regel „Eine Person pro 10 m²“. Auch kann die Lüftungsfrequenz und -dauer oder der Einsatz von Raumluftreiniger Baustein des Infektionsschutzes sein.

Da der Corona-Virus von Mensch zu Mensch übertragen wird, sind betriebsbedingte Zusammenkünfte mehrerer Personen auf das betriebsnotwendige Minimum zu reduzieren. Dienstreisen und der Zutritt betriebsfremder Personen müssen auf das für die Erfüllung einer konkreten Arbeitsaufgabe notwendige Maß begrenzt werden. Nach über einem Jahr der pandemiebedingten Ausnahmesituation sollte die Verwendung von elektronischer Kommunikation als Alternative zu persönlichen Treffen geübt und einsetzbar sein. Besonders hingewiesen werden muss auf das betriebliche Hygienekonzept. Arbeitgeber haben ein Hygienekonzept aufzustellen, in dem die getroffenen Maßnahmen zum betrieblichen Infektionsschutz (Mindestabstand, Bereitstellung von Desinfektionsmitteln etc.) festgehalten werden und diese umzusetzen. Verschiedentlich ist je nach Landesregelungen und Branche die Einführung eines Mund-Nasenschutzes am Arbeitsplatz fest verbindlich. Aber auch alle übrigen Arbeitgeber müssen prüfen, wo Masken eingesetzt werden

müssen, wenn etwa das Raumkonzept zu Unterschreitungen des Mindestabstands führt und daher nach der Corona-Arbeitsschutzverordnung eine Maskenpflicht greift. Nicht zuletzt haben Arbeitgeber derzeit allen Beschäftigten, soweit diese nicht ausschließlich in ihrer Wohnung arbeiten, mindestens zweimal pro Woche einen Corona-Test anzubieten und die Beschaffung der Tests zu dokumentieren. Regional kann die Durchführung der Tests sogar verpflichtend sein. In Kürze wird auch das Anbieten von Impfungen durch den Betriebsarzt zu organisieren sein. All dies wird mit erheblichen Zusatzkosten für die Arbeitgeber verbunden sein.

Verdachtsfall- und Notfallmanagement

Unternehmen müssen auch auf den Ernstfall vorbereitet sein: Eine Corona-Infektion im Betrieb. Ein Verdachtsfallmanagement definiert, wie beispielsweise nach Kontakten mit Infizierten oder Rückkehrern aus Risikogebieten verfahren wird, ob also beispielsweise eine Home-Office-Quarantäne (freiwillig) angeordnet wird. Für das Szenario des positiven Coronafalls empfiehlt sich ein Notfallplan, der die notwendigen Schritte definiert, wie die Corona-Infektion intern und nach außen gemeldet und kommuniziert wird und wie Kontakte nachverfolgt werden, um ein weiteres Verbreiten des Virus zu unterbinden. Nicht zu-

letzt sind Überlegungen anzustellen, wie der Betrieb auch im Falle eines Ausbruchs aufrechterhalten bleiben kann. Arbeitsplätze von infizierten Beschäftigten sind entsprechend den gesetzlichen Vorgaben nicht nur zu reinigen, sondern auch so gut wie möglich zu desinfizieren.

Fazit

Arbeiten in der Pandemie bedeutet für Geschäftsführer eine gesteigerte Verantwortung und Aufwand. Der Erlass der neuen pandemiebedingten Vorschriften erfordert, dass der betriebliche Arbeits- und Gesundheitsschutz regelmäßig neu bewertet und die Arbeitsorganisation an die gegenwärtige Infektionslage angepasst wird. Die Einhaltung der Regularien ist aufgrund der drohenden behördlichen Maßnahmen wie Betriebsschließungen, Bußgeldern, Strafen und Haftungsrisiken nicht nur rechtlich geboten, sondern auch aus wirtschaftlichen und ethischen Gründen empfehlenswert. Da sich Infektionen nicht selten auch am Arbeitsplatz verbreiten, kann eine Bekämpfung des Corona-Virus nur unter Einbeziehung der Arbeitgeber Erfolge zeigen. Solange jedoch die Corona-Pandemie nicht abklingt, ist damit zu rechnen, dass weiterhin Maßnahmen des Infektionsschutzes am Arbeitsplatz notwendig bleiben und Politik und Verwaltung mit weiteren Gesetzen und Verordnungen auf die aktuelle Lage reagieren werden. ■

Beschlussfassung in der GmbH während der Corona-Pandemie



Kevin Wilson,
Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht sowie
Fachanwalt für Arbeitsrecht,
KLINGER UND PARTNER
Rechtsanwälte mbB

Die Beschlussfassung erfolgt in einer GmbH in der Regel auf Gesellschafterversammlungen, bei welchen die Gesellschafter körperlich anwesend sind. Die Corona-Pandemie bringt teilweise weitreichende Reise- und Kontaktbeschränkungen mit sich, so dass Gesellschafter daran gehindert sein können, an einer Präsenzversammlung teilzunehmen. Es stellt sich daher die Frage, welche Alternativen zu den während der Pandemie nur sehr eingeschränkt möglichen Präsenzversammlungen existieren bzw. wie Beschlüsse gefasst werden können, ohne dass die Gesellschafter physisch präsent sind.

I. Einleitung

Die GmbH ist im Grundsatz für ihre Handlungsfähigkeit darauf angewiesen, dass es den Gesellschaftern möglich ist, im Rahmen von Gesellschafterversammlungen physisch präsent zu sein und hierbei Beschlüsse zu allen grundlegenden Belangen der Gesellschaft zu fassen (§ 48 Abs. 1 GmbHG). Eine Beschlussfassung ist beispielsweise zwingend erforderlich für die Feststellung des Jahresabschlusses als Grundlage der Gewinnverwendung, für die Ausschüttung von Gewinnen oder die Bestellung und Abberufung von Gesellschaftsorganen wie etwa Geschäftsführern.

Wenn die Durchführung bzw. die Teilnahme an einer Präsenzversammlung aufgrund der pandemiebedingten Einschränkungen der Kontakt- und Reisemöglichkeiten nicht oder nur erschwert möglich ist, stellt sich die Frage nach Alternativen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es in der Satzung an Regelungen zu einer Beschlussfassung im Umlaufverfahren oder gar einer virtuellen Gesellschafterversammlung fehlt.

II. Gesetzeslage vor COVID-19

Die Gesellschafterversammlung einer GmbH ist nach § 48 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich eine Präsenzveranstaltung.

§ 48 Abs. 2 GmbHG eröffnet unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit der Beschlussfassung, ohne dass es einer körperlichen Zusammenkunft der Gesellschafter bedarf.

Voraussetzung hierfür ist aber, dass entweder alle Gesellschafter in Textform dem Beschlussantrag zustimmen, also inhaltlich einheitlich abstimmen (Alternative 1) oder aber, dass alle Gesellschafter sich mit dem Verfahren der schriftlichen Stimmabgabe einverstanden erklären (Alternative 2). Beide Varianten setzen also das Einverständnis sämtlicher Gesellschafter voraus.

§ 48 Abs. 2 GmbHG ist dispositiv, d.h. die Satzung kann Abweichungen vom Gesetz vorsehen. Denkbar sind hier in erster Linie Regelungen zu einer Beschlussfassung im Umlaufverfahren auch ohne Einstimmigkeit oder aber Regelungen zu virtuellen Gesellschafterversammlungen.

III. Änderungen der Gesetzeslage anlässlich COVID-19

Mit dem „Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“ v. 27.3.2020, welches am 28.3.2020 in Kraft trat, hat der Gesetzgeber erhebliche Neuerungen für weite Teile der wirtschaftlichen und privaten Rechtsbeziehungen eingeführt.

Als Teil dieses Maßnahmenpakets hat der Gesetzgeber das „Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie“ (nachfolgend „COVMG“) zur Verhinderung einer drohenden Handlungsunfähigkeit der betroffenen Gesellschaftsorgane verabschiedet. § 2 COVMG betrifft die GmbH.

1. Erleichterung für Beschlussfassung im Umlaufverfahren

§ 2 COVMG sieht vorübergehend davon ab, dass das Einverständnis sämtlicher Gesellschafter für eine schriftliche Beschlussfassung nach § 48 Abs. 2 GmbHG vorliegen muss. Die Stimmabgabe in Textform bzw. die Abstimmung im schriftlichen Verfahren ist zulässig, auch wenn nicht alle Gesellschafter hiermit einverstanden sind. Hierzu sieht § 2 COVMG kein bestimmtes Quorum vor.

Dies gilt allerdings nur, soweit nicht die Satzung selbst bereits ein vom gesetzlichen Einstimmigkeitserfordernis abweichendes Quorum vorsieht. Sieht die Satzung bspw. eine drei Viertel Mehrheit für das schriftliche Verfahren (und damit eine Erleichterung zu § 48 Abs. 2 GmbHG) vor, so verbleibt es bei dieser Regelung trotz § 2 COVMG.

2. Keine Regelung zu Form und Ablauf der Beschlussfassung im Umlaufverfahren

Das COVMG enthält keine Regelungen zu Form und Ablauf der Beschlussfassung im Umlaufverfahren. Es muss insoweit auf die – in diesem Fall lückenhaften – Bestimmungen des GmbHG zurückgegriffen werden. Erleichterungen gelten insoweit nicht.

a) Einleitung der Beschlussfassung

Sofern die Satzung keine erleichterte Möglichkeit einer elektronischen Einberufung vorsieht, hat der Geschäftsführer im Rahmen seiner Einberufungskompetenz (§ 49 Abs. 1 GmbHG) allen Gesellschaftern ein

Einschreiben postalisch zu übersenden, welches die Tagesordnung und die anstehenden Beschlussgegenstände hinreichend konkretisiert und welches darüber hinaus die Beschlussfassung im Umlaufverfahren einleitet und zur Stimmabgabe in Text- oder Schriftform bis zu einem bestimmten Termin auffordert.

Welche Frist für die Stimmabgabe angemessen ist, wird von § 48 Abs. 2 GmbHG nachvollziehbarer Weise nicht weiter thematisiert, da hiernach ja stets Einstimmigkeit erforderlich ist, eine nicht (rechtzeitig) abgegebene Stimme also automatisch zur Unwirksamkeit des Umlaufbeschlusses führt.

Aus Gründen des Minderheitenschutzes wird die Frage der angemessenen Frist unter den vereinfachten Bedingungen des COVMG nun aber relevant. Eine gesetzliche Regelung wäre wünschenswert und erforderlich, um Beschlussmängeln vorzubeugen, fehlt jedoch.

In der Praxis sollte sicherheitshalber zumindest die zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung geltende Frist (§ 51 GmbHG, ggf. mit Abweichung in der Satzung) gewahrt werden.

b) Beschlussfähigkeit

Das COVMG schweigt auch zur Frage, ob für die Beschlussfähigkeit im Umlaufverfahren ein bestimmtes Quorum erreicht werden muss. Ein in der Satzung bestimmtes Quorum für die Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung wird aber auch auf die Beschlussfassung im Umlaufverfahren zu übertragen sein.

c) Form der Beschlussfassung

Die Beschlussfassung nach § 48 Abs. 2 GmbHG erfolgt zumindest in Textform (§ 126b BGB). Erforderlich ist damit eine lesbare Erklärung des Gesellschafters, die ihn als Absender der Erklärung erkennen lässt.



Hierunter fallen z.B. eigenhändig unterschriebene Erklärungen, die im Original oder per Fax an die Gesellschaft übermittelt werden sowie E-Mails oder der elektronische Scan eines eigenhändig unterzeichneten Dokuments.

d) Form der Mitteilung des Beschlussergebnisses

Mangels Präsenz wird das Ergebnis der Beschlussfassung den Gesellschaftern mitzuteilen sein. In welcher Form dies zu geschehen hat, wird vom COVMG nicht näher bestimmt.

Es sollte sicherheitshalber auf die nach dem GmbHG und der Satzung geltenden Formvorschriften zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung zurückgegriffen werden.

3. Keine Beschlussfassung im Umlaufverfahren bei gesetzlicher Präsenzpflicht

Das COVMG betrifft nur Beschlüsse, die nach § 48 Abs. 2 GmbHG bei Vorliegen der Voraussetzungen im Umlaufverfahren zulässiger Weise gefasst werden können. Beschlüsse, für die hingegen eine gesetzliche Präsenzpflicht besteht, z.B. bei Verschmelzung (§ 3 Abs. 1 Satz 2 UmwG), Spaltung (§§ 125 Satz 1 iVm 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG) oder Formwechsel (§ 193 Abs. 1 Satz 2 UmwG) können weiterhin nicht im Umlaufverfahren gefasst werden.

4. Keine virtuelle Gesellschafterversammlung

Anders als etwa bei der Aktiengesellschaft können Gesellschafterversammlungen auf Grundlage der im COVMG enthaltenen Regelungen nicht virtuell abgehalten werden.

Es sind auf Grundlage des COVMG weder Videokonferenzen noch Telefonschalten für die Gesellschafterversammlung bzw. Beschlussfassung zulässig.

Eine virtuelle Gesellschafterversammlung ist also weiterhin nur dann möglich, wenn die Satzung dies explizit zulässt.

5. Zeitliche Befristung der Änderungen

Die Regelungen des COVMG sind zeitlich befristet. Gemäß § 7 Abs. 2 COVMG findet die Änderung zunächst nur Anwendung auf Gesellschafterversammlungen und -beschlüsse, die im Jahr 2020 stattfanden bzw. gefasst wurden.

Dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz wird jedoch in § 8 COVMG das Recht eingeräumt, die Geltungsdauer des Gesetzes durch Verordnung bis längstens zum 31.12.2021 zu verlängern, sollte dies aufgrund fortbestehender Auswirkungen der COVID-19-Pandemie geboten erscheinen.

Durch die „Verordnung zur Verlängerung von Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie“ (GesRGenRCOVMVV) vom 20.10.2020 hat das zuständige Bundesministerium von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Die Regelungen des COVMG wurden bis 31.12.2021 verlängert.

IV. Kritik

Wo das COVMG bspw. für die Rechtsform der Aktiengesellschaft relativ detaillierte Regelungen und Anpassungen enthält, beinhaltet es für die GmbH eine bestenfalls bruchstückhafte Regelung.

Das durch den Gesetzgeber formulierte Ziel, für das Krisenjahr 2020 eine kurzfristige und breite Ausnutzung digitaler und virtueller Abhaltungsformen für Gesellschafterversammlungen zu ermöglichen, wurde mit Blick auf die GmbH nicht ansatzweise erreicht. Das COVMG enthält für die Beschlussfassung in der GmbH zwar Erleichterungen, bleibt aber letztlich auf halber Strecke stehen, da – anders als bspw. für Aktiengesellschaften – weder digitale Formen der Einberufung noch virtuelle Gesellschafterversammlungen möglich sind.

Die stiefmütterliche Behandlung der GmbH im Rahmen des COVMG ist in Anbetracht des hohen Verbreitungsgrads und damit der großen praktischen Bedeutung dieser Rechtsform nicht nachvollziehbar.

V. Praxishinweis

Nachdem es der Gesetzgeber für die GmbH versäumt hat, durch klare und detaillierte Regelungen für Rechtssicherheit und Flexibilität bei der Beschlussfassung zu sorgen, sollten GmbH-Satzungen dahingehend überprüft werden, ob sie die Möglichkeit vorsehen, Gesellschafterversammlungen elektronisch einzuberufen und virtuell durchzuführen bzw. Beschlüsse elektronisch oder im Umlaufverfahren zu fassen. Um hier künftig flexibel agieren zu können, sollten entsprechende Regelungen inhaltlich differenziert gestaltet sein. ■

Der Wirtschaftsstabilisierungsfonds – ein Sanierungsinstrument auch für die GmbH



Dr. Daniel Rubner,
Rechtsanwalt/Counsel,
GÖRG Partnerschaft von
Rechtsanwälten mbB, München



Dr. Lutz Pospiech,
Rechtsanwalt/Assoziierter Partner/
Dipl.-Kfm., GÖRG Partnerschaft von
Rechtsanwälten mbB, München

I. Einleitung

Die staatlichen Maßnahmen zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie führen weiterhin zu erheblichen Einschränkungen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens in Deutschland. Der Bund hat zur Abmilderung dieser Auswirkungen auf die deutsche Wirtschaft eine Vielzahl von Maßnahmen beschlossen und Schutzschirme aufgespannt – unter anderem auch das Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (Wirtschaftsstabilisierungsfondsgesetz, WStFG). Dadurch soll eine Sanierung von Unternehmen ermöglicht werden, die in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sind.

Instrumente des Wirtschaftsstabilisierungsfonds (WSF) sind Garantien des Bundes, Rekapitalisierungen und Refinanzierungen zur Krisenbewältigung. Die daraus resultierenden Eingriffe in das Gesellschaftsrecht und die Möglichkeiten für GmbHs, sich mit Hilfe des WSF zu rekapitalisieren, sollen im Folgenden überblicksartig dargestellt werden (vgl. zu den Vorschriften im Einzelnen Becker/Heyder/Pandtke, Kommentar zum WStFG, 2021).

II. Aufbau und Zweck des WStFG

Der WSF hat ein Volumen von insgesamt 600 Mrd. €. Davon sind für mögliche staatliche Garantieübernahmen 400 Mrd. € (§ 21 StFG) und für Rekapitalisierungsmaßnahmen 100 Mrd. € (§§ 22, 24 StFG) vorgesehen. Des Weiteren kann der WSF der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) Darlehen in Höhe von 100 Mrd. € für die Refinanzierung ihrer COVID-19-Sonderprogramme gewähren (§§ 23, 24 StFG).

Zweck des WSF ist die Stabilisierung von Unternehmen durch (i) die Überwindung von Liquiditätsengpässen und (ii) die Schaffung der Rahmenbedingungen für eine Stärkung der Kapitalbasis, wenn eine Bestandsgefährdung dieser Unternehmen erhebliche Auswirkungen auf die Wirtschaft, die technologische Souveränität, Versorgungssicherheit, kritische Infrastrukturen oder den Arbeitsmarkt hätte.

Art. 1 WStFG beinhaltet Änderungen des 2008 geschaffenen Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes (StFG). Durch das StFG wird ein nichtrechtsfähiges Sondervermögen geschaffen – der WSF. Dieser richtet sich an Unternehmen der sog. Realwirtschaft (§§ 15 ff. StFG).

Art. 2 WStFG enthält das neu gefasste Wirtschaftsstabilisierungsbeschleunigungsgesetz – WStBG (bisher Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz). Zentrale Bestandteile des WStBG sind die Erleichterungen für die Beschlussfassung und Durchführung von Kapitalmaßnahmen; dem WSF soll die Möglichkeit eröffnet werden, sich an Unternehmen der Realwirtschaft zu beteiligen.

1. Beteiligungserwerb durch den WSF

Für einen Beteiligungserwerb durch den WSF kommen Unternehmen in Betracht, die in den letzten beiden bereits bilanziell abgeschlossenen Geschäftsjahren vor dem 1. Januar 2020 mindestens zwei der drei folgenden Kriterien erfüllt haben: (1.) eine Bilanzsumme von mehr als 43 Mio. €, (2.) mehr als 50 Mio. € Umsatzerlöse sowie (3.) mehr als 249 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt (§ 16 Abs. 2 StFG).

Die Beteiligung erfolgt prinzipiell rechtsformunabhängig. Die Vorschriften, die die Rekapitalisierung von Unternehmen mit Hilfe des WSF begünstigen sollen, orientieren sich in erster Linie am Aktienrecht (§§ 7 ff. WStBG) und ordnen aber eine weitgehend entsprechende Geltung für andere Rechtsformen an, so auch für die GmbH (§ 9a WStBG).

2. Verpflichtungen gegenüber dem WSF

Mit den Stabilisierungsmaßnahmen werden regelmäßig umfangreiche Verpflichtungen der Unternehmen gegenüber dem WSF einhergehen. Hierfür kommen vor allem die folgenden Punkte in Betracht: Aufnahme weiterer Kredite, Mittelverwendung, Untersagung von Dividendenausschüttungen, umfassende Berichtspflichten und Entwicklung einer Ausstiegsstrategie für die Staatsbeteiligung.

III. Inanspruchnahme des WSF durch GmbHs

Das WStBG enthält erhebliche gesellschaftsrechtliche und sonstige Erleichterungen, die die Umsetzung der Rettungsmaßnahmen durch den Staat beschleunigen und rechtssicher gestalten sollen. Gesellschaften, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Schwierigkeiten eine Rekapitalisierung durch den WSF anstreben, können unter vereinfachten Voraussetzungen Kapitalmaßnahmen durchführen, um so einen Einstieg des WSF als Eigenkapitalgeber zu ermöglichen.

1. Kapitalmaßnahmen

In der GmbH bleibt die Gesellschafterversammlung für die reguläre Kapitalerhöhung zuständig, wenn es um Kapitalmaßnahmen geht, durch die ein Beteiligungserwerb seitens des WSF ermöglicht werden soll. Die Vorbereitung und Durchführung der entsprechenden Gesellschafterversammlungen werden jedoch erleichtert und zu diesem Zweck die Rechte der Altgesellschafter eingeschränkt.

Gemäß 9a Abs. 2 WStBG i.V.m. § 2 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Vereins-, Genossenschafts- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der SARS-CoV-2-Pandemie (COVMG) können Gesellschafterbeschlüsse im Umlaufverfahren gefasst werden, auch wenn es an entsprechenden Satzungsbestimmungen fehlt und auch wenn dem Umlaufverfahren nicht alle Gesellschafter zustimmen. Insoweit wird von den strengen Anforderungen des § 48 Abs. 2 GmbHG abgewichen.

Der Gesellschafterbeschluss über eine Kapitalerhöhung, die der Rekapitalisierung durch den WSF dient, bedarf abweichend von § 53 Abs. 2 GmbHG nur der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Abweichende Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag sind unbeachtlich (§ 9a Abs. 1 S. 1, 2 WStBG).

Um den WSF am Stammkapital der Gesellschaft zu beteiligen, bedarf es regelmäßig auch eines Bezugsrechtsausschlusses zu Lasten der Altgesellschafter. Auch der Beschluss über den Bezugsrechtsausschluss bedarf nur einer einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 9a Abs. 1 S. 3 WStBG). Die materielle Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses wird für den Fall, dass dieser der Zulassung des WSF dient, gesetzlich angeordnet. Ausdrücklich wird dies in § 7 Abs. 3 S. 3 WStBG zwar nur für die Aktiengesellschaft geregelt, für die GmbH ergibt sich aber aus der ratio legis dasselbe. Danach ist ein Bezugsrechtsausschluss zur Zulassung des Fonds stets zulässig und angemessen.

2. Genussrechte und Schuldverschreibungen

Genussrechte und nachrangige Schuldverschreibungen können von den Geschäftsführern der GmbH ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung ausgegeben werden, es sei denn, dass die Genussrechte oder Schuldverschreibungen ein Recht zur Wandlung in Geschäftsanteile vorsehen (§ 8 i.V.m. § 9a Abs. 4 WStBG). Besteht in der GmbH ein Aufsichtsrat, so ist dessen Zustimmung einzuholen.





3. Ausschluss von Gesellschaftern

Eine speziell auf die GmbH zugeschnittene Möglichkeit, Refinanzierungen zu erleichtern, enthält § 9a Abs. 3 WStBG. Danach können die Gesellschafter mit einer Mehrheit von drei Viertel der anwesenden Stimmen beschließen, einzelne Gesellschafter aus der Gesellschaft gegen Abfindung auszuschließen, wenn dies für den Erfolg der Stabilisierungsmaßnahme notwendig ist. Die Untergrenze der Abfindung bemisst sich anhand eines durch Sachverständigengutachten ermittelten Unternehmenswertes. Der Ausschluss wird mit Beschlussfassung wirksam.

In der Aktiengesellschaft drohen einem Aktionär bei Vereitelung von Rekapitalisierungsmaßnahmen nur Schadensersatzansprüche (§ 7 Abs. 7 WStBG), und dies auch nur dann, wenn der Aktionär die Absicht hat, sich ungerechtfertigte Vorteile zu verschaffen. Im Gegensatz dazu kann ein GmbH-Gesellschafter bereits dann ausgeschlossen werden, wenn dies für den Erfolg der Stabilisierungsmaßnahme erforderlich ist. Angesichts des sehr weitgehenden Wortlauts von § 9a Abs. 3 WStBG wird in der Literatur teilweise vertreten, die Vorschrift sei unter dem Aspekt der Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG) dahingehend einschränkend auszulegen, dass in der Person des auszuschließenden Gesellschafters zumindest ein wichtiger Grund vorliegen muss, der den Ausschluss rechtfertigt. Ist dies der Fall, spricht aber auch nichts dagegen, bei dem auszuschließenden Gesellschafter ein Stimmverbot im Rahmen der Beschlussfassung über seinen Ausschluss anzunehmen.

IV. Jüngste Beispiele

Die mit der Verwaltung des WSF betraute Bundesrepublik Deutschland Finanzagentur GmbH veröffentlicht regelmäßig die beschlossenen WSF-Stabilisierungsmaßnahmen. Diese können auf der Internetseite www.deutsche-finanzagentur.de/de/wirtschafts-stabilisierung/

eingesehen werden. Die weitaus meisten Rekapitalisierungsmaßnahmen betreffen GmbHs. Aus Februar und März 2021 sind als Beispiele zu nennen:

- GALERIA Karstadt Kaufhof GmbH mit Stabilisierungsmaßnahmen im Volumen von 460 Mio. €,
- Berge & Meer Touristik GmbH (20 Mio. €),
- Trendtours Holding GmbH (23 Mio. €),
- Georgsmarienhütte Holding GmbH (28 Mio. €).

V. Fazit

Der Bund hat mit dem WSF ein schlagkräftiges Instrument geschaffen, um Unternehmen, die coronabedingt in die Krise geraten sind, mit einem großvolumigen Rettungsschirm zu stabilisieren. Den Betroffenen wird geraten, die Beteiligungsmöglichkeiten durch den WSF auszuschöpfen. Rekapitalisierungsmaßnahmen nach dem WStFG können bis Ende 2021 in Anspruch genommen werden. ■

Mietnachträge erfolgreich verhandeln – Was Vermieter von Mietern in der Krise erwarten



Dr. Raoul Kreide,
Rechtsanwalt und Partner,
GSK Stockmann Rechtsanwälte

Seit Ausbruch der Corona-Pandemie wurden zahlreiche, auch erfolgreiche Geschäftsmodelle auf eine harte Probe gestellt. Im verhängten „Lockdown“ mussten Einzelhändler und Gastronomen über Monate hinweg komplett schließen oder konnten nur unter erheblichen Beschränkungen öffnen. Dies führte zu Umsatzeinbrüchen in nie erwartbarem Ausmaß und stellt die Geschäftsführer der betreffenden Unternehmen vor extreme Herausforderungen. Der folgende Beitrag beleuchtet, welche Aspekte für die erfolgreiche Verhandlung eines Mietnachtrags zu beachten sind und auf welche Aussagen der Mieter besser verzichten sollte.

Ausgangslage: Nicht nur eine Pandemie

Am 15. Oktober 2020 titelte das Handelsblatt: „Galeria Karstadt Kaufhof schließt reihenweise Warenhäuser“. Viele Einzelhändler ringen gerade noch um die Abwendung einer Insolvenz. Unabhängig von den Auswirkungen der Corona-Pandemie befindet sich der Einzelhandel aber schon seit langem in einem Strukturwandel. So sank die Anzahl der Kleinhändler in den letzten Jahren stetig. Obwohl sie heute noch 80 % der Unternehmen stellen, beträgt ihr Umsatzanteil nur rund 6 %. Große Handelsunternehmen erwirtschaften hingegen rund 50 % der Einzelhandelsumsätze, obwohl sie nur 0,2 % der Unternehmen repräsentieren. Die dahinterstehenden Marktentwicklungen sind bekannt. Kleine Einzelgeschäfte schließen, weil sie im Preiswettbewerb keine hochqualifizierte Beratung mehr bieten können, ohne diese persönliche Betreuung aber erst recht austauschbar werden und mit günstigeren Onlineangeboten nicht konkurrieren können. Auch die großen Filialisten verlieren zunehmend Marktanteile an den Onlinehandel, der ein riesiges Sortiment bei teilweise schon tag-

gleicher Lieferung anbietet. Durch die Corona-Pandemie haben sich diese Effekte nachhaltig beschleunigt. Kunden mussten im Lockdown alternative Einkaufsmöglichkeiten suchen. Sie haben diese kennen und oft auch schätzen gelernt. Es muss daher bezweifelt werden, ob das Vorkrisenniveau nach der Bewältigung der Pandemie überhaupt wieder erreicht werden kann.

Herausforderung: Liquiditätsmanagement

In der aktuellen Marktlage liegt die größte Herausforderung für Geschäftsführer darin, die ausreichende Liquiditätsversorgung des Unternehmens sicherzustellen. Nur so kann eine ernste Unternehmenskrise oder gar Insolvenzantragspflicht vermieden werden. Eine mögliche Zahlungsunfähigkeit nicht ernst zu nehmen, kann hingegen sowohl strafrechtliche Konsequenzen für den Geschäftsführer haben, als auch eine persönliche Haftung mit seinem Privatvermögen begründen.

Zahlreiche neue Förderprogramme wurden in den letzten Monaten aufgelegt, zu deren Inanspruchnahme jedoch viele bürokratische Hürden zu überwinden sind und nicht zuletzt zu hoffen bleibt, dass die benötigten Antragsformulare zur Verfügung stehen und bewilligte Gelder zeitnah ausgezahlt werden. Fatal wirkt es dann, wenn Auszahlungen aufgrund entdeckter Missbrauchsfälle pauschal gestoppt werden und damit einkalkulierte Finanzmittel nicht oder erst deutlich später zur Verfügung stehen. Vielversprechend ist hingegen die Ausweitung des Verlustrücktrags auf ein erfolgreiches Vorpandemiejahr 2019 (§ 111 EStG), da hier bereits gezahlte Steuern zurück-erlangt werden können.





Auf der Ausgabenseite lassen sich vor allem die Lohnkosten durch Kurzarbeit reduzieren. Die größte Herausforderung stellen daher die trotz Schließung unvermindert weiterlaufenden Mietzinsen dar. Hier kommt den Mietern zwar zugute, dass der Gesetzgeber den Lock-down nunmehr als einen Fall des „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“ (§ 313 BGB) definiert hat. Dadurch sind die Parteien aufgefordert, sich zusammen zu setzen. In welchem Umfang und unter welchen konkreten Voraussetzungen eine Anpassung zu erfolgen hat, bleibt jedoch weiterhin einer Einigung der Parteien vorbehalten oder müsste langwierig vor den Gerichten geklärt werden. Daher sollte der Geschäftsführer das konsensuale Gespräch mit dem Vermieter suchen, um einvernehmliche Regelungen zur Bewältigung der Pandemiezeit zu treffen.

Validität und Transparenz des Geschäftsmodells

Vermieter sind dann zu Zugeständnissen bereit, auch in erheblichem Umfang, wenn sich das Mietverhältnis langfristig „rechnet“. Dabei geht es weniger um die Miete der nächsten Monate als vielmehr um die über die gesamte Mietlaufzeit zu erzielende Miete, aus der sich die Gesamtrendite ergibt. Daher spielt in vielen Verhandlungen auch die Verlängerung des Mietvertrags eine wichtige Rolle. Denn dadurch kann der Vermieter die gewährten Zugeständnisse kalkulatorisch auf einen größeren Mietzeitraum verteilen.

Entscheidend ist jedoch nicht nur die reine Miethöhe. Der Vermieter kann mit derjenigen Miete kalkulieren, mit deren Eingang er während der Vertragslaufzeit sicher rechnen kann. Bestehen Zweifel an der langfristigen Bonität des Mieters, muss er Abschlüsse vornehmen. Mietsicherheiten können hingegen den Wert des Mietverhältnisses und damit die Spielräume für kurzfristige Hilfen signifikant erhöhen, wenn sie über das übliche Maß hinausgehen.

Der Geschäftsführer des Mieters darf also durchaus davon ausgehen, dass der Vermieter ein kommerzielles Interesse an der Fortsetzung des Mietverhältnisses hat. Nur muss die Unterstützung des Mieters wirtschaftlich darstellbar sein, entweder durch die absolute Gesamtrendite oder im Vergleich zur Rendite aus einer Neuvermietung, die unter Umständen Leerstandskosten, niedrigere Folgemieten und Ausbaurückstellungen (oftmals in Form einer anfänglich mietfreien Zeit) mit einkalkulieren muss.

Zugleich sollte er sich aber auch bewusst machen, dass dem Handlungsspielraum des Vermieters Grenzen gesetzt sind. Denn der Wert aller Mietverträge eines Objekts stellt den entscheidenden Faktor bei der Wertermittlung der Gesamtimmobilie dar. Oftmals müssen Vermieter, die ein Objekt kreditfinanziert erworben haben, die Zustimmung ihrer Finanzierer zu einem Nachtrag einholen, zudem drohen Zinserhöhungen oder die Forderung nach einer umfangreichen Nachbesicherung. Handelt es sich um einen institutionellen Anleger, etwa einen Immobilienfonds, können auch die vorgeschriebenen Anlagekriterien Spielräume beschränken. Im schlechtesten Fall könnte ein Fonds gezwungen sein, ein Objekt zu verkaufen, wenn beworbene Anlagekriterien dauerhaft nicht mehr erfüllt werden können.

Mieter werden daher erfolgreich über Mietnachträge sprechen können, wenn sie dem Vermieter die langfristige Validität ihres Geschäftsmodells belegen können. Geschäftsführer sollten jedoch der Versuchung widerstehen, den Vermieter mit der Androhung eines Insolvenzantrags oder der möglichst drastischen Schilderung ihrer Finanzlage zu Zugeständnissen zu bewegen.



Denn Vermieter sind durch die Privilegierung der Mieten im eröffneten Verfahren, die Mietkaution und zu einem kleinen Teil das Vermieterpfandrecht in einer wirtschaftlichen Situation, in der die geordnete Beendigung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens wirtschaftlich nicht einmal nachteilig sein muss und vor allem planbar und rechtssicher ist. Zudem wird ein Vermieter durch eine Insolvenzdrohung faktisch gezwungen, jedes weitere Verhandeln wie auch den Abschluss eines Nachtrags von entsprechenden Nachweisen bis hin zum vollständigen Sanierungsgutachten abhängig zu machen. Dies betrifft nicht nur den unter normalen Umständen fernliegenden Vorwurf einer Beihilfe zur Insolvenzverschleppung. Vielmehr droht bei Kenntnis einer ernsthaften Krise im Falle einer späteren Mieterinsolvenz nicht nur der Ausfall rückständiger Mieten, sondern darüber hinaus auch die Anfechtbarkeit erlangter Mieten, jedenfalls, sofern sie nicht unter dem Bargeschäftsprivileg gezahlt wurden. Da im schlimmsten Fall vier Jahresmieten im Risiko sind, wird schnell deutlich, dass bei üblichen Vertragslaufzeiten von zehn Jahren eine annehmbare Mietrendite unter Einbeziehung des Ausfallrisikos dann nicht mehr darstellbar ist. Gerade institutionelle Investoren müssen aber stets Rechenschaft ablegen können, ob sie mit den ihnen anvertrauten Geldern sorgsam umgegangen sind.

Kündigung ist keine Lösung

Für Geschäftsführer von Filialisten stellt sich oftmals die Frage, unrentable Standorte zu schließen, um die restlichen erhalten zu können. Befristete Gewerbemietverträge, also solche mit fester Laufzeit, können vom Mieter aber nur (ordentlich) gekündigt werden, wenn dies im Mietvertrag explizit vorgesehen ist (§ 542 Abs. 2 BGB). Aus diesem Grund versuchen einige Filialisten die Sanierung über ein „kontrolliertes“ Insolvenzverfahren. Denn dann kann auch ein befristeter Mietvertrag mit einer sehr kurzen Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende gekündigt werden (§ 109 InsO). Dies

sowie weitergehende Möglichkeiten, die Belegschaft zu reduzieren, können es Filialisten ermöglichen, unrentable Standorte selektiv zu schließen. Es ist jedoch auch mit professioneller Vorbereitung nicht auszuschließen, dass eine „Eigenverwaltung“ im „Schutzschirmverfahren“ am Ende in einem Regelverfahren mündet, bei dem der Gesellschafter sein Unternehmen verliert. Das zum Jahresanfang eingeführte präventive Restrukturierungsverfahren („StaRUG“) ist für derartige Zwecke hingegen ungeeignet, da die Kündigungsmöglichkeit langfristiger Verträge in letzter Minute aus dem Gesetzentwurf gestrichen wurde.

Nachträge gestalten

Beachtet man die vorstehenden Rahmenbedingungen, bieten sich viele wirtschaftlich sinnvolle Lösungen, denen Vermieter in der Regel auch offen gegenüberstehen. Dies reicht von Stundung oder Verzicht auf rückständige Mieten, mietfreien Zeiten bis hin zu einer vorübergehenden (Teil-)Umstellung auf umsatzabhängige Mieten (wobei gerade institutionellen Vermietern aufgrund investimentrechtlicher Vorgaben hier eine entsprechende Argumentationsbasis geliefert werden muss).

Verhandlungen über Mietnachträge werden in der Regel erfolgreich sein, wenn der Mieter darlegen kann, dass er für ein langfristig verlässliches Mietverhältnis steht. Dazu muss der Mieter darlegen können, dass er die Krise unter Einbeziehung des Mietnachtrags und ggf. weiterer Maßnahmen nachhaltig überwinden wird. Planrechnungen sind in der aktuellen Marktlage aber nur so gut wie die Transparenz der Konzepte und das Vertrauen in die dahinterstehenden Personen. Daher sollten Geschäftsführer vor allem darauf achten, Verlässlichkeit und Planbarkeit schon bei ihrer Kommunikation mit dem Vermieter in den Mittelpunkt zu stellen. ■

Fallstricke für Geschäftsführer bei Kurzarbeit



Susanne Schröder,
Geschäftsführerin/Partnerin,
Rechtsanwältin/Fachanwältin für
Arbeitsrecht, BTU SIMON GMBH,
Rechtsanwalts-gesellschaft,
Steuerberatungsgesellschaft



Sandra Weitzl-Ott LL.M.Eur,
Rechtsanwältin,
Fachanwältin für Arbeitsrecht,
BTU SIMON GMBH,
Rechtsanwalts-gesellschaft,
Steuerberatungsgesellschaft

In Zeiten der immer noch das Geschehen beherrschenden Corona-Pandemie ist Kurzarbeit nach wie vor – und immer wieder – ein probates Mittel für Unternehmen, Arbeitsausfälle und Sowiekosten zu minimieren. So werden Unternehmen entlastet und Kündigungen vermieden.

Entscheidend für die Unternehmen ist natürlich, dass für die in Kurzarbeit geschickten Mitarbeiter:innen das Kurzarbeitergeld auch tatsächlich bezahlt wird, nachdem es – im Regelfall – unternehmensseitig vorge-streckt wurde. Beim Stellen von Anträgen auf Kurzarbeitergeld sind jedoch einige ent-scheidende Voraussetzungen und Fristen zu beachten, damit das Unternehmen am Ende nicht leer ausgeht.

Ebenso bestehen nach unserer Erfahrung oft Unsicherheiten bei der Frage der Einbrin-gung von Urlaub und Freizeitguthaben sowie bei Kündigungen und Neueinstellungen während bestehender Kurzarbeit. Hierzu geben wir mit diesem Beitrag einige ent-scheidende Hinweise.

I. Stellung von Anträgen auf Kurzarbeitergeld

Voraussetzungen für Kurzarbeitergeld sind die **Anzeige des Arbeitsausfalls sowie die Antragstellung und eine entsprechende Abrechnung.**

Die Anzeige des Arbeitsausfalls muss schriftlich und **in demjenigen Monat bei der Agentur für Arbeit am Betriebs-sitz eingehen, in dem die Kurzarbeit beginnt.** Eine Begründung der zwingenden Vor-aussetzungen ist erforderlich: Es muss ein **erheblicher Arbeitsausfall mit Entgelt-ausfall vorliegen.** Aktuell, befristet bis Ende 2021, ist dies, soweit der Betrieb spätestens für März 2021 erstmalig Kurzarbeitergeld erhält bzw. erhalten hat, dann erfüllt, wenn mindestens 10 % der beschäftigten Arbeit-nehmer im jeweiligen Kalendermonat im Betrieb oder der jeweiligen Betriebsabtei-lung einen Entgeltausfall von mehr als 10 % haben. Kurzarbeit muss also nicht für den gesamten Betrieb eingeführt und angezeigt werden. Sie kann auch auf einzelne Be-triabsabteilungen beschränkt sein.

II. Nötige und sinnvolle betriebsinterne Vereinbarungen

Es ist zu beachten, dass, bevor die Anzeige über den Arbeitsausfall erfolgen darf, folgendes betriebsintern geregelt worden sein muss: In Betrieben, in denen ein Be-triebsrat besteht, muss eine Betriebsvereinbarung über die Kurzarbeit bzw. über deren Verlängerung geschlossen werden.

In allen anderen Betrieben muss generell die Zustimmung der Arbeitnehmer zur Kurz-arbeit eingeholt werden. Zudem empfehlen wir, Einzelvereinbarung mit den Arbeitneh-mern über weitere Details zu treffen. Etwa-ig sind Ankündigungsfristen und tarifliche Regelungen vor Beginn der Kurzarbeit zu beachten.

III. Verlängerung der Kurzarbeit im Betrieb

Wenn die Kurzarbeit für zusammenhän-gend **mehr als drei Monate unterbrochen** war, ist eine **neue Anzeige** gegenüber der Bundesagentur erforderlich.



Die neue Anzeige ist auch nötig, wenn **noch ein bewilligter Zeitraum für Kurzarbeit vorliegt**. Bei einer Unterbrechungszeit von mindestens drei Monaten beginnt eine neue Bezugsdauer, sofern wieder alle Voraussetzungen erfüllt werden. Die Voraussetzungen müssen erneut vorliegen und entsprechend begründet werden.

IV. Deadlines

Die Abrechnung des Kurzarbeitergeldes erfolgt immer rückwirkend, also nach Abschluss eines Monats, in dem kurzgearbeitet wurde. Der Antrag muss innerhalb einer **Ausschlussfrist von drei Monaten** bei der Agentur für Arbeit gestellt werden. Erfolgt dies zu spät, kann kein Kurzarbeitergeld mehr bezahlt werden!

Zur Abrechnung des Kurzarbeitergeldes sind **Arbeitszeitnachweise** über die geleisteten Arbeits-, Ausfall- und Fehlzeiten zu führen. Hierzu sind die Arbeitnehmer anzuhalten, ihre Arbeitszeit zu erfassen und zu unterschreiben. Hierbei sollte die Soll- und die Istarbeitszeit, die ausgefallenen Stunden sowie Arbeitsunfähigkeit, Abwesenheiten und Urlaub in tabellarischer Form eingetragen werden.

V. Umgang mit Urlaub und Zeitguthaben

Für in Anspruch genommenen Urlaub wird kein Kurzarbeitergeld gezahlt. Es ist der übliche Lohn abzurechnen.

Urlaubsplanung: Wenn Sie eine vorläufige Bewilligung zu Beginn eines neuen Urlaubsjahres haben, so müssen Sie als Arbeitgeber die Urlaubsplanung oder Urlaubsliste nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt vorlegen. Sie können den Urlaub so planen, wie es in Ihrem Betrieb üblich ist.

Resturlaub aus 2020 muss zur Vermeidung von Kurzarbeit eingebracht werden, bevor dieser verfällt. Erfolgt dies nicht, liegt kein unvermeidbarer Arbeitsausfall vor.

Erholungsurlaub aus 2021 muss zur Vermeidung der Kurzarbeit eingebracht werden, wenn die Urlaubswünsche der Arbeitnehmer dem nicht entgegenstehen. Die Urlaubsplanung ist bei der Agentur für Arbeit vorzulegen (formlose Urlaubsplanung, Urlaubsliste oder eine Vereinbarung über Betriebsferien ist nach bisheriger Handhabung ausreichend. Urlaubsanträge Ihrer Arbeitnehmer müssen nicht vorgelegt werden). Besteht eine Urlaubsplanung für 2021, muss dieser Urlaub nicht vorher zur Vermeidung von Kurzarbeit eingebracht werden.

Gibt es keine Urlaubsplanung, muss gegen Ende des Urlaubsjahres 2021 der Antritt von Urlaubsansprüchen zur Vermeidung von Kurzarbeit festgelegt werden. Das gilt aber nur, wenn der Urlaub nicht in das Urlaubsjahr 2022 übertragen werden kann. Wird dieser Urlaub nicht genommen, liegt kein unvermeidbarer Arbeitsausfall vor. Sonderregelungen gelten im Bauhauptgewerbe.

Nachdem Voraussetzung für die Zahlung von Kurzarbeitergeld ist, dass der Arbeitsausfall unvermeidbar ist, müssen **Überstunden- und Arbeitszeitkonten** grundsätzlich, bis auf einige Sonderfälle, vorab abgebaut werden. Die betroffenen Mitarbeiter dürfen nicht anderswo einsetzbar sein. Der Aufbau von negativen Arbeitszeitguthaben ist nicht erforderlich in Betrieben, die bis zum 31.03.2021 Kurzarbeit eingeführt haben.

Auch bei einer **bestehenden Gleitzeitregelung** kann nicht verlangt werden, dass vor der Kurzarbeit angesammelte Zeitguthaben von den Arbeitnehmern zur Vermeidung bzw. Verringerung des Arbeitsausfalls abgebaut werden, wenn sie der zeitlichen Größe des vereinbarten Gleitzeitrahmens entsprechen und die Regelung eine entgeltliche Abgeltung nicht zulässt.

VI. Kündigung trotz und bei Kurzarbeit?

Grundsätzlich kann auch während der Kurzarbeit gekündigt werden. Betriebsbedingte Kündigungen stehen der Idee von Kurzarbeit aber entgegen, da sie manifestieren, dass nicht mehr nur ein vorübergehender Arbeitsausfall, sondern ein dauerhafter Arbeitsausfall vorliegt. Somit können bei betriebsbedingt motivierten Kündigungen insgesamt die Voraussetzungen für Kurzarbeit entfallen bzw. von der Agentur in Zweifel gezogen werden. Gleichzeitig kann das Bestehen von Kurzarbeit im Betrieb es im Einzelfall erschweren, eine betriebsbedingte Kündigung gerichtsfest zu begründen. Lassen Sie sich also vorher beraten und stimmen Sie sich mit der Bundesagentur ab.

In jedem Fall sollten Sie beachten, dass **ab Aussprache einer Kündigung kein Anspruch (mehr) auf Kurzarbeitergeld besteht**, unabhängig davon, ob die Kündigung durch den Arbeitnehmer oder den Arbeitgeber (z.B. auch einer verhaltensbedingten Kündigung) erfolgt. Dies gilt auch im Fall des Abschlusses eines Aufhebungsvertrags, da dann feststeht, dass der Arbeitsplatz nicht erhalten wird.

VII. Neueinstellungen in Zeiten von Kurzarbeit?

Beachten Sie: Wenn der Arbeitsvertrag vor Beginn der Kurzarbeit unterzeichnet war, sind Neueinstellungen während Kurzarbeit im Betrieb grundsätzlich möglich. Allerdings ist eine vorherige Absprache mit der Bundesagentur zwingend erforderlich. Bei Neueinstellung während des Bezugs von Kurzarbeitergeld ist zu prüfen, ob diese Einstellung für den Betrieb unumgänglich notwendig ist (z.B. bei Schlüsselpositionen, ohne die eine Betriebstätigkeit nicht fortgesetzt werden kann). Neueinstellungen können dazu führen, dass der für Kurzarbeit erforderliche Arbeitsausfall als widerlegt gilt. Daher sind **Neueinstellungen während der Kurzarbeit stets vorher mit der Bundesagentur abzustimmen**.

VIII. Überprüfungen

Kurzarbeitergeld wird zunächst immer nur vorläufig ausgezahlt.

Erst nach Ende des Abrechnungszeitraums ist eine Abschlussprüfung durch die Bundesagentur vorgesehen, die innerhalb von sieben Monaten nach Ende des Kurzarbeitergeldbezuges durchzuführen ist und mit einem Abschlussbescheid endet.

Die Agenturen für Arbeit haben dafür nun Sonderprüfungsgruppen gebildet. Dabei werden die für die Lohnabrechnung relevanten Unterlagen (z. B. Zeitaufzeichnungen) geprüft. Sollten sich Überzahlungen ergeben, werden diese zurückgefordert. Verstöße werden gegebenenfalls durch die Stelle für Ordnungswidrigkeiten verfolgt, an die Staatsanwaltschaft gemeldet oder an den Zoll geleitet (z.B. bei Verstoß gegen das Mindestlohngesetz). ■



Die Geschäftsleiterhaftung des StaRUG



Dr. Ludwig J. Weber, LL.M.,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht,
Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht,
Schultze & Braun GmbH
Rechtsanwaltsgesellschaft

Das Jahr 2021 hat Neuerungen für die Haftung der Gesellschaftsorgane – insbesondere in der Krise – mit sich gebracht. Neben den Änderungen in der Insolvenzordnung¹ ist seit dem 1. Januar 2021 das neue Haftungsregime des StaRUG² zu beachten.

I. Einleitung

Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem StaRUG seine Verpflichtung zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2019/1023³ ins nationale Recht vollzogen. Mit dem StaRUG wurde den betroffenen Unternehmen darüber hinaus auch ein neuer „Werkzeugkasten“ an die Hand gegeben, um auf wirtschaftliche Schwierigkeiten außerhalb eines Insolvenzverfahrens reagieren zu können. Während das Insolvenzrecht bislang vorrangig die Haftungsrealisierung für die Gläubiger im Blick hatte, soll das StaRUG ein modular gestaltetes Hilfsangebot für Schuldner darstellen, indem diese autonom bestimmen können, mit welchen ihrer Gläubiger sie sich – im Wesentlichen nicht öffentlich – restrukturieren möchten. Die weitreichende Gestaltungskompetenz der Schuldner macht es als Gegengewicht erforderlich, diesem Verfahren auch ein eigenes gesetzliches Haftungsregime an die Seite zu stellen. Dieses Haftungsregime differenziert zwischen der reinen Innenhaftung und der Außenhaftung der Geschäftsleiter gegenüber Dritten.

II. Innenhaftung

§ 43 StaRUG bildet die zentrale Haftungsnorm. Grundvoraussetzung einer Haftung nach dieser Vorschrift ist die Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache. Als Innenhaftung obliegt die Geltendmachung von Haftungsansprüchen allein dem Schuldner. Oftmals wird es in

der Praxis so sein, dass erst bei einem Scheitern der Sanierungssache und einem anschließenden Insolvenzverfahren ein Insolvenzverwalter solche Ansprüche gegen den Geschäftsleiter geltend machen wird.

1. Der gesetzliche Pflichtenrahmen

Das Pflichtenprogramm der Geschäftsleiter und das daran anknüpfende Haftungsregime richtet sich ausschließlich an die Geschäftsleiter haftungsbeschränkter Schuldner. Soweit daneben auch die Haftung von Kontrollgremien, wie z.B. einem Aufsichtsrat, in Betracht kommt, richtet sich diese nach den allgemeinen Vorschriften der § 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 2 S. 1, 2 AktG, wenn sie schuldhaft nicht darüber wachen, dass die Geschäftsleiter ihren Pflichten nach § 43 Abs. 1 S. 1 StaRUG nachkommen. Auf eine ausdrückliche Haftungsregelung für Überwachungsorgane hat der Gesetzgeber des StaRUG bewusst verzichtet.

Als Ausfluss des Legalitätsprinzips⁴ verpflichtet § 43 Abs. 1 S. 1 StaRUG die Geschäftsleiter darauf zu achten, dass das betroffene Unternehmen die Restrukturierungssache mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreibt und die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger wahrt. Dieser Sorgfaltsmaßstab für Unternehmen und Geschäftsleiter ist nicht neu, sondern entspricht in weiten Teilen den allgemeinen Sorgfaltspflichten von GmbH-Geschäftsführern (§ 43 Abs. 1 GmbHG) und Vorständen (§ 93 Abs. 1 AktG). Aufgrund der weitreichenden Verpflichtung der Schuldner, die Gläubigerinteressen bereits im außergerichtlichen Sanierungsverfahren zu schützen, haben die Geschäftsleiter wie ein für die Gläubiger tätiger, selbstständiger, treuhänderischer Verwalter fremden Vermögens zu handeln.

¹ Dabei ist insbesondere die Einführung der neuen Haftungsvorschrift des § 15b InsO, der die ehemaligen rechtsformspezifischen Haftungsnormen des GmbH-, Aktien- und Genossenschaftsrechts in der Insolvenzordnung zusammenfasst und ersetzt, zu nennen. Der Anwendungsbereich der Haftungsvorschriften der Insolvenzordnung beginnt jedoch erst ab Vorliegen eines zwingenden Insolvenzgrundes.

² Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz – StaRUG), v. 22.12.2020 (BGBl. I S. 3256).

³ Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, Entschuldung und Tätigkeitsverbote sowie Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren (Restrukturierungsrichtlinie).

⁴ BT-DrS. 19/25353, 8.



Die für sie zu beachtenden Maßstäbe ergeben sich insbesondere aus dem Restrukturierungsplan oder dem Konzept nach § 31 Abs. 2 Nr. 1 StaRUG sowie den weiteren Darstellungen nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 und 3 StaRUG.

Auch wenn das zugrunde zu legende Interesse der Gläubiger regelmäßig der Erhalt eines zur Befriedigung ihrer Forderungen genügenden Vermögens ist⁵, enthält § 43 Abs. 1 S. 1 StaRUG kein striktes Zahlungsverbot.⁶ Hierin liegt gerade der Reiz und die Chance des außergerichtlichen Sanierungsverfahrens. Die Geschäftsleiter haben sich also gerade nicht so zu verhalten, als sei ihr Unternehmen bereits insolvenzantragspflichtig. Nur soweit sich abzeichnet, dass das Unternehmen zahlungsunfähig oder überschuldet werden könnte, sind ggf. Maßnahmen zur Massesicherung zu ergreifen.

Tritt während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ein, haben die Geschäftsleiter die Anzeigepflichten des § 42 Abs. 1 StaRUG zu erfüllen, deren Missachtung mit Geld- oder Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren sanktioniert ist. Überdies gilt in diesem Fall auch das Zahlungsverbot des § 15b InsO mit der Folge, dass Geschäftsleiter für verbotene Zahlungen persönlich voll und unbeschränkt haften.

Da ab Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache den Schuldner – und damit die Geschäftsleiter – die gesetzliche Pflicht zur Wahrung der Gläubigerinteressen trifft, dürfen die Geschäftsleiter weder aus eigenem Antrieb noch auf Weisung der Gesellschafter hin von § 43 Abs. 1 S. 1 StaRUG abweichen.⁷ Auch ein Verweis auf die business judgement rule ist den Geschäftsleitern grundsätzlich verwehrt, da die Entscheidung für oder gegen die Befolgung der Schuldnerpflichten aus § 32 Abs. 1 S. 1 StaRUG keine unternehmerische Entscheidung ist. Allenfalls ist den Geschäftsleitern bei unklarer Rechtslage oder alternativen Handlungsoptionen im Hinblick auf die Auswahl der ge-

botenen Handlung ein gewisses Auswahlermessen einzuräumen.⁸ Geschäftsleitern, die vor einer solchen Entscheidung stehen, ist wie für das gesamte außergerichtliche Sanierungsverfahren anzuraten, sowohl ihre Aufklärungsbemühungen, die Einbindung sachverständiger Dritter als auch ihre Entscheidungsfindung zu dokumentieren.

2. Verschuldensmaßstab

Die Geschäftsleiter haften für schuldhaftes Handeln oder Unterlassen und haben damit Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Sind mehrere Geschäftsleiter bestellt, haften diese gesamtschuldnerisch.

Wichtig für die Praxis ist hierbei, dass den Anspruchsteller nur die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, dass ihm durch das Handeln der Geschäftsleiter in deren Pflichtenkreis ein Schaden entstanden ist.⁹ Demgegenüber enthält § 43 Abs. 1 S. 2 StaRUG die gesetzliche Vermutung des Verschuldens zu Lasten der Geschäftsleiter. Eine Exculpation ist den Geschäftsleitern danach nur möglich, wenn sie darlegen und beweisen können, dass sie pflichtgemäß gehandelt haben oder der Schaden auch bei pflichtgemäßem Handeln entstanden wäre.

3. Schadensumfang und Haftungsfreistellung

Die Schadensersatzpflicht nach § 43 Abs. 1 S. 2 StaRUG erstreckt sich auf den sogenannten Quotenschaden, also die Minderung des haftenden Schuldnervermögens. Der Schuldner kann sich hinsichtlich des Vorliegens und der Höhe des Schadens sowie für der haftungsausfüllenden Kausalität¹⁰ auf die Beweiserleichterung nach § 287 Abs. 1 ZPO berufen.¹¹

⁵ StaRUG-RegE, 105.

⁶ StaRUG-RegE, 105.

⁷ Vgl. zum Legalitätsprinzip als Grenze der Geschäftsführungsbefugnis Baumbach/Hueck/Beurskens GmbHG § 37 Rn. 24.

⁸ Vgl. zu § 93 AktG MüKoAktG/Spindler AktG § 93 Rn. 89.

⁹ Vgl. zur Rechtslage bei GmbH, Genossenschaft und AG: BGH NJW 2003, 358.

¹⁰ Musielak/Voit/Foerste ZPO § 287 Rn. 3.

¹¹ BGH NJW 2003, 358.

Ebenfalls für die Praxis von Bedeutung dürfte sein, dass Ansprüche nach § 43 Abs. 1 S. 2 StaRUG nicht zur Disposition des Unternehmens stehen. Ein Verzicht auf den Schadensersatzanspruch durch die Gesellschafterversammlung des betroffenen Unternehmens scheidet danach aus. Entsprechendes gilt auch für einen diesbezüglichen Vergleich, sofern nicht die Ausnahmen in § 43 Abs. 2 S. 2 StaRUG Anwendung finden. Danach soll unter Berücksichtigung der jeweiligen Leistungsfähigkeit der Geschäftsleiter eine praktikable Lösung ermöglicht werden, die für die Gläubiger wirtschaftlich sinnvoll ist und folglich dem Interesse ihrer bestmöglichen Befriedigung dient.

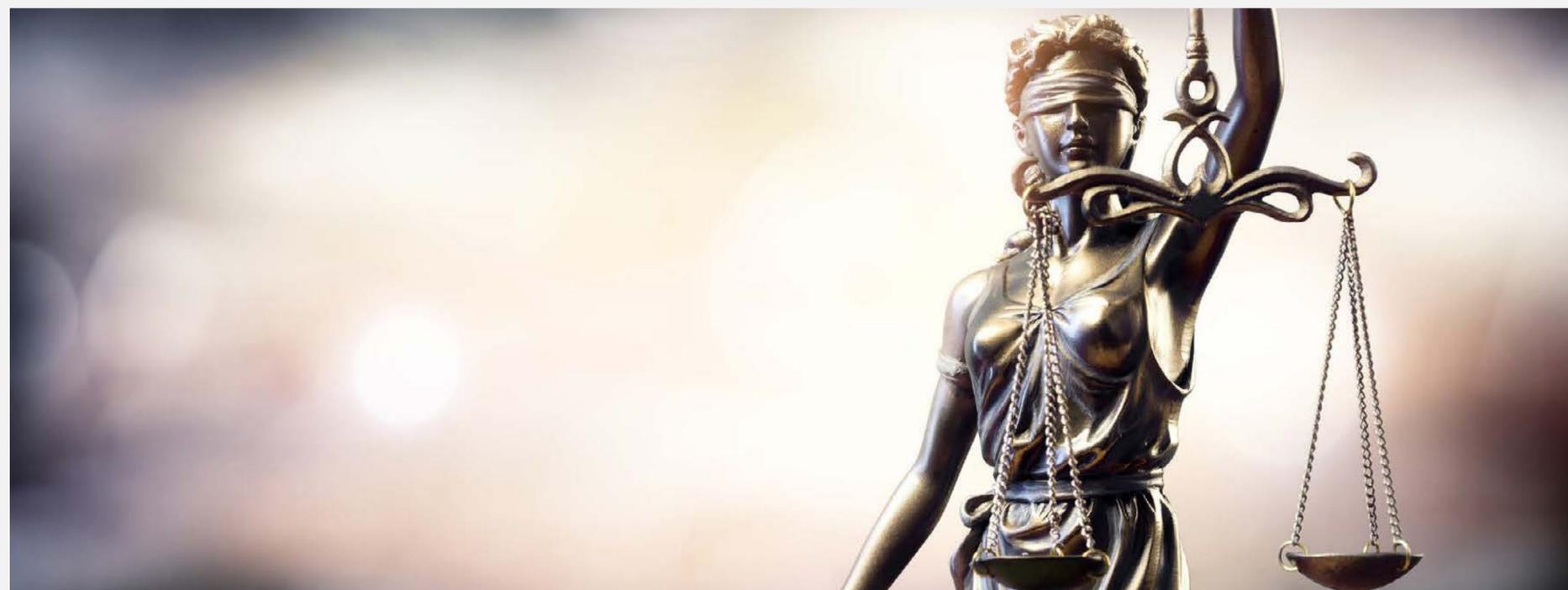
III. Außenhaftung

Eine Außenhaftung der Geschäftsleiter im außergerichtlichen Sanierungsverfahren ist im StaRUG nur in § 57 geregelt. Sofern Gläubiger infolge einer durch schuldhaft falsche Angaben des Geschäftsleiters erwirkten Stabilisierungsanordnungen oder durch die nicht ordnungsgemäße Behandlung von Verwertungserlösen einen

Schaden erleiden, sollen die verantwortlichen Geschäftsleiter haftungsbeschränkter Schuldner hierfür haften. Eine solche Ausnahme vom Prinzip der reinen Innenhaftung ist erforderlich, da insoweit – trotz oder gerade wegen ggf. vorhandener Vorteile für die Gläubigersamtheit – einzelne Gläubiger individuelle Schäden erleiden können.

IV. Fazit

Die Haftung der Geschäftsleiter nach den Vorschriften des StaRUG ist im Wesentlichen auf die verfahrensbezogene Innenhaftung beschränkt. Die anfänglichen Befürchtungen einer ausufernden Haftung ab drohender Zahlungsunfähigkeit haben sich damit nicht realisiert. Der zu beachtende Pflichtenkanon der Geschäftsleiter dürfte damit den Bemühungen um eine Sanierung betroffener Unternehmen bereits in einem frühen Krisenstadium nicht im Wege stehen. ■



Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber Dritten und Gesellschaftern – Ein aktueller Rechtsprechungsüberblick¹



Matthias W. Kroll, LL.M.,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Fachanwalt für Versicherungsrecht,
DR. NIETSCH & KROLL RECHTSANWÄLTE,
FACHANWÄLTE

I. Haftung gegenüber außenstehenden Dritten

Eine Haftung der Geschäftsführer gegenüber außenstehenden Dritten kommt überwiegend aus deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlagen in Betracht. Hierneben können auch Ansprüche aus einer sog. Sonderverbindung bestehen.

1. Ansprüche aus sog. Sonderverbindung

Eine vertragliche Haftung des Geschäftsführers im Außenverhältnis kann sich daraus ergeben, dass er in Gestalt einer Bürgschaft, eines Schuldbeitritts oder eines Garantieversprechens für die Erfüllung einer Verbindlichkeit der GmbH einzustehen verspricht.

Bei einer Bürgschaft ist nach der Rechtsprechung selbst dann das Formerfordernis des § 766 BGB zu beachten, wenn der sich verbürgende Geschäftsführer alleiniger Gesellschafter-Geschäftsführer ist.

Eine ähnliche Formfrage stellt sich im Rahmen des Schuldbeitritts von Geschäftsführern/Gesellschaftern zu Darlehensverträgen der GmbH mit gewerblichen Kreditgebern hinsichtlich der Formvorschrift des § 492 BGB, die nach ständiger Rechtsprechung auch auf den Schuldbeitritt eines Verbrauchers Anwendung findet.² Auch hier hält der BGH daran fest, dass die Stellung als geschäftsführender Alleingesellschafter die Verbrauchereigenschaft unberührt lässt³.

Eine Haftung der Geschäftsführer wegen fehlender Vertretungsmacht gem. § 179 BGB kommt namentlich dann in Betracht, wenn bei bestehender Gesamtvertretungsmacht gem. § 35 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nur einer der Geschäftsführer gehandelt und ausdrücklich

oder konkludent Einzelvertretungsmacht oder eine entsprechende Ermächtigung des Mitgeschäftsführers behauptet hat.⁴

Eine entsprechende Nachforschungsobliegenheit besteht nur bei Vorliegen konkreter Umstände, die Anlass geben, an der Behauptung des Geschäftsführers zu zweifeln⁵. Die Haftung nach § 179 BGB entfällt allerdings, wenn der Geschäftsgegner auch bei unterstellter Vertretungsmacht des Geschäftsführers keine realisierbaren Ansprüche gegen die vertretene GmbH gehabt hätte, weil diese vermögenslos war⁶. In derartigen Fällen ist aber an eine mögliche Insolvenzverschleppungshaftung des Geschäftsführers nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO zu denken.

Eine persönliche Haftung des Geschäftsführers kann sich ferner aus sog. Rechtsscheingrundsätzen ergeben. So verhält es sich insbesondere, wenn der Geschäftsführer durch sein Auftreten ohne den nach § 4 GmbHG vorgeschriebenen Rechtsformzusatz einem gutgläubigen Dritten gegenüber den Anschein erweckt, er sei selbst oder zusammen mit anderen der Inhaber des Unternehmens, der dieses in unbeschränkter persönlicher Haftung betreibt. Er muss sich dann so behandeln lassen, als entspräche der von ihm zurechenbar gesetzte Rechtsschein der Wirklichkeit.

Ferner macht sich der Geschäftsführer auch dann persönlich haftbar, wenn er zwar nicht den Anschein erweckt, er selbst sei unbeschränkt haftender Geschäftsinhaber, aber durch Fortlassung des Rechtsformzusatzes zurechenbar den Rechtsschein setzt, dass ein von ihm verschiedener Geschäftsinhaber persönlich haftet.

¹ Es wurde die Rechtsprechung bis Oktober 2020 berücksichtigt.
² BGH v. 8.11.2005 – XI ZR 34/05, BGHZ 165, 43 = ZIP 2006, 68 Rz. 12 m.w.N. (zu § 4 VerbrKrG)
³ BGH v. 8.11.2005 – XI ZR 34/05, BGHZ 165, 43 = ZIP 2006, 68 Rz. 14 ff.
⁴ Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rz. 930 ff.
⁵ BGH v. 9.10.1989 – II ZR 16/89, ZIP 1989, 1453, 1454.
⁶ Ellenberger in Palandt, § 179 BGB Rz. 2



Nach der Rechtsprechung des BGH soll darüber hinaus der Geschäftsführer einer UG (haftungsbeschränkt) auch dann haften, wenn er statt des nach § 5a Abs.1 GmbHG vorgeschriebenen Rechtsformzusatzes der UG (haftungsbeschränkt) für eine „GmbH“ auftritt⁷.

2. Eigenhaftung aus Verschulden bei Vertragsschluss

Weiterhin kommt eine Haftung des Geschäftsführers aus § 280 Abs.1, § 241 Abs.2, § 311 Abs.2 – 3 BGB in Betracht, wenn er für die GmbH Vertragsverhandlungen führt und dabei Aufklärungs- oder sonstige vorvertragliche Pflichten verletzt.

Der BGH erkennt eine Eigenhaftung in diesem Zusammenhang im Wesentlichen in zwei Fallgruppen an⁸:

- der Vertreter nimmt in besonderem Maß persönliches Vertrauen für sich (nicht nur für den von ihm Vertretenen) in Anspruch und beeinflusst dadurch erheblich die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss;
- der Vertreter hat ein unmittelbares eigenes wirtschaftliches Interesse an dem Vertragsabschluss.

Die zweite Variante hat allerdings ihre Bedeutung verloren, seitdem der BGH anerkannt hat, dass selbst eine maßgebliche

oder alleinige Beteiligung des handelnden Gesellschafter-Geschäftsführers an der GmbH nicht ausreicht, um eine Eigenhaftung wegen des wirtschaftlichen Eigeninteresses zu begründen⁹.

Aber auch an die erste Variante einer Haftung bei Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens stellt jedenfalls die neuere Rechtsprechung strenge Anforderungen, sodass in der Praxis selten Haftungsfälle hierzu eintreten.

II. Haftung gegenüber Gesellschaftern

Die Organhaftung besteht nach § 43 Abs.2 – 3 GmbHG gegenüber der Gesellschaft, nicht gegenüber den Gesellschaftern. Die bloße Verletzung einer Geschäftsführerpflicht nach § 43 Abs.1 GmbHG führt daher nicht zu Ansprüchen der Gesellschafter gegen den Geschäftsführer aus Sonderverbindung oder aus § 43 Abs.1 i.V.m. GmbHG § 823 Abs.2 BGB. Der geschädigte Gesellschafter kann sich bei Verletzung seiner Mitgliedschaftsrechte aber an die Gesellschaft halten (§ 280 Abs.1 BGB), der das Verhalten des Geschäftsführers nach § 31 BGB zugerechnet wird.

Eine unmittelbare Haftung der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern kann

sich somit nur aus anderen Anspruchsgrundlagen ergeben. Das GmbHG sieht in § 31 Abs.6 selbst eine solche Anspruchsgrundlage vor, allerdings nur für den Sonderfall, dass der Geschäftsführer schuldhaft eine nach § 30 Abs.1 verbotene Auszahlung bewirkt und dadurch die Ausfallhaftung der Gesellschafter nach § 31 Abs.3 ausgelöst hat.

1. Ansprüche aus Sonderverbindung

Eine Haftung kann aber aus gesonderten (vor-)vertraglichen Beziehungen zwischen dem Geschäftsführer und einem Gesellschafter erwachsen. Ein praxisrelevantes Beispiel für eine solche Haftung aus Sonderverbindung unmittelbar gegenüber den Gesellschaftern bilden insbesondere Fälle des Management-Buyout, in denen den Geschäftsführern eine Aufklärungspflichtverletzung im Vorfeld des Vertragsschlusses zur Last fällt. Beim Management-Buyout werden die Geschäftsführer als verpflichtet angesehen, die veräußerungswilligen Gesellschafter über sämtliche wertrelevanten Tatsachen zu informieren, einschließlich stiller Reserven, greifbarer Geschäftschancen und etwaiger höherer Kaufangebote Dritter. Verletzen die Geschäftsführer ihre Aufklärungspflicht, ergeben sich daraus Schadensersatzansprüche der Gesellschafter aus § 280 Abs.1, § 241 Abs.2, § 311 Abs.2 BGB¹⁰.

7 BGH v. 12.6.2012 – II ZR 256/11, GmbHR 2012, 953 Rz. 13 ff. m. abl. Anm. Römermann.

8 Etwa BGH v. 25.4.2006 – X ZR 198/04, MDR 2007, 326

9 BGH v. 6.6.1994 – II ZR 292/91, BGHZ 126, 181, 183 ff. = GmbHR 1994, 539 in Abkehr von seiner früheren, erheblich strengeren Rechtsprechung

10 Rhein, Der Interessenkonflikt der Manager beim Management Buy-out, 1996, S. 215 f.

2. Ansprüche aus unerlaubter Handlung

a) Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB

Verletzt der Geschäftsführer einen Gesellschafter in einem der durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte oder Rechtsgüter (Eigentum, Gesundheit etc.), gilt grundsätzlich nichts anderes als für die Haftung gegenüber Dritten.

Problematisch ist, ob sich der deliktische Schutz der Mitgliedschaft auch auf Eingriffe aus dem sog. Verbandsinnenverhältnis, also auf Eingriffe seitens der Gesellschaft und ihrer Organe oder der Mitgesellschafter, erstreckt. Der BGH hat dies in einer bisher vereinzelt gebliebenen vereinsrechtlichen Entscheidung („Schärenkreuzer“¹¹) angenommen und es infolgedessen für möglich gehalten, dass einem Vereinsmitglied, dessen Segelboot vom Vorstand einer sog. Klassenvereinigung zu Unrecht die Anerkennung als klassengerechter Schärenkreuzer versagt worden war, ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB unmittelbar gegen das Vorstandsmitglied der Vereinigung zusteht. Unklar blieb allerdings, ob diese Rechtsfolge nur eingreift, wenn ein Eingriff von erheblichem Gewicht vorliegt, der unmittelbar gegen den Bestand der Mitgliedschaft oder die in ihr verkörperten Rechte gerichtet ist.

b) Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB

Als Schutzgesetz, dessen Verletzung eine Organhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB unmittelbar (auch) gegenüber den Gesellschaftern begründen kann, ist insbesondere der Straftatbestand des § 82 GmbHG (falsche Angaben bei Gründung und Kapitalmaßnahmen) anerkannt. Umstritten ist dagegen, ob auch Verstöße gegen § 85 GmbHG (Verletzung der Verschwiegenheitspflicht) eine Organhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB gegenüber den Gesellschaftern zu begründen vermögen. Dies wird überwiegend angenommen.

Eine Untreue des Geschäftsführers gem. § 266 StGB, die auf eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Gesellschaft gestützt wird, kann demgegenüber entgegen einer früher herrschenden Ansicht nicht zu Ansprüchen der einzelnen Gesellschafter aus § 823 Abs. 2 BGB führen¹². Bei Verletzungen der Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) scheidet eine Organhaftung gegenüber den Gesellschaftern nach wohl herrschender Auffassung ebenso aus, auch im Verhältnis zu erst nach der Entstehung der Insolvenzantragspflicht beitretenden Neugesellschaftern¹³.

Vorschriften des GmbHG, die keine Straf- oder Bußgeldvorschriften sind und lediglich das Mitgliedschaftsverhältnis zwischen GmbH und Gesellschafter näher ausgestalten, sind ebenso nach überwiegender Auffassung nicht als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anzusehen, wie etwa § 49 Abs. 3 GmbHG¹⁴ und § 51a GmbHG 1408).

c) Haftung nach § 826 BGB

Schädigt ein Geschäftsführer die Gesellschafter vorsätzlich und sittenwidrig, sind Schadensersatzansprüche aus § 826 BGB denkbar.

Bezieht sich der Vorsatz allein auf eine Schädigung des Gesellschaftsvermögens, ist allerdings fraglich, ob neben der unmittelbar geschädigten GmbH auch die nur mittelbar geschädigten Gesellschafter anspruchsberechtigt sind, was zu verneinen sein dürfte. ■



11 BGH v. 12.3.1990 – II ZR 179/89, BGHZ 110, 323 = ZIP 1990, 1067 Rz. 12, 20 bei juriS.

12 LG Wiesbaden v. 13.8.2015 – 9 O 286/14, AG 2015, 833 (zur AG)

13 Klöhn in MünchKomm. InsO, 4. Aufl. 2019, § 15a InsO Rz. 162 ff. m.w.N.

14 Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2015

Unternehmerisches Ermessen in der Krise des Unternehmens



Uwe Müllner,
Rechtsanwalt/LL.M.,
PATZINA LOTZ Rechtsanwälte
Partnerschaft mbB

Einleitung

Krisenfaktoren frühzeitig zu erkennen, Krisen zu vermeiden, insbesondere jedoch, sie zu bewältigen, sind Kern-Bestandteile des Krisenmanagements. Die Bedeutung des Krisenmanagements für Unternehmen hat sich aufgrund der sich verschlechternden politischen, wirtschaftlichen, sozialen und technologischen Rahmenbedingungen in der letzten Zeit erheblich verstärkt. Hinzu kommt, dass die sozialen Medien, die Schnelligkeit und Beliebigkeit von Informationen die Grenzen zwischen Fakten und Skandalisierung verschwimmen lassen. Nicht nur die betriebswirtschaftliche, sondern insbesondere auch die rechtliche Qualität des Krisenmanagements spielen bei der Krisenbewältigung eine kaum zu unterschätzende Rolle für das Unternehmen und die Handlungs- und Sorgfaltspflichten der Unternehmensleitung. In der Praxis hat sich zudem gezeigt, dass gerade Gesetzesverletzungen zu den Hauptauslösern von Unternehmenskrisen gehören, während Gesetze zugleich von der Unternehmensleitung zu berücksichtigende Vorgaben für die Prävention und die Bewältigung von Krisen enthalten. Die Unternehmensleitung muss im Rahmen der Krisenbewältigung erkennen, welche Maßnahmen sie zwingend zu ergreifen hat, und dort, wo ihr mehrere zulässige Handlungsalternativen zur Krisenbewältigung zur Verfügung stehen, wie sie unternehmerisches Ermessen rechtmäßig ausübt.

Unternehmenskrise

Unter einer Unternehmenskrise sind alle internen oder externen Ereignisse oder Umstände zu verstehen, durch die ein akutes und erhebliches Risiko für die Reputation, die wesentlichen Vermögens-

werte des Unternehmens, die reguläre Geschäftstätigkeit oder das Ertragspotential des Unternehmens droht. Es handelt sich somit um eine Situation, deren Lösung dringender Handlungsentscheidungen der Unternehmensleitung bedarf. Die sogenannte „Stakeholderkrise“ wird durch das schwindende Vertrauen und die sinkende Kooperationsbereitschaft der Gesellschafter, Mitarbeiter, Kreditgeber, Kunden und Lieferanten etc. ausgelöst. Der Verlust von Absatzmärkten, von Hauptlieferanten oder wesentlichen Kunden kennzeichnet die „Strategiekrise“ eines Unternehmens. In dieser zeigt sich, dass die Unternehmensstrategie nicht (mehr) zum Marktumfeld bzw. zu den Ressourcen des Unternehmens passt. Während einer „Produkt- und Absatzkrise“ sind hingegen die Umsätze des Unternehmens dauerhaft rückläufig, ohne dass es auf den Grund oder ein Verschulden ankommt. Kann das Unternehmen keine hinreichenden Gewinne mehr erwirtschaften, spricht man von einer „Ertragskrise“ des Unternehmens. Eine Stärkung des Eigenkapitals durch die eigene werbende Tätigkeit ist der Gesellschaft ohne ein umfangreiches Maßnahmenprogramm dann nicht mehr möglich. Die „Liquiditätskrise“ zeichnet sich durch einen nicht mehr auskömmlichen Bestand an verfügbarer Liquidität aus.

Krisenbewältigung

Im Rahmen der akuten Krisenbewältigung hat die Unternehmensleitung zunächst Sorge dafür zu tragen, dass die Krise eingedämmt und beseitigt wird. Anschließend obliegt es der Unternehmensleitung, die negativen Folgen der Unternehmenskrise durch die hierzu erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zu beseitigen, zum Beispiel durch die Modifikation von Lieferketten.



In einem letzten Schritt trifft die Unternehmensleitung die Pflicht, die Umstände, die zu der Unternehmenskrise geführt haben, genauso wie die Maßnahmen der Krisenbewältigung selbst, genau zu analysieren und zu bewerten. Die hierdurch gewonnenen Erkenntnisse sollen dazu genutzt werden, Strukturen und Verfahren der Krisenfrüherkennung und Krisenbewältigung des Unternehmens zu verbessern.

Handlungspflichten bei der Krisenbewältigung

Entscheidungen der Unternehmensleitung bei der Krisenbewältigung können durch das Gesetz, die Satzung oder durch gesetzesmäßige Weisungsbeschlüsse der Gesellschafterversammlung vorgegeben werden. Es handelt sich um „gebundene Entscheidungen“. Der Unternehmensleitung steht in diesem Fall kein Ermessen zu. Aus der Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht der Unternehmensleitung ergibt sich beispielsweise die zwingende Pflicht der Unternehmensleitung, bei bekannt gewordenen Gesetzesverletzungen unverzüglich die zur Abstellung erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Auch aus der allgemeinen Schadensabwendungs- und deliktischen Unternehmensorganisationspflicht kann eine zwingende Handlungspflicht resultieren, wenn zum Beispiel hochrangige Individualrechtsgüter, wie die körperliche Unversehrtheit oder das Leben, betroffen sind.

Unternehmerisches Ermessen bei der Krisenbewältigung

Im Rahmen einer unternehmerischen Entscheidung wählt die Unternehmensleitung hingegen unter verschiedenen tatsächlich möglichen und rechtlich zulässigen Handlungsalternativen zur Krisenbewältigung eine oder mehrere Maßnahmen aus. Hier steht der Unternehmensleitung somit ein Ermessen zu. Im Zeitpunkt der Entscheidung lässt sich noch nicht absehen, ob die gewählte

Maßnahme die wirtschaftlich vorteilhafteste Lösung zur Krisenbewältigung sein wird. Die Entscheidung der Unternehmensleitung kann sich im Nachhinein also auch als falsch herausstellen. Unternehmerische Entscheidungen sollen, auch wenn sie zu einem Schaden des Unternehmens geführt haben, nicht pflichtwidrig sein, wenn die Voraussetzungen der sog. Business Judgment Rule erfüllt sind. Dieser zufolge ist bei einer unternehmerischen Entscheidung die persönliche Haftung der Unternehmensleitung ausgeschlossen, wenn diese vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohl der Gesellschaft und frei von Interessenkonflikten sowie sachfremden Erwägungen kaufmännisch vertretbar gehandelt zu haben.

Maßnahmen zur Krisenbewältigung

Aus den obigen Ausführungen, insbesondere zu den Vorgaben der Business Judgment Rule, leitet sich in der Praxis folgendes Vorgehen zur Krisenbewältigung ab. Erster Schritt ist die Erarbeitung einer angemessenen Informationsgrundlage und die Bestimmung der zur Krisenbewältigung erforderlichen Ziele. Es sind die Verursacher und die Betroffenen der Krise zu ermitteln. Des Weiteren hat die Unternehmensleitung die eingetretenen sowie die möglichen finanziellen, nicht-finanziellen und möglichen Reputationsschäden zu bestimmen. Basierend hierauf setzt die Unternehmensleitung die zur Krisenbewältigung erforderlichen Ziele und trifft eine Vorauswahl der zur Zielerreichung geeigneten Einzelmaßnahmen. Die Unternehmensleitung hat basierend hierauf eine Prognose der Auswirkungen der mit den Handlungsmöglichkeiten verbundenen Vor- und Nachteile sowie der Chancen und Risiken, einschließlich der jeweiligen Eintrittswahrscheinlichkeit, vorzunehmen. Insbesondere hat sie unter Beachtung des Risikos der Zielverfehlung die sich hieraus ergebenden Konsequenzen für das Unternehmen zu berücksichtigen. Basierend hierauf trifft die Unternehmensleitung eine Entscheidung, welche Maßnahmen zur Krisenbewältigung geeignet sind.

Entscheidungsparameter im Rahmen der Abwägung von Handlungsalternativen zur Beseitigung von Krisen können zum Beispiel sein:

- die betroffenen Stakeholder und Rechtsgüter,
- zu erwartende Kosten und operative Folgen bzw. Risiken durch die Umsetzung oder das Unterbleiben der Maßnahmen,
- Auswirkungen auf die Unternehmensreputation, auf das Geschäftsmodell, die Strategie und die externen Geschäftsprozesse,
- Auswirkungen auf die Zulassung von Produkten und Dienstleistungen in allen relevanten Märkten sowie auf den zukünftigen Zugang bei Vergabeverfahren (für Deutschland vgl. § 124 GWB),
- Auswirkungen auf den Eintritt bzw. den Umfang von behördlichen Sanktionen sowie auf mögliche Schadensersatzklagen, insbesondere in verschiedenen Jurisdiktionen, wobei die Wechselwirkungen zwischen behördlichen Verfahren (Verwaltungs- und Strafrecht) und möglichen zivilrechtlichen Schadensersatzklagen Dritter ebenfalls zu berücksichtigen sind.

Umgang mit Interessenkonflikten

Nicht selten wird die Krisenbewältigung dadurch erschwert, dass zugleich die Frage nach der Verantwortung der Unternehmensleitung für den Kriseneintritt diskutiert wird oder zumindest im Raum steht. Hierin besteht ein besonderes tatsächliches und rechtliches Risiko. Um in den Genuss der Business Judgment Rule zu kommen, dürfen Eigeninteressen der Unternehmensleitung jedoch keinen Einfluss haben. Es sei denn, das Interesse des Unternehmens und der Unternehmensleitung ist gleichgerichtet. Bei Auftreten eines potentiellen Interessenkonfliktes sind die Mitglieder der Unternehmensleitung daher gehalten, diese offenzulegen.

Fazit

Die Unternehmensleitung ist bei der Ausgestaltung und Durchführung ihrer Entscheidungen zur Krisenbewältigung an rechtliche Rahmenbedingungen gebunden. Entscheidungen im Rahmen der Krisenbewältigung werden meist unter hohem Entscheidungs- und Zeitdruck getroffen, was die Einhaltung dieser Rahmenbedingungen erschwert. Dieser Entscheidungs- und Zeitdruck ist bei der rechtlichen Prüfung des pflichtgemäßen Handelns der Unternehmensleitung bei der Krisenbewältigung zu deren Gunsten zu berücksichtigen. Gleichzeitig verstärkt er jedoch die Verpflichtung der Unternehmensleitung, dafür Sorge zu tragen, dass sie ihrer Verpflichtung, ausreichende Strukturen zu schaffen, um Krisen auf Basis der festgelegten Risikobereitschaft des Unternehmens frühzeitig zu erkennen, zu vermeiden und zu bewältigen, nachgekommen ist. ■



Pflicht zur Krisenfrüherkennung – die Geschäftsleitung im Konflikt zwischen Gesellschafter- und Gläubigerinteresse



Maximilian Bei der Kellen,
Rechtsanwalt, Brinkmann & Partner
Rechtsanwälte | Steuerberater mbB

Bedingt durch einen Strukturwandel und die Pandemie sind mehr Geschäftsleiter denn je gezwungen, sich mit der Unternehmensführung in der Krise auseinanderzusetzen und begegnen dabei neuen Gesetzesvorschriften. Der Gesetzgeber hat mit dem zum 1. Januar in Kraft getretenen § 1 Abs. 1 StaRUG die Pflicht zur Krisenfrüherkennung in den Fokus genommen: die Geschäftsleiter haben fortlaufend über Entwicklungen zu wachen, die den Fortbestand der Gesellschaft gefährden können (**Pflicht zur Krisenfrüherkennung**). Erkennt die Geschäftsleitung solche Entwicklungen, hat sie geeignete Gegenmaßnahmen zu ergreifen (**Pflicht zum Krisenmanagement**). Für einen Geschäftsleiter, der mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes handelt (§ 43 GmbHG), ist das keine Revolution und dennoch eine Zäsur durch das neu geschaffene Gesetz.

Die im Interesse der Gläubiger geschaffene Pflicht zur Krisenfrüherkennung steht mitunter im Konflikt zum Gesellschafterinteresse. Im Zeitpunkt einer Strategiekrise oder Absatzkrise, in der noch Erträge erwirtschaftet werden, ist nicht jeder Gesellschafter gewillt, in eine Restrukturierung zu investieren, während am Horizont der Verlust der Eigentümerstellung droht.

Pflicht zur Krisenfrüherkennung

Jedes Unternehmen hat über ein geeignetes Krisenfrüherkennungssystem zu verfügen. Die Ausgestaltung des Frühwarnsystems liegt im Ermessensspielraum der Geschäftsleitung und richtet sich wesentlich nach dem Geschäftsfeld, der Unternehmensgröße sowie der Unternehmensorganisation. Umso größer und komplexer ein Unternehmen ist, umso eher sollte externe Beratung hinzugezogen werden (Beachtung IDW PS 340).

Ausgestaltung des Krisenfrühwarnsystems mittels KPIs

Entsprechend der Stadien einer Unternehmenskrise lassen sich verschiedene spezifische Indikatoren für eine Krise definieren, die in ein solches Frühwarnsystem integriert werden. In der Regel wird die Krise mit Eintreten einer Strategiekrise, dem zweiten Krisenstadium, messbar.

Eine Krisenfrüherkennung für **Strategiekrise** kann bei einer regelmäßigen Marktanalyse, beispielsweise in Form der SWOT-Analyse sowie der Wettbewerbs- und Branchenstrukturanalyse ansetzen. Der Blick ist auf alle Faktoren zu lenken: Wie wirken sich die Megatrends der 2020er-Jahre auf mein Geschäftsmodell aus, welche regulatorischen Veränderungen bahnen sich an, welche Innovationen bedrohen das Geschäftsmodell, wie entwickeln sich Mitbewerber etc.

Die Strategiekrise mündet in die **Produkt- und Absatzkrise**. Das Krisenfrühwarnsystem sollte für dieses Stadium je nach Einzelfall Key Performance Indicator (KPI) laufend überwachen. KPI's müssen nicht perfekt, aber vergleichbar sein. Solche KPI's können sein:

- Lagerentwicklung und Umschlagshäufigkeit
- Auftragslage
- Produktmängel/Ausschussquote
- Auslastung von Maschinen und Personal
- Umsatzentwicklung einschließlich Umsatz pro qm und Umsatz pro Mitarbeiter
- Fremdfinanzierungsgrad
- Zahlungsverhalten der Kunden.

Ein Kernbestandteil der Krisenfrüherkennung muss sein, die Ist-Zahlen mit den Planwerten abzugleichen, Veränderungen zu erkennen und die Ursachen herauszuarbeiten.

Daneben sollten **weiche KPI's** fortlaufend ausgewertet werden:

- Krankenstand/Fehlzeiten
- Mitarbeiterfluktuation
- Mitarbeiterbewertungen (beispielsweise auf Jobportale wie KUNUNU oder interne Befragungen)
- Kundenzufriedenheit
- Innovationskraft (Verhältnis Ideen aus Unternehmen zu Umsetzung)

Die Liquiditätsplanung als Dreh- und Angelpunkt der Unternehmenskrise

Regelmäßig führt die Unternehmenskrise erst mit der **Ergebnis- und Liquiditätskrise** zum Handlungsdruck bei Geschäftsführern und Gesellschaftern. An dieser Stelle ist ein wesentlicher Schaden verbunden mit einem gestiegenen Ausfallrisiko für die Gläubiger entstanden. Eine Restrukturierung kann zwar gelingen, ist aber mit höheren Anstrengungen und Kosten verbunden. Für den Gesellschafter stellt sich an dem Punkt die Frage eines weiteren Invests in das Unternehmen.

Grundsätzlich hat jedes Unternehmen zu jedem Zeitpunkt über eine Liquiditätsplanung zu verfügen. Spätestens mit Eintritt der Ergebniskrise ist eine **wasserdichte Liquiditätsplanung** unerlässlich zur Krisenbewältigung und der Vermeidung einer Geschäftsleiterhaftung.

Die Liquiditätsplanung sollte mindestens zwei Geschäftsjahre umfassen und mit verschiedenen Planungsszenarien erarbeitet sein. Gerade in volatilen Branchen sind Szenarienplanungen mit Best und Worst Case sowie weiteren Szenarien (Disruption Case) wichtig, um bei einer veränderten Marktlage handlungsfähig zu bleiben. Die Liquiditätsplanung darf nur Zahlungseingänge zu dem Zeitpunkt berücksichtigen, in dem der Zahlungseingang überwiegend wahrscheinlich ist. Umgekehrt sind alle Verbindlichkeiten mit ihrer Fälligkeit einzuplanen – freilich auch die zukünftigen Verbindlichkeiten (sog. Passiva II). Eine gute Liquiditätsplanung enthält darüber hinaus eine Kommentierung der Prämissen und die Auswertung der Abweichungen von Plan- und Ist-Zahlen für die Vergangenheit.

Dokumentation und Überwachung des Frühwarnsystems

Ein Frühwarnsystem ist am Unternehmen auszurichten, entsprechend systematisch aufzubauen und zu dokumentieren. Mit Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit sind Gegenmaßnahmen unerlässlich und im Falle einer späteren Insolvenz dient die Dokumentation des Frühwarnsystems zur Entlastung des Geschäftsleiters.

Die gewonnenen Erkenntnisse aus dem Frühwarnsystem müssen an einer Schnittstelle zusammenlaufen. Es kann sich anbieten, hierzu regelmäßig einen Lenkungsausschuss einzurichten, in dem die Entwicklungen aus verschiedenen Bereichen zusammengetragen und diskutiert werden, so dass eine Risikobewertung vorgenommen werden kann.

Pflicht zum Krisenmanagement

Den Erkenntnissen aus dem Frühwarnsystem müssen Handlungen folgen. Deswegen ist die Geschäftsleitung gem. § 1 Abs. 1 S. 2 StaRUG verpflichtet, geeignete Gegenmaßnahmen zu treffen. Dabei trifft die mit der Krise und dem Alltagsgeschäft ausgelastete

Geschäftsführung auf die Herausforderungen des Projekt- und Umsetzungsmanagements.

Erarbeitung von Gegenmaßnahmen

Zunächst wird auszuloten sein, ob Restrukturierungsoptionen mit Bordmitteln erarbeitet werden können oder externe Beratung zu Rate gezogen wird. Dies richtet sich besonders nach dem Krisenstadium und der Krisenursache.

In einem frühen Krisenstadium betrifft die Restrukturierung zumeist das Geschäftsmodell, dessen Optimierung oder Veränderung. Gegenmaßnahmen in Form von Innovation können in diesem Zeitpunkt aus den eigenen Reihen kommen – die Mitarbeiter/innen kennen das Unternehmen, seine Stärken und Potenziale am besten.

Im Stadium der Ertrags- und Liquiditätskrise empfiehlt sich die Beauftragung externer Beratung vor dem Hintergrund steigender Haftungsrisiken. Berater können zur Erarbeitung von Gegenmaßnahmen die Zügel anziehen, beispielsweise im Liquiditätsmanagement unterstützen und die Umsetzung von Maßnahmen sicherstellen.

Nicht zuletzt kann ein Berater die Rolle des (Sanierungs-) Moderators übernehmen. Bei ihm laufen die Interessen und Bedürfnisse der verschiedenen Stakeholder zusammen. Hierdurch kann neues Vertrauen in den Restrukturierungsprozess gewonnen werden.

Umsetzung von Gegenmaßnahmen mit externer Unterstützung

Die Umsetzung eines Konzepts ist eine Sollbruchstelle, wenn Planung und Umsetzung nicht Hand in Hand gehen. Die Umsetzung des Restrukturierungskonzepts bedarf eines **Projektteams**. Empfehlenswert kann es sein, einen **Chief Restructuring Officer (CRO)** zu bestellen. Das Ziel muss es sein, nachvollziehbare Handlungen zu ergreifen und diese zu dokumentieren, um die Umsetzung vorantreiben zu können. Ein zuverlässiges, professionelles und transparentes Reporting ist unerlässlich für die wohlwollende Begleitung der Restrukturierung durch die Gesellschafter und externen Finanzierer.

Keine vorinsolvenzliche Sanierung ohne Zustimmung des Gesellschafters

Spätestens in der Liquiditätskrise wird die Geschäftsführung die Sanierung mittels des neu geschaffenen Restrukturierungsrahmens oder im Rahmen eines Schutzschirm-, Eigenverwaltungs- oder Insolvenzverfahrens prüfen müssen.

An diesem Punkt spitzt sich der Konflikt zwischen der Wahrung der Gläubiger- und Gesellschafterinteressen zu. Die Einleitung eines Eigenverwaltungs- oder Restrukturierungsverfahrens bei drohender Zahlungsunfähigkeit erfordert die Zustimmung des Gesellschafters. Andernfalls droht dem Geschäftsführer zum einen die Haftung für

hieraus entstandene Vermögensschäden, zum anderen die Abberufung aus der Organstellung.

Die Verweigerung einer rechtzeitigen Sanierung durch die Gesellschafter stellt die Geschäftsführung vor ein Dilemma: Entweder wird die Pflicht zum Krisenmanagement verletzt oder es droht die Haftung wegen einer ohne die Zustimmung des Gesellschafters eingeleiteten Sanierung. Helfen kann hierbei eine rechtzeitige professionelle Kommunikation. Die Chancen der Restrukturierung, damit verbundene Kosten und eventuell erforderliche Beiträge müssen transparent und kompetent aufgezeigt werden. Führt dies nicht zum Erfolg, ist die enge Abstimmung der Geschäftsführung mit einem rechtlichen Berater empfehlenswert, um eine mögliche spätere Haftung zu vermeiden.

Fazit

Das StaRUG und die gestiegenen Anforderungen an die Geschäftsführung fallen in die Zeit einer für unser Wirtschaftssystem bisher einmaligen Pandemie und deren Auswirkungen sowie zahlreichen disruptiv wirkenden Megatrends. Die Krisenfrüherkennungspflicht und etwaige Haftungsansprüche sind durch die Rechtsprechung zu konturieren, während Geschäftsleiter in Krisenunternehmen einem enormen Handlungs- und Haftungsdruck ausgesetzt sind.

Im ersten Schritt hat jeder Geschäftsführer zu prüfen, ob ausreichende Mechanismen zur Krisenfrüherkennung bestehen, und diese in ein System zu übertragen und erforderlichenfalls zu erweitern. Umso größer und komplexer das Unternehmen ist, umso kritischer ist das Krisenfrühwarnsystem auf seine Wirksamkeit zu prüfen.



Haftungsbeschränkung durch Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung in der Geschäftsführung der GmbH



Carsten Laschet,
Rechtsanwalt, FRIEDRICH GRAF VON
WESTPHALEN & PARTNER mbB |
Rechtsanwälte



Dr. Sascha Horn,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Handels- und Gesellschaftsrecht,
FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN &
PARTNER mbB | Rechtsanwälte

Die Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung im Rahmen der Geschäftsführung einer GmbH ist aus haftungsrechtlicher Sicht eine wichtige und daher auch praxisrelevante Möglichkeit, die aufgrund der Vielschichtigkeit der Haftungsszenarien von GmbH-Geschäftsführern bestehende Haftung der Geschäftsführer – soweit gesetzlich möglich – zu erleichtern.

Die Anforderungen an eine wirksame Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung waren bereits Gegenstand einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten. Hierbei war insbesondere bislang streitig, ob eine wirksame Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung zwingend schriftlich fixiert werden muss¹.

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil² zu den Voraussetzungen einer wirksamen Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung grundsätzlich und vor allem dazu Stellung bezogen, ob eine solche zwingend schriftlich zu erfolgen hat.

1. Hintergrund

Geschäftsführer einer GmbH sind – sofern mehrere Geschäftsführer bestellt sind und keine Einzelvertretungsbefugnis eingeräumt wurde – nach § 37 Abs. 2 GmbHG nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt. Nach der gesetzlichen Grundkonzeption sind sie zum Zusammenwirken verpflichtet. Gleichwohl sind sie jeweils kraft ihrer Amtsstellung grundsätzlich für alle Angelegenheiten der Gesellschaft zuständig; sie tragen die verantwortliche Leitung der Geschäfte der Gesellschaft in ihrer Gesamtheit³. Aus haftungsrechtlicher Sicht gilt insoweit das Prinzip der Gesamtverantwortung der Geschäftsführung⁴.

Aufgrund der Vielschichtigkeit der Aufgaben und somit auch der einzuhaltenden Pflichten ist es bei einer GmbH ab einer bestimmten Größe in der Praxis zweckmäßig und oftmals auch erforderlich, die Aufgaben der Geschäftsführung der GmbH bei der Wahrnehmung durch mehrere Personen zwischen diesen aufzuteilen. Grundsätzlich sind die Gesellschafter – sofern der Gesellschaftsvertrag kein anderes Organ für zuständig erklärt – für die Geschäftsverteilung bzw. eine Ressortaufteilung zuständig. Sofern die Gesellschafter keine Geschäftsverteilung bzw. keine Ressortaufteilung (bspw. durch Gesellschafterbeschluss, als Bestandteil einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung oder mittels eines Geschäftsverteilungsplans in Form eines Organigramms⁵) bestimmen, können die Geschäftsführer nach h.M. eine solche auch selbst festlegen, vorausgesetzt, alle Geschäftsführer stimmen dieser zu bzw. tragen diese mit und Regelungen im Gesellschaftsvertrag bzw. ein Gesellschafterbeschluss stehen dem nicht entgegen⁶.

Durch eine wirksame Aufgabenverteilung bzw. Ressortaufteilung verlagert sich für die Geschäftsführer der Anknüpfungspunkt ihrer Haftung. Durch die Verteilung der Geschäfte auf die einzelnen Ressortinhaber begründet die Einzelgeschäftsführungsbefugnis des/der Geschäftsführer(s) für die ihm/ihnen zugewiesenen Aufgaben.

1 Vgl. Ziemons, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Auflage 2017, § 43 Rn. 338; Dreher ZGR 1992, 22, 57 ff.
2 Urteil vom 06.11.2018, Az. II ZR 11/17 (NZG 2019, 225).
3 Vgl. OLG Koblenz, NZG 1998, 953.
4 Vgl. BGH, GmbHR 1989, 170, 171 f.; 1990, 298.
5 Vgl. Altmeppen, in: Altmeppen/Roth, GmbHG, 5. Auflage 2005, § 37 Rn. 33; Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Auflage 2004, § 37 Rn. 28.
6 Vgl. BGH NJW 1995, 2850, 2851; Baukelmann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Auflage 2017, § 37 Rn. 42; Wicke, GmbHG, 4. Auflage 2020, § 37 Rn. 9; a.A. Meyer-Landrut/Miller/Niehus, GmbHG, §§ 35-38, Rn. 80; HK/Fichtelmann, GmbHG, § 37 Rn. 29.



Gleichwohl bleiben sämtliche Geschäftsführer aufgrund des Prinzips der Gesamtverantwortung verpflichtet, sich wechselseitig über wichtige Vorgänge in anderen Ressorts zu unterrichten, die Tätigkeit der Geschäftsführerkollegen zu überwachen und notfalls zu intervenieren. Die Handlungspflicht des nach der Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung „nicht zuständigen“ Geschäftsführers wandelt sich zu einer Überwachungspflicht.

2. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 06.11.2018, Az. II ZR 11/17 (NZG 2019, 225)

Der Bundesgerichtshof hatte sich im Rahmen der Haftung eines Geschäftsführers wegen Zahlungen nach Insolvenz der Gesellschaft (§ 64 GmbHG a.F.) mit eben einer solchen Haftungsbeschränkung innerhalb der Geschäftsführung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die aus zwei Personen bestand, zu beschäftigen. Hierbei hat er zu den Anforderungen an eine wirksame Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung innerhalb der Geschäftsführung bei der GmbH Stellung bezogen.

Der Bundesgerichtshof stellte in seinem Urteil zunächst klar, dass eine interne Geschäftsverteilung den/die Geschäftsführer nicht von seinen/ihren eigenen Verpflichtung(en) aus § 64 GmbHG entbinde⁷. Ein Geschäftsführer müsse vielmehr für eine Organisation sorgen, die ihm die zur Wahrnehmung seiner Pflichten erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft jederzeit ermögliche⁸. Insoweit betonte der Bundesgerichtshof im Falle einer wirksamen Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung den Verbleib einer Überwachungspflicht bei dem (ressortfremden) Geschäftsführer, der die Führung der nicht zu seinem Bereich gehörenden Geschäfte im Auge behalten und diese auf Rechtmäßigkeit, Ordnungsgemäßheit als auch auf Zweckmäßigkeit überprüfen muss⁹.

2.1 Voraussetzungen einer wirksamen Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung

Grundsätzlich ist die Organisation der Aufgaben auf Geschäftsführungsebene wie auch die Aufgabenwahrnehmung selbst Teil der Unternehmensleitung, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu erfüllen ist¹⁰. Eine solche Organisation setzt nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofes eine klare und abgrenzbare Aufteilung aller Geschäftsführungsaufgaben voraus¹¹.

Eine ordnungsgemäße Erledigung von Geschäftsführungsaufgaben – somit auch deren Organisation – durch einen Mit-Geschäftsführer ist ferner nur dann gewährleistet, wenn die Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung von allen Geschäftsführern einvernehmlich mitgetragen wird¹².

Eine wirksame Aufgabenverteilung setzt zudem voraus, dass die Arbeitsteilung auf Geschäftsführungsebene eine ordnungsgemäße Erledigung aller Geschäftsführungsaufgaben durch hierfür fachlich und persönlich geeignete Personen sicherstellt¹³.

Schließlich muss die Gesamtverantwortung der Geschäftsführung, insbesondere für nicht delegierbare Angelegenheiten gewährleistet bleiben¹⁴. Nicht delegierbare Angelegenheiten sind bestimmte Geschäftsführungsaufgaben, die nicht „ressortfähig“ sind (Aufgaben, die für die Gesellschaft von grundlegender Bedeutung sind, bspw. die Gestaltung der Geschäftspolitik oder der Organisationsstruktur¹⁵), somit also einem Geschäftsverteilungsverbot unterliegen.

7 Vgl. BGH NZG 2019, 225 Rn. 14; BGH NJW 1994, 2149 = DStR 1994, 1092 = ZIP 1994, 891, 892.

8 Vgl. BGH NZG 2019, 225, Rn. 14; BGH NJW-RR 1995, 669.

9 Vgl. Lohr, NZG 2000, 1204, 1210; Goette, in: Festschrift 50 Jahre BGH, 2000, S. 123, 131.

10 Vgl. BGH NZG 2019, 226, Rn. 19; BGHZ 125, 366, 375 = NJW 1994, 1801 = DStR 1994, 1272, 1274 = NJW-RR 1994, 1190; BFHE 141, 443, 446 = NJW 1985, 400.

11 Vgl. BGH NZG 2019, 226, Rn. 17.

12 Vgl. BGH NZG 2019, 226, Rn. 21; MünchKomm, GmbHG, 2. Auflage, § 43 Rn. 114; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Auflage, § 37 Rn. 29; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Auflage, § 37 Rn. 29.

13 Vgl. BGH NZG 2019, 226, Rn. 19, 21.

14 Vgl. BGH NZG 2019, 226, Rn. 21; . BGH NJW-RR 1986, 1293 = ZIP 1987, 1050; BGHZ 133, 370, 378 = NJW 1997, 139.

15 Vgl. Leuering, NZG 2010, 13.

Die Anforderungen an eine wirksame Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung auf der Ebene der Geschäftsführung lassen sich daher zusammenfassen als eine

- klare und eindeutige Abgrenzung aller Geschäftsführungsaufgaben
- aufgrund einer von allen Mitgliedern des Organs mitgetragenen Aufgabenzuweisung,
- die die vollständige Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben durch hierfür fachlich und persönlich geeignete Personen sicherstellt
- und ungeachtet der Ressortzuständigkeit eines einzelnen Geschäftsführers die Zuständigkeit des Gesamtorgans, insbesondere für nicht delegierbare Angelegenheiten der Geschäftsführung, wahrt.

2.2 Formerfordernis einer Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil klargestellt, dass eine Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung nicht zwingend der Schriftform oder einer ausdrücklichen Absprache bedarf¹⁶. Hierdurch hat der Bundesgerichtshof der vereinzelt im Schrifttum unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zur Wahrnehmung steuerrechtlicher Pflichten vertretenen Auffassung, wonach eine wirksame Begrenzung des Verantwortungsbereichs stets eine

schriftlich fixierte Verteilung der Aufgaben bedarf¹⁷, eine klare Absage erteilt.

Hierbei hat der Bundesgerichtshof betont, dass er nicht verkenne, dass eine bloß faktische¹⁸ oder stillschweigende¹⁹ Aufteilung im Hinblick auf die Gefahr von Missverständnissen über die konkrete Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben typischerweise das Risiko von Missverständnissen in sich birgt, die den geforderten Geboten der Klarheit und Eindeutigkeit der Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben widersprechen. Gleichwohl ist es nach der Auffassung des Bundesgerichtshofes nicht ausgeschlossen, dass eine solche (faktische oder stillschweigende) Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung durch die tatsächliche Ausübung zu einer Aufgabenzuweisung erstarkt, die den vom Bundesgerichtshof herausgearbeiteten Merkmalen entspricht.

3. Folgen der BGH-Entscheidung vom 06.11.2018 (Az. II ZR 1/17) für die Praxis

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes bringt Klarheit bezüglich der Formerfordernissen an eine wirksame Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung, in dem klargestellt wird, dass eine schriftliche Abfassung nicht erforderlich ist.

Eine schriftliche (oder zumindest in Textform erstellte) Abfassung der Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung bleibt aufgrund der im Streitfall erforderlichen Nachweisbarkeit und der bei dem/den beklagten Geschäftsführern liegenden Beweislast der rechtssichere und daher auch aus Sicht der beratenden Praxis der empfehlenswerte Weg. Hierfür spricht auch die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes, die den Geschäftsführern im Rahmen der Haftung für die Verletzung von steuerrechtlichen Verpflichtungen einer Geschäftsverteilungsregelung nur dann enthaftende Wirkung beimisst, wenn sie zuvor schriftlich fixiert wurde²⁰. Im Übrigen wird eine schriftliche Abfassung auch deshalb geboten sein, um die von dem Bundesgerichtshof herausgearbeiteten, durchaus strengen Anforderungen einhalten zu können, die eine klare und eindeutige Abgrenzung aller Geschäftsführungsaufgaben verlangen. ■



17 So U.H. Schneider/ S.H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, 12. Auflage, § 37 Rn. 69; Fleischer, in: MünchKomm, GmbHG, 2. Auflage, § 43 Rn. 115; E. Vetter, in: Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, 3. Auflage, Rn. 22.48; Michalski/Ziemons, GmbHG, 3. Auflage, § 43 Rn. 338; Dreher, ZGR 1992, 22, 59 f.

18 Vgl. OLG Koblenz, NZG 1998, 953, 954; E. Vetter, in: Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, 3. Auflage, Rn. 22.48; Leuring/Dornhegge, NZG 2010, 13, 14.

19 Vgl. BGH, wistra 1990, 97, 98 = BeckRS 1989, 31106444.

20 Vgl. BFHE 141, 443 = NJW 1985, 400 Ls.; BFHE 146, 23 = BeckRS 1986, 22007594.

Leistungsausschluss „Wissentlichkeit“ in der D&O Versicherung – die Kardinalpflichten des Geschäftsführers erhöhen das Haftungsrisiko in der finanziellen Krise der GmbH



Bettina-Carolin Plaßmann-Robertz,
Fachanwältin für Versicherungsrecht/
Partner, PRO LAW Rechtsanwälte



Kilian Reintgen,
Jurist,
PRO LAW Rechtsanwälte

I. Einleitung

In der Praxis erheben D&O-Versicherer immer häufiger den Einwand der Wissentlichkeit, um im Falle einer Pflichtverletzung der Organe und leitenden Angestellten ihrer Versicherungsnehmer die drohende (und im Regelfall kostspielige) Regulierung abzuwenden.

Zwar obliegt dem Versicherer im Falle der Berufung auf den Ausschlussgrund der Wissentlichkeit die strenge Darlegungs- und Beweislast des § 286 ZPO, das heißt er muss grundsätzlich sowohl die objektiven als auch die subjektiven Voraussetzungen einer wissentlichen Pflichtverletzung des Geschäftsführers resp. des Organs einer versicherten Gesellschaft lückenlos nachweisen, indem er Anknüpfungstatsachen aufzeigt, die als schlüssige Indizien für eine wissentliche Pflichtverletzung betrachtet werden können. Erst wenn das (zur Überzeugung des erkennenden Gerichts) gelungen ist, obliegt es dem Versicherungsnehmer resp. der versicherten Person, im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast Umstände aufzuzeigen, aus denen sich ergibt, dass die vorgetragenen Indizien den Schluss auf eine wissentliche Pflichtverletzung gerade nicht zulassen.

Diese Hürde besteht für den Versicherer jedoch nicht, wenn sich der Vorwurf der Pflichtverletzung des Geschäftsführers auf eine sog. „Kardinalpflicht“ bezieht.

Tückisch ist, dass der Begriff der „Kardinalpflicht“ kein allgemein feststehender Rechtsbegriff ist und dieser daher auch nicht in den üblicherweise von den D&O-Versicherern verwendeten Allgemeinen Versicherungsbedingungen kodifiziert wird. Die Rechtsprechung

hat diese Definitionslücke geschlossen und bezeichnet die „Kardinalpflicht“ eines Geschäftsführers oder leitenden Organs als wesentliche Hauptpflicht, die dem jeweiligen Vertragstypus immanent ist. Im Hinblick auf den Ausschlussgrund der wissentlichen Pflichtverletzung in einem D&O Versicherungsvertrag definiert der Bundesgerichtshof (BGH) die Verletzung einer Kardinalpflicht als Verstoß gegen „elementare berufliche Pflichten“, mit der gravierenden Folge, dass (der Versicherer) in diesem Fall ausnahmsweise unmittelbar von einer objektiven Pflichtverletzung auf das Vorliegen eines Pflichtverletzungsbewusstseins bei dem Geschäftsführer resp. leitenden Organ schließen kann, dieses mithin zunächst automatisch vermutet wird (vgl. BGH Urteil vom 17. Dezember 2014, IV ZR 90/13).

Hintergrund dieser strengen Rechtsprechung des BGH ist der Umstand, dass dieser die Kenntnis elementarer beruflicher Pflichten unter Berufung auf die Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen (Geschäftsführer, Vorstand, Aufsichtsrat) voraussetzt. Zugunsten des Geschäftsführers einer GmbH muss allerdings zunächst berücksichtigt werden, dass es sog. berufsspezifische Pflichten, die aus seiner Tätigkeit als Geschäftsführer folgen, grundsätzlich nicht gibt. Die Geschäftsführertätigkeit an sich stellt keinen Beruf dar, sondern bezeichnet lediglich die organschaftliche Stellung in einem Unternehmen. Daher ist diese Tätigkeit auch an keinen bestimmten Beruf resp. eine bestimmte Ausbildung gebunden. Bezogen auf die Geschäftsführertätigkeit existieren daher berufsspezifische „Kardinalpflichten“ nur dann, wenn diese zuvor für den Einzelfall konkretisiert und (z.B. in dem Anstellungsvertrag) dargelegt wurden.



Ein erhebliches Haftungsrisiko ergibt sich daraus aber für den Geschäftsführer, wenn sich sein Unternehmen in einer finanziellen Krise befindet, denn dann lebt – ebenfalls nach ständiger Rechtsprechung des BGH – eines der fundamentalen Grundprinzipien des (Kapital-) Gesellschaftsrechts wieder auf, die Gesamtverantwortung der Geschäftsführung. Das kann dazu führen, dass die berufsspezifischen Pflichten des Geschäftsführers nicht mehr auf den in dem Anstellungsvertrag konkretisierten abgegrenzten Aufgabenbereich, z.B. das Ressort Vertrieb, begrenzt sind, sondern nunmehr in einer umfassenden und ressortübergreifenden Pflicht im Sinne einer Gesamtverantwortung münden, so dass hinter fast jeder Handlung (oder Unterlassung) im täglichen Geschäftsverkehr eine Kardinalpflichtverletzung lauern kann.

II. Problemstellung

Der Versicherer, der sich auf den Ausschlussgrund der Wissentlichkeit beruft, muss – dies wird vorstehend bereits dargelegt – nach den Kriterien des Strengbeweises herleiten, dass der Geschäftsführer als versicherte Person die ihm (in der Regel von der Versicherungsnehmerin oder ihrem Insolvenzverwalter) vorgeworfene Pflichtverletzung wissentlich begangen hat.

Voraussetzung ist insoweit das sichere Wissen des Geschäftsführers, dass das eigene Handeln pflichtwidrig ist. Steht im Zusammenhang mit dem kritisierten Handeln der Vorwurf einer Kardinalpflichtverletzung im Raum, trifft den Versicherer keine Beweislast mehr. Denn bei der Verletzung einer solchen Kardinalpflicht wird die Wissentlichkeit der Pflichtverletzung nach ständiger Rechtsprechung des BGH zum Nachteil des Versicherten zunächst einmal indiziert. Diese Rechtsprechung erschwert dem versicherten Geschäftsführer seine Exkulpation ungemein. Denn es obliegt ihm in diesem Fall, Indizien

aufzuzeigen, die gegen die von der verletzten Kardinalpflicht ausgehende Vermutungswirkung spricht.

In der Praxis wird die theoretische Möglichkeit der Exkulpation für den Geschäftsführer meist noch dadurch erschwert, dass der streitgegenständliche Sachverhalt oftmals mehrere Jahre zurückliegt, demnach der betroffene Geschäftsführer keine wirklich verwertbaren Erinnerungen und Aufzeichnungen mehr vorweisen kann, und zudem häufig bereits aus dem Unternehmen, welches die Vorwürfe gegen ihn erhebt, ausgeschieden ist, so dass ihm kein oder nur eingeschränkter Zugang zu den etwaig entlastenden Informationen und Daten gewährt ist. In einer solchen Situation wird aber häufig erstmals die Option der Erhebung einer Deckungsklage gegen den D&O-Versicherer des geführten Unternehmens geprüft, deren Erfolgsaussichten insbesondere mangels ausreichender Verfügbarkeit der entsprechenden entlastenden Daten zur Führung des Gegenbeweises regelmäßig äußerst gering sind und in vielen Fällen sogar de facto nicht bestehen.

Denn selbst wenn es dem Geschäftsführer als versicherter Person gelingen mag, konkrete Indizien vorzulegen, die gegen den Vorwurf einer wissentlichen Pflichtverletzung sprechen, schmälern diese nicht den Rang resp. die Bedeutung der verletzten Norm, sprich der Kardinalpflicht, eine aus der Leitungsfunktion des Geschäftsführers erwachsende essenzielle Sorgfaltspflicht. Bei der Führung des Gegenbeweises muss der GF demnach berücksichtigen, dass der Maßstab, der an die vorzubringenden Gegenindizien zu stellen ist, entsprechend der Bedeutung der verletzen Norm zunimmt.

Besondere Relevanz entfaltet (die Kenntnis über) die Kardinalpflichten des Geschäftsführers für diesen in der folgenden Konstellation: Sein Unternehmen wird von mehreren Geschäftsführern geleitet, denen ausdrücklich verschiedene Ressorts zugewiesen sind.

Gerät dieses vorübergehend oder dauerhaft in eine finanzielle Krise, löst sich die Ressortverantwortlichkeit der Geschäftsführer auf und wird für alle zu einer ressortübergreifenden Gesamtverantwortung.

Verletzt ein Geschäftsführer in diesem Stadium seine Pflicht zur Kontrolle und Überwachung bzw. Überprüfung der Handlungen/Unterlassungen seiner Mitgeschäftsführer, so gilt dieses Versäumnis in der Regel ebenfalls als Verletzung einer – ihm selbst obliegenden – Kardinalpflicht, auch wenn die zugrunde liegende pflichtwidrige Entscheidung nicht seine eigene war und seine originäre Ressortverantwortung gar nicht tangiert.

Verlangt das Unternehmen (oder der Insolvenzverwalter) im Anschluss von den Geschäftsführern als Gesamtschuldner den Ersatz des durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens, lehnt der D&O-Versicherer regelmäßig auch für den nicht originär pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer mit Verweis auf die wissentliche Verletzung einer auch ihm obliegenden Kardinalpflicht die Deckung ab.

Diese auf den ersten Blick wie eine außergewöhnliche Sonderkonstellation anmutende Haftungssituation kommt tatsächlich regelmäßig vor und ist maßgeblich auf eine Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Verantwortung von Organen in Kapitalgesellschaften zurückzuführen, die zwar originär ausdrücklich zur Aktiengesellschaft ergangen ist, indes inzwischen ohne Differenzierung auch auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung übertragen wird.

Ausgangspunkt der Verantwortung in jeder von mehreren Geschäftsleitern geführten Gesellschaft ist der **Grundsatz der Gesamtverantwortung**, d.h. dass alle Geschäftsleiter gemeinsam für die Erfüllung der Pflichten der Gesellschaft die Verantwortung tragen.

Von diesem gesetzlichen Grundsatzgedanken wird in der Praxis bei größeren Gesellschaften durch die Schaffung verschiedener Ressorts, die ausdrücklich einzelnen Geschäftsleitern zugewiesen werden, regelmäßig abgewichen. Die Ressortverteilung führt dazu, dass sich die Pflichten der Geschäftsleiter dergestalt ändern, dass im Hinblick auf das eigene Ressort zwar Handlungs-, Aufsichts- und Berichtspflichten bestehen, indes hinsichtlich der fremden

Ressorts grundsätzlich keine Handlungs-, sondern „nur noch“ eine Kontroll- und Überwachungspflicht besteht (Stichwort: **haftungsbegrenzende Ressortverteilung**).

In der Praxis bedeutet dies, dass der Geschäftsführer sich – um seiner **Überwachungs- und Kontrollpflicht** zu genügen – von seinen Geschäftsführerkollegen resp. deren Tätigkeiten in den jeweiligen Ressorts regelmäßig unterrichten lassen muss. Aber auch dies reicht selbstverständlich nur aus, sofern nicht weitere objektive Anhaltspunkte, die den Verdacht einer unzureichenden Geschäftsführung der Mitgeschäftsführer wecken, hinzutreten und ein darüberhinausgehendes Handeln erforderlich machen. In diesem Fall entsteht nach ständiger Rechtsprechung eine gesteigerte Überwachungspflicht im Sinne einer **Nachforschungspflicht**, die ein aktives Überprüfen durch die ressortfremden Geschäftsführer fordert.

Fazit: Befindet sich das Unternehmen insgesamt in einer finanziellen Krise (mit dem dann immer bestehenden Risiko einer Insolvenz), wird das vorstehend aufgezeigte ressortbedingte Pflichtenkonstrukt faktisch aufgehoben. Das Prinzip der Gesamtverantwortung „lebt wieder auf“ und führt dazu,

dass jeder Geschäftsführer – ungeachtet seines Ressorts – alle wesentlichen Pflichten des Unternehmens selbst erfüllen muss (**Handlungspflicht**).

Das bedeutet in der Praxis, dass demjenigen Geschäftsführer, dem die verletzte Pflicht ressortbedingt grundsätzlich gar nicht oblag, dennoch von der Gesellschaft oder Dritten erfolgreich der Vorwurf gemacht werden kann, diese Pflicht nicht erfüllt zu haben.

Der D&O-Versicherer leitet daraus – im Falle einer Kardinalpflicht – regelmäßig den Vorwurf der Wissentlichkeit ab. Als Konsequenz haftet dann im schlimmsten Fall ein Geschäftsführer für das Fehlverhalten seines Kollegen persönlich und unbeschränkt, da ihm der D&O-Versicherungsschutz aufgrund des Ausschlussgrundes der Wissentlichkeit nicht mehr zur Verfügung steht.

Dieses Vorgehen der D&O-Versicherer ist nur schwer erfolgreich zu entkräften. Der die Deckung ablehnende D&O-Versicherer wird in diesen Konstellationen dann zum eigentlichen „Feind“ des grundsätzlich unter der Police versicherten Geschäftsführers.

III. Fazit/Ausblick

Die strenge Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs betreffend die Kardinalpflichtverletzung leitender Angestellter und Organe birgt im Zusammenspiel mit der Rechtsprechung zur wiederauflebenden Gesamtverantwortung der Geschäftsführung im Rahmen einer finanziellen Krise des Unternehmens für versicherte Geschäftsführer eine nicht zu unterschätzende Gefahr, derer sich indes nur die wenigsten Unternehmensleiter bewusst sind.

Dieser strenge Maßstab führt nicht dazu, dass die Geschäftsführung in der Unternehmenskrise, einem Zeitraum, in dem die Fehleranfälligkeit der Geschäftsführung ohnehin schon erhöht sein dürfte, einfacher wird. Gerade deshalb sollten Unternehmensleiter bereits im Eigen- und Gesellschaftsinteresse dafür Sorge tragen, dass die wesentlichen Pflichten und Verbindlichkeit der Gesellschaft vollumfänglich erfüllt werden. Hierbei ist es von überragender Wichtigkeit, dass sich jede/r Geschäftsführer/in regelmäßig selbst einen aussagekräftigen Überblick über die wesentlichen Vorgänge sämtlicher Unternehmensbereiche verschafft und in der Krise – falls notwendig – ressortübergreifend selbst handelt. Das eigene Handeln muss darüber hinaus zu beweisrechtlich wichtigen Dokumentationszwecken so detailliert wie möglich festgehalten werden.

Denn auch wenn die mit der Kardinalspflichtverletzung verbundene Vermutungswirkung betreffend den Einwand der Wissentlichkeit von zentralem Nachteil für den versicherten Geschäftsführer ist, so ist ein Widerlegen der vermuteten Wissentlichkeit theoretisch möglich, scheitert indes oftmals an den benötigten Unterlagen, Daten oder Zeugenaussagen. In diesem Zusammenhang sei abschließend darauf hingewiesen, dass die Pflicht, keine masseschmälernden Zahlungen bei bestehender Insolvenzreife zu tätigen, klassischerweise eine solche Kardinalpflicht darstellt.

Das begrüßenswerte Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18. November 2020 Az. IV ZR 217/19, wonach der Anspruch aus § 64 GmbHG a.F. von den D&O-Versicherungsbedingungen mitumfasst ist, darf vor diesem Hintergrund demnach nicht fälschlicherweise dergestalt verstanden werden, dass damit in jeden Fall Versicherungsschutz bestünde. Der Bundesgerichtshof hat die Sache an die Vorinstanz u.a. mit dem Hinweis, dass eine etwaige Wissentlichkeit bislang noch kein Gegenstand des Verfahrens gewesen ist, zurückverwiesen.

Der Umstand, dass der ursprüngliche § 64 GmbHG a.F. nunmehr in § 15b InsO vorzufinden ist, ändert hieran ebenfalls nichts. Die aus § 15b InsO abzuleitende Pflicht, keine masseschmälernden Zahlungen bei zugleich bestehender Insolvenzreife zu leisten, ist – trotz des neuen Standorts und des veränderten Wortlauts – als Kardinalpflicht im Sinne der D&O-Versicherung zu qualifizieren, sodass in diesen Fällen der Versicherer einer begehrten Einstandspflicht regelmäßig mit dem Einwand der Wissentlichkeit begegnen wird. Der Bundesgerichtshof hätte dies durch seinen Hinweis in der Entscheidung vom 18. November 2020 nicht stärker zum Ausdruck bringen können. ■



Einfluss des Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetzes (StaRUG) auf Lieferbeziehungen – Blickwinkel eines Geschäftsführers



Dr. Jochen Markgraf,
Rechtsanwalt,
GLADE MICHEL WIRTZ –
Corporate & Competition



Dr. Marina Adams,
Rechtsanwältin,
GLADE MICHEL WIRTZ –
Corporate & Competition

Einleitung

Zur Umsetzung der sog. Restrukturierungsrichtlinie (RL (EU) 2019/1023) in das deutsche Recht ist am 1. Januar 2021 das Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz (StaRUG) in Kraft getreten. Dieses soll einen gesetzlichen und verfahrensrechtlichen Rahmen für die Sanierung und Restrukturierung der in finanziellen Schwierigkeiten befindlichen Unternehmen im Vorfeld einer Insolvenz bieten. Aufgrund der anhaltenden Corona-Pandemie ist zu erwarten, dass sich das StaRUG besonderer Attraktivität erfreuen wird, auch wenn viele Fragen rund um das Restrukturierungsverfahren und dessen Auswirkungen noch offen sind.

Geschäftsleitern von Unternehmen mit einer Vielzahl von Lieferbeziehungen ist daher zu empfehlen, dem StaRUG besondere Beachtung zu schenken, sobald Kundenzahlungen stocken, Kunden um Verlängerung von Zahlungszielen bitten oder sich anderweitig etwaige finanzielle Schwierigkeiten andeuten. Dies gilt vor allem mit Blick auf das Verbot von Lösungsklauseln (dazu unter A.) sowie die Folgen von Restrukturierungsplan und Sicherungsanordnung (dazu unter B. und C.)

A. Verbot von Lösungsklauseln (§ 44 StaRUG)

Nach § 44 Abs. 1 StaRUG kann ein Lieferant das Vertragsverhältnis zu einem Kunden nicht ohne Weiteres mit dem Grund kündigen, dass dieser das Restrukturierungsgericht einschaltet und/oder Instrumente des StaRUG in Anspruch nimmt. Auch berechtigt die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens nicht dazu, eigene Forderungen sofort fällig zu stellen, etwaige weitere Lieferungen zu verweigern

oder eine Anpassung der Verträge zu fordern. Auf solche Maßnahmen bzw. Rechtsfolgen abzielende vertragliche Vereinbarungen sind ausweislich des § 44 Abs. 2 StaRUG unwirksam.

Dem Lieferanten ist es folglich nicht möglich, sich den Wirkungen eines durch einen Kunden angestoßenen StaRUG-Verfahrens dadurch zu entziehen, dass er sich vertraglich für diesen Fall Loslösungs- und ähnliche Rechte im Rahmen der Lieferbeziehung einräumen lässt. Lösungsklauseln, die zusätzlich oder allein an weitere Gründe anknüpfen, bleiben weiterhin wirksam.¹ Nach der bisher vorherrschenden Literaturansicht sollen damit auch die weitverbreiteten Klauseln, die an den Zahlungsverzug eines Kunden oder eine Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse zumeist ein Kündigungsrecht für die Lieferbeziehung knüpfen, im Restrukturierungsverfahren zur Anwendung kommen.²

Aufgrund der noch nicht allzu langen Geltung des StaRUG und des damit naturgemäß einhergehenden Mangels an einschlägigen Judikaten sind die Grenzen noch zulässiger Vertragsklauseln mit Blick auf § 44 StaRUG derzeit nicht abschätzbar.³ Die Geschäftsleiter von Lieferanten-Unternehmen sind daher gut beraten, ihre Vertragswerke insoweit im Auge zu behalten und bei Klärungsbedarf rechtliche Expertise in Anspruch zu nehmen.

Damit sich der Lieferant nicht gezwungenermaßen an die aufgrund eines StaRUG-Verfahrens „gestörte“ Lieferbeziehung mit einem Kunden gebunden fühlen muss, kann es empfehlenswert sein, kurzfristige Zahlungsziele und/oder kürzere Kündigungsfristen zu vereinbaren.

¹ Reg-E StaRUG, BT-DrS. 19/24181, 146.

² Braun, StaRUG, § 44 Rn. 3; Gehrlein, BB 2021, 66, 75; Thole, ZIP 2020, 1985, 1994.

³ So befürchten auch Heckschen/Weitbrecht, NZI 2020, 976 f. Unsicherheiten bei der Beurteilung der Vereinbarkeit von vertraglichen Störfallregelungen mit § 44 StaRUG.

Denn dies kann im Einzelfall dazu führen, dass ein Lieferant – erkennt er eine kritische Situation beim Kunden frühzeitig – sich ggf. noch vor Einleitung eines StaRUG-Verfahrens von der Lieferbeziehung lösen kann.

In Anbetracht der regelmäßig fehlenden Öffentlichkeit des Restrukturierungsverfahrens wird eine solch frühzeitige Lösung jedoch häufig nicht möglich sein, sodass sich für die Geschäftsleiter von Lieferanten dann die Frage nach den Handlungsoptionen während des Verfahrens stellt.

B. Betroffenheit eines Lieferanten-Unternehmens von einem Restrukturierungsplan

Der Lieferant kann zunächst in den Restrukturierungsplan – sowie dessen Verhandlung, Abstimmung und Bestätigung – einbezogen sein.

I. Restrukturierungsplan

Der Restrukturierungsplan stellt grundsätzlich das zentrale Restrukturierungsinstrument des StaRUG dar.⁴ Er entspricht seinem Wesen nach dem bereits bekannten Insolvenzplan. Ausweislich der §§ 7 Abs. 1, 17 Abs. 1 StaRUG richtet sich dieser allein an die Gläubiger, deren Rechte von dem Plan berührt werden. Dies müssen keinesfalls

alle Gläubiger eines Kunden sein, der ein StaRUG-Verfahren einleitet.

Die Möglichkeiten zur Gestaltung der Forderungen bzw. Sicherungsrechte dieser planbetroffenen Gläubiger sind vielfältig. Im Hinblick auf Forderungen, beispielsweise aus einer Kundenbeziehung, stellen der Erlass sowie die Stundung die wohl zentralen und gravierendsten Eingriffe im Rahmen eines Restrukturierungsplans dar.

Der Restrukturierungsplan muss in einem komplexen Abstimmungsverfahren durch die Betroffenen angenommen und anschließend gerichtlich bestätigt werden. Die Wirkungen des bestätigten Plans entfalten ausweislich des § 67 Abs. 1 StaRUG auch gegenüber solchen Betroffenen Wirkung, die diesem im Abstimmungsverfahren nicht zugestimmt haben. Vor allem aus diesem Grund ist eine nachdrückliche Vertretung der eigenen Interessen im Abstimmungsverfahren von zentraler Bedeutung.

II. Handlungsoptionen für den Geschäftsleiter

Will ein Lieferant seinen Kunden im StaRUG-Verfahren unterstützen, so kommen ihm hierbei gewisse Vorteile zugute. Beispielsweise können nach § 12 StaRUG Warenkredite zur Finanzierung der Restrukturierung

in dem Plan vereinbart werden, sodass einerseits die Fälligkeit des Kaufpreises hinausgeschoben wird und andererseits dem Kunden eine wesentliche Liquiditätserleichterung aufgrund der Möglichkeit zur Generierung von Einnahmen durch Weiterverarbeitung verschafft werden kann.⁵ Solche Finanzierungsmaßnahmen von Gläubigern werden durch haftungs- und anfechtungsrechtliche Privilegierungen in §§ 89, 90 StaRUG honoriert, wobei insbesondere hervorzuheben ist, dass § 90 StaRUG die Folgen und den Vollzug eines Restrukturierungsplans weitgehend der Insolvenzanfechtung entzieht.

C. Erlass einer Stabilisierungsanordnung

Auch in Fällen, in denen der Lieferant nicht als Betroffener an der Planentwicklung beteiligt ist, sollte der Beobachtung des Restrukturierungsverfahrens eines Kunden besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden.

Dies gilt vor allem, wenn in diesem Rahmen eine Stabilisierungsanordnung nach §§ 49 ff. StaRUG zugunsten des Kunden erlassen wird. Ausweislich des § 49 Abs. 2 S. 2 StaRUG kann eine solche Stabilisierungsanordnung im Grundsatz auch diejenigen Gläubiger betreffen, die nicht an dem Planverfahren als Betroffene beteiligt sind.



4 Braun, StaRUG, § 2 Rn. 1.
5 Braun, StaRUG, § 12 Rn. 11.

Durch eine Stabilisierungsanordnung kann – regelmäßig 3, im Extremfall für bis zu 8 Monate – gerichtlich die Einstellung/Unter-sagung von Maßnahmen der Zwangsvoll-streckung gegen den Kunden angeordnet werden (Vollstreckungssperre). Entspre-chend kann gerichtlich angeordnet werden, dass etwaige Sicherungsrechte an Gegen-ständen des beweglichen Vermögens (z.B. an Waren des Kunden) von dem Sicherungs-nehmer (dem Lieferanten) nicht durchge-setzt werden dürfen. Entsprechend dürfen solche Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens des Kunden eingesetzt werden, soweit sie hierfür von erheblicher Bedeutung sind (Verwertungssperre).

I. Auswirkungen der Stabilisierungsanordnung auf die bestehende Lieferbeziehung

Die Auswirkungen einer Stabilisierungsan-ordnung in Form der Verwertungssperre für die bestehenden Lieferantenbeziehungen liegen auf der Hand: Unter Eigentumsvor-behalt gelieferte Waren können im Falle der Nichtzahlung durch den Kunden nicht auf der Grundlage der Eigentumsvorbehalts-rechte zurückgefordert werden, während der Kunde diese mit Sicherungsrechten be-legten Waren zur Fortführung des Unter-nehmens einsetzen kann.

Gleichzeitig kann – sofern ebenfalls eine Vollstreckungssperre angeordnet wurde – die ausstehende Zahlung für diese geliefer-ten Waren nicht zwangsweise durchgesetzt werden. Dies kann für den Lieferanten – wie beschrieben – daher weitreichende Folgen haben.

II. Reaktionsmöglichkeiten des Geschäftsleiters

Aus Sicht des Geschäftsleiters eines Lie-feranten stellt sich in Fällen der Stabili-sierungsanordnung daher die Frage, wie auf die dargestellte missliche Situation zu reagieren ist.

1. Kündigung der Lieferbeziehung?

Eine Trennung vom Kunden durch die Kün-digung der vertraglichen Lieferbeziehung wird aufgrund des bereits erwähnten § 44 Abs.1 StaRUG, aber vor allem des § 55 Abs.1 StaRUG, weitgehend schwierig sein. Nach § 55 Abs.1 StaRUG kann ein Gläubiger, dem der Schuldner zum Zeitpunkt der Stabilisierungsanordnung etwas aus einem Vertrag schuldig ist, nicht allein wegen der rückständigen Leistung eine ihm im Anord-nungszeitraum obliegende Leistung ver-weigern oder Vertragsbeendigungs- oder -abänderungsrechte geltend machen. An-deres gilt allein für solche Gläubiger, auf deren Leistung der Kunde zur Fortführung

seines Unternehmens nicht angewiesen ist. Bei Teilrückständigkeit des Kunden bleibt indes die Möglichkeit, die Erbringung des entsprechenden Teils der Gegenleistung zu verweigern.

Nicht durch § 55 Abs.1 StaRUG ausgeschlos-sen soll indes eine Vertragsbeendigung aus anderen Gründen – ggf. im Zusammenspiel mit dem Zahlungsrückstand des Schuld-ners – sein.⁶ Hier sind vor allem gesetzliche oder vertragliche Beendigungsrechte, die an einen Verzug des Kunden oder an eine gravierende Verschlechterung von dessen Vermögenslage anknüpfen, besonders zu berücksichtigen.

So hat der Gesetzgeber mit Blick auf den Verzug des Schuldners ausdrücklich betont, dass ein nach dem Anordnungszeitpunkt eintretender Verzug des Schuldners die Gläubiger dazu berechtigt, sämtliche Fol-gen, die an einen solchen Verzug im Einzel-fall geknüpft sind, geltend zu machen.⁷

Vorhandene Vertragswerke eines Liefe-ranten-Unternehmens sollten daher durch den Geschäftsleiter auf ihre Kompatibilität mit den vorstehenden Auswirkungen einer Stabilisierungsanordnung in einer Lieferbe-ziehung geprüft werden und ggf. geändert werden.

2. Fortführung der Lieferbeziehung

Scheidet im Einzelfall eine Beendigung der Lieferbeziehung im Falle einer Stabili-sierungsanordnung aus, stellt sich wiederum die Frage nach den Folgen.

a) Vorleistungspflicht des Lieferanten-Unternehmens

Ist der Lieferant entsprechend des Vertrags vorleistungspflichtig, was bei Warenliefe-rungen häufig der Fall sein dürfte, so steht der Rückgriff auf § 55 Abs.3 StaRUG of-fen. Hiernach ist die obliegende Lieferung nur gegen Sicherheitsleistung oder Zug um Zug gegen die dem Kunden obliegende Leistung – regelmäßig der Zahlung – zu er-bringen. Zweck dieser Regelung ist es, eine weitere Vergrößerung des wirtschaftlichen Risikos des Lieferanten zu verhindern. Denn Stabilisierungsanordnungen dienen allein der Bewahrung des Status quo, eine weite-re Erhöhung des Insolvenzrisikos des Gläu-bigers, vorliegend also des Lieferanten, soll gerade nicht bezweckt werden.

⁶ Reg-E StaRUG, BT-DrS. 19/24181, 158; Braun, StaRUG, § 55 Rn. 8.
⁷ Reg-E StaRUG, BT-DrS. 19/24181, 158.

b) Fruchtbarmachung der Wirkung einer Verwertungssperre

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Wirkungen einer Verwertungssperre nicht zwingend zu einem Nachteil des Lieferanten führen müssen. Dies gilt vor allem für § 54 Abs. 2 StaRUG, wonach der Schuldner in Fällen, in denen er nach Maßgabe der vertraglichen Vereinbarungen mit dem Gläubiger sicherungsabgetretene Forderungen einzieht (verlängerter Eigentumsvorbehalt), die dabei erzielten Erlöse an den berechtigten Gläubiger auszukehren oder unterscheidbar zu verwahren hat. Eine Verwendung durch den Schuldner im Rahmen der Fortführung seines Geschäftsbetriebs ist gerade nicht vorgesehen. Gleiches gilt, wenn er nach Maßgabe der vertraglichen Vereinbarungen mit Sicherungsrechten belastete Waren veräußert oder verarbeitet. Somit erhält § 54 Abs. 2 StaRUG u.a. in Fällen des verlängerten Eigentumsvorbehalts den Status quo der bestehenden Sicherheiten für den Lieferanten.⁸ Auf diese Rechtslage sollte der Geschäftsleiter des Lieferanten den Kunden, zu dessen Gunsten eine Stabilisierungsanordnung ergangen ist, hinweisen, um einem Verlust seiner Sicherungsrechte durch Verwertungshandlungen des Schuldners vorzubeugen.

Von § 54 Abs. 2 StaRUG kann durch vertragliche Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger abgewichen werden. Da der Schuldner zur Realisierung seiner Sanierungsbemühungen regelmäßig auf die sich aus der Einziehung bzw. Verwertung der Ware ergebenden Erlöse angewiesen sein wird, dürfte auf Seiten des Kunden ein besonderes Interesse an einer solchen Vereinbarung bestehen. Dieses Anliegen kann im weiteren Verlauf des Restrukturierungsverfahrens, vor allem der Planentwicklung, zur angemessenen Geltendmachung der eigenen Interessen des Lieferanten-Unternehmens genutzt werden.⁹ Rechtlicher Rat und strategische Entscheidungen werden dem Geschäftsleiter dabei von Nutzen sein.

D. Fazit

Ein Restrukturierungsverfahren kann die Rechtsstellung des Lieferanten, unabhängig davon, ob er von einem Restrukturierungsplan betroffen ist, erheblich beeinflussen. Denn die Möglichkeit, sich in solchen Fällen von der Lieferbeziehung zu trennen, ist durch das StaRUG erheblich erschwert. Besondere Brisanz ergibt sich bei der Anordnung von Stabilisierungsanordnungen.

Die neuen gesetzlichen Regelungen zum StaRUG-Verfahren geben für Geschäftsleiter von Lieferanten Anlass, ihre Vertragswerke auf deren Aktualität und Kompatibilität zu prüfen und ggf. entsprechende Anpassungen vorzunehmen. ■



⁸ Ob die i.d.R. für Fälle der Verschlechterung der Vermögenslage bzgl. Einziehungsermächtigungen vorgesehenen Widerrufsrechte bei verlängerten Eigentumsvorbehalten durch eine Stabilisierungsanordnung blockiert werden, ist zweifelhaft, da sie keine Vertragsänderung, sondern nur die Aufhebung einer dinglichen Ermächtigung bewirken, vgl. Desch, BB 2020, 2498, 2508.
⁹ Vgl. auch Desch, BB 2020, 2498, 2508.

Neues zur Insolvenzverschleppungshaftung



Martin Bastobbe,
Rechtsanwalt, BÜSING MÜFFELMANN &
THEYE, Rechtsanwälte in Partnerschaft
mbB und Notare

Haftung der Geschäftsführung für Einzahlungen auf GmbH-Konto und bei Vorleistung des Lieferanten

Zahlungen einer GmbH nach Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung können eine persönliche Haftung der Geschäftsführung auslösen. Geregelt war dies bisher in § 64 GmbHG. Im Zuge der Umsetzung der EU-Restrukturierungsrichtlinie wurde die Regelung in § 15b InsO verschoben. Auf die neue Regelung, die um einiges detaillierter ausfällt und auch gegenüber der bisherigen Rechtslage modifiziert wurde, soll hier nicht detailliert eingegangen werden. Eine Änderung des Haftungsgrundes ist mit der Verschiebung ohnehin nicht verbunden. Im Kern geht es darum, dass die Verzögerung eines Insolvenzantrages die Befriedigungsaussichten der Gläubiger der GmbH in einem Insolvenzverfahren beeinträchtigt. Wer für einen verspäteten Antrag verantwortlich ist, soll daher auch die Kompensation leisten.

Der Zweck der zur Insolvenzverschleppung gehörenden Haftung für Zahlungen ab Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (die sogenannte Insolvenzreife) liegt also darin, dass das Vermögen der GmbH für das sich abzeichnende Insolvenzverfahren als Haftungsmasse für die Gläubiger der GmbH erhalten bleiben soll. Jede Zahlung an einen einzelnen Gläubiger verringert diese Haftungsmasse. Eine Kompensation durch die Geschäftsführung ist freilich dann nicht geboten, wenn auf die Zahlung der GmbH eine wertgleiche Leistung an die GmbH folgt, die von einem Insolvenzverwalter verwertet werden kann (Aktivtausch). Das ist etwa dann der Fall, wenn ein Lieferant Vorkasse verlangt und dann die Ware an die GmbH liefert.

Die bisherige Rechtsprechung wird nicht vollständig, aber größtenteils auf das neue Recht übertragbar sein. Es lohnt also, sich kurz mit zwei Entscheidungen des BGHs aus dem vergangenen Jahr näher zu befassen.

Haftung für Entgegennahme einer Zahlung auf ein debitorisches Konto der GmbH

Die erste Entscheidung des BGHs (vom 11.02.2020, Az. II ZR 427/18) betrifft einen Fall, in dem ein Geschäftsführer von einem Insolvenzverwalter auf Erstattung in Anspruch genommen wurde. Ein Geschäftspartner der GmbH hatte auf ein im Soll geführtes, d.h. debitorisches Konto der GmbH eine Zahlung geleistet. Der BGH verurteilte den Geschäftsführer zur Erstattung.

Mit dieser Entscheidung bestätigt der BGH seine bisherige Rechtsprechung zur Haftung der Geschäftsführung. Denn dass in einem solchen Fall eine Haftung bestehen kann, ist seit langem höchstrichterlich entschieden. Das mag auf den ersten Blick verwundern. Denn die GmbH erhält ja gerade einen Vermögenswert in Form der Zahlung. Zudem verbessert sich die Zahlungsfähigkeit der GmbH. Diese Betrachtung ist aber unvollständig. Sie lässt das Verhältnis der GmbH zu ihrer Bank außer Betracht. Denn ein Konto im Soll bedeutet nicht einfach nur nicht vorhandenes Geld. Es bedeutet, dass sich aus der Verrechnung der gegenseitigen Forderungen zwischen Bank und GmbH in Summe eine Forderung der Bank ergibt. Die GmbH hat also Schulden bei der Bank, wenn ihr Konto im Soll geführt wird.



Durch die Zahlung auf ein debitorisches Konto werden diese Schulden zurückgeführt, auch wenn ein Dritter überweist. Im Verhältnis zwischen der GmbH und der Bank liegt also eine „Zahlung“ der GmbH vor. Diese Zahlung an die Bank minderte hier die Haftungsmasse.

Das aktuelle Urteil reicht aber noch weiter: In dem entschiedenen Fall hatte der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG Zahlungen auf ein debitorisches Konto der GmbH & Co. KG zugelassen. Die Bank hatte also eine Zahlung auf ihre Forderungen gegen die GmbH & Co. KG erhalten. Das Besondere war hier, dass es sich um Vorauszahlungen für noch nicht veranstaltete Charterreisen handelte. Nach der Insolvenzeröffnung entscheidet über die Durchführung solcher Verträge der Insolvenzverwalter. Wählt er die Erfüllung, muss er die Charterreisen durchführen (lassen) und kann die Vergütung für die Insolvenzmasse verlangen. Der Geschäftsführer hatte nun argumentiert, dass die Zahlungen niemals erfolgt wären, wenn er sich pflichtgemäß verhalten und den erforderlichen Insolvenzantrag gestellt hätte. Denn der Insolvenzverwalter hätte sich gegen eine Erfüllung der Reiseverträge entschieden und damit auch die Zahlungen gar nicht vereinnahmt. Mit anderen Worten machte der Geschäftsführer geltend, dass die Zahlungen der Reisepreise auch dann nicht für die Insolvenzgläubiger hätten verwertet werden können, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte. Nach Ansicht des Geschäftsführers durfte es also keine Rolle spielen, dass er pflichtwidrig keinen Insolvenzantrag stellte.

Diesen im Schadensersatzrecht möglichen Einwand ließ der BGH hier aber nicht gelten. Denn bei dem Haftungsanspruch handelte es sich nach bisher ständiger Rechtsprechung gerade nicht um einen Schadensersatzanspruch. Entscheidend war allein, dass das zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger zur Verfügung stehende Vermögen durch die Rückführung des Saldos auf dem Bankkonto geschmälert wurde. Für den BGH kam hier hinzu, dass der vom Geschäftsführer

erhobene Einwand unmittelbar auch nur das Verhältnis zu den Kunden der Charterreisen betraf (Zahlung der Reisepreise), nicht aber die Zahlung der GmbH & Co. KG an die Bank in Form der Rückführung des Sollsaldos.

Bereits erhaltene Gegenleistung kompensiert Masseschmälerung grundsätzlich nicht

Die zweite Entscheidung des BGHs (27.10.2020, Az. II ZR 355/18) befasst sich ebenfalls mit der Haftung für die Entgegennahme einer Zahlung auf ein debitorisches Konto. Der BGH entschied insoweit nicht anders und zulasten des vom Insolvenzverwalter verklagten Geschäftsführers. In Anspruch genommen wurde der Geschäftsführer aber auch für eine Zahlung von einem Geschäftskonto der GmbH, auf dem ein Guthaben vorhanden war. Das Problem lag hier darin, dass die GmbH für die Zahlung zwar eine Gegenleistung erhielt. Diese erfolgte aber nicht nach der Zahlung durch die GmbH, sondern davor. Daher stellte sich die Frage, ob es sich dennoch um einen Aktivtausch handelte. Dann hätte der Geschäftsführer nicht haften müssen.

Der BGH entschied, dass der Geschäftsführer die Zahlungen der GmbH nicht zulassen durfte. Der Geschäftsführer haftete also auf Rückerstattung. Betrachtet man allein den Umstand, dass Leistungen ausgetauscht wurden, lässt sich das Urteil nur schwer nachvollziehen. Das Vermögen der GmbH hatte sich ja nicht verringert.

Auf den ersten Blick lassen sich hier gute Gründe gegen das Urteil anführen. Denn es scheint die Geschäftsführung einer GmbH zur Vorleistung zu zwingen: Um die eigene Haftung auszuschließen, müsste die Geschäftsführung das Risiko eingehen, dass die Gegenleistung dann gar nicht mehr erfolgt. Träte dieser Fall ein, wäre dies erst recht mit einem Schaden für die Gläubiger verbunden. Denkbar wäre sogar, dass dann die GmbH erst durch die ausbleibende Gegenleistung in eine schwierige Lage geriete oder sich eine solche Lage verschärfen würde. Das wurde und wird in der Fachliteratur auch so vertreten.

Der BGH stellt demgegenüber entscheidend auf die Reihenfolge der Leistungen ab. Die erhaltene Vorleistung gehört demnach gerade zu dem Vermögen der GmbH, welches die Geschäftsführung erhalten muss. Deshalb kommt sie auch als Kompensation nicht in Betracht. Das Argument, eine Vorleistung durch die GmbH sei für die Gläubiger wesentlich ungünstiger, ließ der BGH nicht gelten. Denn der BGH sieht die Haftung der Geschäftsführung für Zahlungen nach Insolvenzreife in engem Zusammenhang mit der Insolvenzantragspflicht. Ab Eintritt der Insolvenzreife könne, so der BGH, die Möglichkeit der Teilnahme am Geschäftsverkehr nicht mehr entscheidend sein, weil eine Insolvenzantragspflicht bestehe. Jedenfalls unter der Verantwortung der bisherigen Geschäftsleitung solle ein Unternehmen nicht mehr am Geschäftsverkehr teilnehmen.

Ist ein Eigentumsvorbehalt vereinbart, sieht die Sache freilich anders aus. Denn dieser führt dazu, dass die GmbH das Eigentum an den Waren erst mit der Zahlung an den Lieferanten erwirbt. Die Zahlung der GmbH und der Erwerb des Eigentums erfolgen bei Eigentumsvorbehalt also zeitgleich. Hätte hier die GmbH also eine bereits erhaltene, ihr aber unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware bezahlt, hätte der Geschäftsführer wohl nicht gehaftet.



Ausblick auf das neue Insolvenzrecht

Soweit es die Haftung für die Zahlung durch einen Schuldner der GmbH auf ein debitorisches Konto der GmbH betrifft, dürfte alles beim Alten bleiben. Hinsichtlich der Frage, ob auch eine vorherige Zahlung an die GmbH eine Zahlung der GmbH ausgleichen kann, erscheint eine Änderung nicht ausgeschlossen. Denn nach neuem Recht scheidet eine Haftung für Zahlungen auch nach Insolvenzreife aus, solange die Geschäftsführung Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung des Insolvenzgrundes betreibt, also eine Sanierung versucht. Einstweilen sollte es bei der Orientierung an der bisherigen Rechtsprechung bleiben und der Einzelfall sorgfältig geprüft werden. Zahlungen auf ein debitorisches Konto der GmbH sollten verhindert werden. Eine Vorleistung eines Geschäftspartners sollte nicht vergütet werden, wenn kein Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde.

Fazit: Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement

Die erste Maßnahme für die Haftungsvermeidung ist immer die laufende Prüfung auf Insolvenzantragspflichten. Das erfordert eine Krisenfrüherkennung und ein Krisenmanagement. In der Krise muss sich die Geschäftsführung rechtzeitig die für eine Prüfung erforderlichen Kenntnisse über Liquidität sowie Vermögen und Verbindlichkeiten der GmbH verschaffen. Insbesondere größere Zahlungen sollten ohne vorherige Prüfung und Autorisierung durch die Geschäftsführung nicht mehr erfolgen. Wenn möglich, sollten Geschäftskonten auf Guthabenbasis neu eingerichtet und die Geschäftspartner zu Zahlungen auf das neue Konto angehalten werden. Auch ernsthafte Sanierungsmaßnahmen können zur Enthftung führen. Das Haftungsrisiko trifft die gesamte Geschäftsführung, unabhängig von der internen Aufgabenverteilung und individuellen Kenntnissen. ■

Die D&O-Versicherung als Individuallösung für Geschäftsführer



Franz M. Held,
Prokurist,
VOV GmbH

Die Nachfrage nach D&O-Versicherungsschutz ist schon zu einem Automatismus im Fall der Übernahme einer Geschäftsführungstätigkeit geworden. Doch der D&O-Markt hat Fahrt aufgenommen. Bei den am meisten verbreiteten Policen, den Unternehmens-D&O-Deckungen, die die Gesellschaft für all seine Organmitglieder und weitere versicherte Personen abschließt, haben sich die Kapazitäten einiger D&O-Versicherer verknappert und auch der Risikoappetit hat abgenommen. Demzufolge sind höhere Versicherungssummen deutlich schwerer zu erhalten. Hinzu kommt, dass die Versicherungsbeiträge auch zum Teil erheblich angezogen sind.

In „Frommes Versicherungsmonitor“ vom 16.3.2021 liest sich das wie folgt:

„Prämienhöhungen von mehr als 400 %, massive Kapazitätsengpässe, sich ständig verschlechternde Bedingungen: Im Markt für Managerhaftpflichtversicherungen sieht es derzeit alles andere als rosig für die Industriekunden aus. Die ohnehin angespannte Lage hat sich durch die Pandemie noch verstärkt. Die Versicherer fürchten eine Insolvenzwelle und fordern noch mehr Informationen ...“.

Selbst wenn man attestiert, dass diese drastische Aussage für kleine und mittlere Unternehmen, also den KMU-Bereich, so nicht zutrifft, hat es aber auch hier Marktverhärtungstendenzen gegeben. Hat es in den vergangenen 10–15 Jahren immer wieder eher sinkende D&O-Beiträge bei einem gleichzeitigen Aufblähen der Bedingungsinhalte gegeben, so ist jetzt festzustellen, dass von einer derart weichen Marktphase sukzessive Abschied genommen wird. Doch was kommt jetzt?

Klar dürfte sein, dass für Geschäftsführer auch weiterhin ausreichend und nachhaltiger D&O-Versicherungsschutz zur Verfügung gestellt werden muss, da die D&O-Versicherung ein etabliertes und unverzichtbares Versicherungsprodukt ist. Deshalb ist es auch nicht hilfreich für den D&O-Markt, wenn derzeit ganze Branchen unter Generalverdacht gestellt werden und somit nur noch sehr schwer versichert werden können, obwohl eine individuelle Risikobetrachtung möglicherweise zu einem anderen Ergebnis führen würde. Tatsächlich gibt es kaum ein Risiko, dass nicht mit kreativen Lösungen und risikospezifischen Rahmenbedingungen versicherbar gestaltet werden könnte. Das ist jedoch mit einer aufwändigen Risikoprüfung verbunden, die ausreichend Zeit und Know-how für den Underwriting-Prozess voraussetzt.

Und wenn die Anbieterseite nicht nur D&O-Lösungen in Form der Unternehmens-D&O, sondern auch solche für persönliche D&O-Policen im Produktkoffer hat, gibt es noch eine sinnvolle Alternative. Solche Individualdeckungen erfreuen sich einer deutlich zunehmenden Beliebtheit, da jeder Geschäftsführer hierdurch seine eigene Absicherung hat, auf die – anders als bei der Unternehmens-D&O – keine andere versicherte Person oder gar die versicherungsnehmende Gesellschaft selbst drauf zugreifen kann.

Es ist sicherlich nachvollziehbar, dass das Unternehmen ein eigenes Interesse am Abschluss einer D&O-Versicherung hat, da insbesondere bei sehr hohen Forderungssummen die „tiefen Taschen“ der D&O-Versicherer bilanzschützenden Charakter haben. Kerngehalt einer D&O-Versicherung sollte aber immer der Schutz des Privatvermögens der versicherten Personen sein.

Insofern müssen die aktuellen Bedingungsentwicklungen am Bedarf der Geschäftsführer ausgerichtet und damit aus deren Sicht kritisch auf den Prüfstand gestellt werden.

Selbstverständlich wird die Unternehmens-D&O-Versicherung weiterhin einen wichtigen Stellenwert haben. Doch bereits deren Konstrukt lässt kritisches Potenzial erkennen. Die Unternehmens-D&O-Versicherung ist als Versicherung für fremde Rechnung so ausgestaltet, dass das Unternehmen Versicherungsnehmer und Prämienschuldner ist. In der Schadenpraxis betreffen ca. 90 % aller Schadenfälle die sog. Innenhaftung, d.h. Ansprüche des Unternehmens selbst gegen seine Geschäftsführer bzw. andere versicherte Personen. Das Unternehmen ist also in den weit überwiegenden Fällen gleichzeitig Anspruchsteller und Versicherungsnehmer. Kritisch zu betrachten sind auch die Deckungselemente in der Unternehmens-D&O-Versicherung, die nur der Gesellschaft selbst zugutekommen. Erwähnt sei nur die sog. „Eigenschadendeckung“, wonach auch ohne Vorliegen einer persönlichen Haftung zugunsten der versicherungsnehmenden Gesellschaft Leistungen ausgekehrt werden können. Dadurch ist die Police vorschadenbelastet und es ist durchaus vorstellbar, dass es mehrere Versicherungsfälle in einer Versicherungsperiode gibt, wodurch einem Geschäftsführer dann für „seinen“ Fall mög-

licherweise keine bzw. keine ausreichende Versicherungssumme mehr zur Verfügung steht. Oder ein unter den weiten Begriff der versicherten Person fallender Angestellter, wie etwa der Datenschutzverantwortliche oder sogar der Fuhrparkleiter, trägt bei einer Inanspruchnahme zu einer verringerten Versicherungssumme bei. So kann ein Geschäftsführer dann gezwungen sein, trotz bestehender Unternehmens-D&O-Versicherung eigenes Geld zur (vollständigen) Erledigung eines gegen ihn gerichteten Anspruchs aufbringen zu müssen. Zwar gibt es keinen D&O-Bedingungsstandard, der Trend bei der Unternehmens-D&O ging in den letzten Jahren aber eindeutig in die Richtung verstärkter Deckungsinhalte zugunsten des Unternehmens – mit den dargestellten verbundenen Nachteilen für die versicherten Geschäftsführer.

Sicherlich gibt es – das zeigt die D&O Schadenpraxis – meist ausreichend unter einer Unternehmens-D&O gedeckte Schadenfälle, bei denen sich die aufgezeigten Problemfelder und Interessenkonflikte nicht bewahrheitet haben. Ob eine andere versicherte Person einen Schadenfall auslöst und dann die Versicherungssumme dafür (teilweise) „abgeräumt“ wird oder nicht, lässt sich aber nicht seriös vorhersehen, so dass jedenfalls schon mal bei der Wahl der Höhe der Versicherungssumme nicht gespart

werden sollte. Erst recht, wenn gleichzeitig mehrere versicherte Personen in Anspruch genommen werden und die zur Verfügung stehende Versicherungssumme dann auf die „Köpfe“ verteilt werden muss.

Wer also für sich betrachtet auf jeden Fall auf der sicheren Seite sein will, der sollte sich eigenen Versicherungsschutz mit einer höchstpersönlichen D&O-Versicherung beschaffen. Das macht sogar als ergänzenden Schutz zu einer Unternehmenspolice sehr viel Sinn.

Der D&O-Markt bietet hier sowohl standardmäßige als auch individuell zugeschnittene und damit bedarfsgerechte Versicherungslösungen an. Der Versicherungsschutz ist grundsätzlich derselbe wie der, den man als versicherte Person unter einer Unternehmens-D&O-Deckung erhalten kann. Anders als bei der Unternehmens-D&O-Police werden die „persönlichen D&O-Deckungen“ von jedem Geschäftsführer jedoch nur für sich selbst abgeschlossen. Bei den persönlichen D&O-Deckungen verfügt der einzelne Geschäftsführer damit über eine höchst-eigene unantastbare Versicherungssumme und er verhandelt den Bedingungs Inhalt ausschließlich an seinem persönlichen Bedarf orientiert.



Der versicherungsnehmende Geschäftsführer sitzt also auf dem Fahrersitz und ist damit „Herr“ der D&O-Deckung, während er bei Unternehmenslösungen die Bedingungen oft nicht verhandeln oder beeinflussen kann.

Interessant ist der Abschluss einer höchstpersönlichen D&O-Versicherung auch in den Fällen, bei denen etwa Versicherungsschutz über eine Unternehmens-D&O-Deckung einer ausländischen Muttergesellschaft besteht, die je nach Konstellation die deutsche Rechtswirklichkeit, insbesondere bei Inanspruchnahmen im Innenverhältnis, nicht risikoadäquat abbildet. Eine individuelle D&O-Police kann diese gefährliche Lücke effektiv schließen. Weiterer nicht zu unterschätzender Bedarf nach einer eigenen Absicherung besteht zudem im Falle des Ausscheidens aus dem Unternehmen. Denn der ausgeschiedene Geschäftsführer kann das weitere Schicksal der Unternehmens-D&O-Police nur noch schwer beeinflussen und so fühlt er sich durch eine D&O-Deckung ausreichend abgesichert, obwohl nach seinem Ausscheiden möglicherweise die Versicherungsbedingungen anders gestaltet worden sind oder die Versicherungssumme reduziert wurde. Und diese fehlende Kontrolle über das Schicksal des D&O-Vertrages wird oftmals unterschätzt. Vertragliche Sicherheit bietet eine entsprechende

„Verschaffungsklausel“ im Dienstvertrag, die im Idealfall ganz konkret regelt, wie der D&O-Versicherungsschutz ausgestaltet und erhalten werden muss. Da solche Klauseln oftmals aber nur sehr unscharf formuliert sind, gewähren die persönlichen D&O-Versicherungen meist mehr Sicherheit. Selbst im Zusammenspiel mit einer Unternehmens-D&O-Versicherung bieten Individualdeckungen für den Geschäftsführer ein Extra an Schutz, da hierdurch gleichzeitig ein zusätzlicher Puffer an Versicherungssumme geschaffen wird.

Da sich persönliche D&O-Versicherungen inhaltlich nicht unwesentlich unterscheiden, gilt auch hier, den Wald vor lauter Bäumen nicht aus den Augen zu verlieren. So existieren persönliche D&O-Deckungen mit wertvollen Bedingungelementen, die über den üblichen Schutzzumfang hinausgehen und etwa eine Anwaltshotline zur Verfügung stellen, bei der ein betroffener Geschäftsführer im Falle aufziehender Gewitterwolken 24/7 auf Kosten des Versicherers unmittelbar Kontakt zu einem sehr versierten Rechtsanwalt aufnehmen kann. Jedem Geschäftsführer ist daher dringend zu empfehlen, das Thema D&O-Versicherung zur „Chefsache“ zu machen.

Dabei sollte er aber nicht nur auf das Wording achten, der Geschäftsführer sollte

in jedem Fall auch über das Schadenmanagement des Versicherers zufriedenstellend informiert sein. Einen klaren Pluspunkt verzeichnen hier D&O-Anbieter, die alternativen Streitbeilegungsmöglichkeiten offen gegenüberstehen.

Ebenso ist bei der Wahl des den Haftpflichtvorwurf abwehrenden Rechtsanwalts Sorgfalt geboten. Neben den im Einzelfall geschuldeten Spezialkenntnissen sollte dieser auf jeden Fall vermittelnd tätig sein können und damit seinen Beitrag zur Vermeidung einer Eskalation der jeweiligen Schadensache zu leisten imstande sein. Gute D&O-Anbieter verfügen über ein entsprechendes Netzwerk mit derart qualifizierten Rechtsanwälten, von dem die versicherten Geschäftsführer dann unmittelbar profitieren können.

Fazit: Individual-D&O-Policen erfreuen sich einer stetig wachsenden Nachfrage. So lautet auch meine klare Empfehlung an die Geschäftsführer, sich nicht nur auf die vom Unternehmen abgeschlossene D&O-Police zu verlassen, sondern das Thema „D&O“ zur Chefsache zu machen und sich auch Gedanken darüber zu machen, ob man sich mit einer eigenen D&O-Police nicht noch wohler fühlen würde. ■

D&O-Versicherungsschutz für Ansprüche gegen den Geschäftsführer bei Verstoß gegen das Auszahlungsverbot bei Insolvenzzreife?



Dr. Rocco Jula,
Rechtsanwalt,
Rechtsanwälte Dr. Jula & Partner mbB

Gerät eine GmbH in eine wirtschaftliche Krise, muss der Geschäftsführer besonders wachsam sein. Liegt bereits eine Insolvenzzreife vor, hat der Geschäftsleiter unverzüglich, bei Zahlungsunfähigkeit spätestens binnen drei Wochen bzw. bei Überschuldung spätestens binnen sechs Wochen Insolvenzantrag zu stellen (§ 15a I InsO). Verstößt er gegen diese Pflicht, kann sich der Geschäftsführer strafbar machen (§ 15a IV InsO). Der BGH legt die dem Geschäftsführer obliegenden Organpflichten streng aus. Danach muss „der Geschäftsführer einer GmbH für eine Organisation sorgen, die ihm die zur Wahrnehmung seiner Pflichten erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft jederzeit ermöglicht“ (BGH Ur. v. 19.6.2012 – II ZR 243/11, NZI 2012, 812). Der Gesetzgeber hat im ab 1.1.2021 in Kraft getretenen Unternehmensstabilisierungs- und -Restrukturierungsgesetz – (StaRUG) in § 1 I eine Pflicht der Geschäftsleiter zur Früherkennung der Krise und zur Ergreifung von Gegenmaßnahmen verankert:

Die Mitglieder des zur Geschäftsführung berufenen Organs einer juristischen Person (Geschäftsleiter) wachen fortlaufend über Entwicklungen, welche den Fortbestand der juristischen Person gefährden können. Erkennen sie solche Entwicklungen, ergreifen sie geeignete Gegenmaßnahmen und erstatten den zur Überwachung der Geschäftsleitung berufenen Organen (Überwachungsorganen) unverzüglich Bericht. Berühren die zu ergreifenden Maßnahmen die Zuständigkeiten anderer Organe, wirken die Geschäftsleiter unverzüglich auf deren Befassung hin.

Bei diesem strengen „Pflichtenkorsett“ kann der Geschäftsführer leicht in die Haftung und Strafbarkeit geraten. Hierbei wird Insolvenzverschleppung bereits bei Fahrlässigkeit bestraft. Daneben ent-

steht auch eine Haftung bereits dann, wenn der Geschäftsführer den Insolvenzantrag nur fahrlässig verschleppt. Der Straftatbestand der Insolvenzverschleppung ist ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB und löst daher eine Schadensersatzverpflichtung aus. Daneben besteht das Auszahlungsverbot nach Eintritt der Insolvenzzreife, das in § 15b I der Insolvenzordnung verankert ist. Bis zum 31.12.2020 war dies für die GmbH in § 64 Satz 1 GmbHG geregelt. Wird gegen dieses Verbot verstoßen, ordnet das Gesetz an, dass der Geschäftsführer alle schuldhaft veranlassten Zahlungen an die Insolvenzmasse zu erstatten hat, die nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu vereinbaren sind.

In der Praxis werden hierbei oft Prozesse in Millionenhöhe geführt, weil die Insolvenzverwalter nach dem Zusammenbruch der Gesellschaft und Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Rechnungswesen im Einzelnen auswerten und ermitteln, wann eine Insolvenzzreife eingetreten ist, um sodann alle danach erfolgten Auszahlungen bei dem Geschäftsführer persönlich zurückzufordern.

Der Geschäftsführer kann sich zur Wehr setzen, indem er vorträgt, dass die Insolvenzzreife zu dem Zeitpunkt noch gar nicht vorlag, bzw. er ohne Verschulden handelte, weil die Insolvenzzreife für ihn ggf. damals noch nicht erkennbar war. Er kann auch vortragen, dass zumindest einzelne Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zu vereinbaren gewesen sind. Ferner kann der Geschäftsführer darlegen und beweisen – dies ist mit Wirkung ab 1.1.2021 in das Gesetz in § 15b IV 2 InsO eingeführt worden – dass sich insgesamt die Masse im Verschleppungszeitraum nicht verringert hat, so dass sich die verspäte Antragstellung nicht zum Nachteil der Gläubiger ausgewirkt hat.



Jedenfalls muss der Geschäftsführer gegebenenfalls einen langwierigen Prozess durchstehen, dessen Ausgang ungewiss ist. In der Praxis kommt es allerdings sehr häufig zu Verurteilungen bei Verstößen gegen das Auszahlungsverbot. Umso wichtiger ist es für den Geschäftsführer, dass hierfür Versicherungsschutz aus der D&O-Versicherung bereitgestellt wird. Der Versicherer stellt hierbei die Kosten für eine Abwehr bereit bzw. den Geschäftsführer von einer Inanspruchnahme frei, sofern der Anspruch sich am Ende als berechtigt erweist. Die D&O-Versicherung leistet nicht bei vorsätzlicher Herbeiführung des Schadens, d.h. wenn die Insolvenzverschleppung vorsätzlich geschieht und damit vorsätzlich gegen das Auszahlungsverbot verstoßen wird (§ 103 VVG). Daneben ist auch bereits die wissentliche Pflichtverletzung regelmäßig nach den verbreiteten Versicherungsbedingungen vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. Es genügt also, dass der Geschäftsführer weiß, dass er den Insolvenzantrag verschleppt, auch wenn er keinen Schaden anrichten will.

Versicherungsschutz aus der D&O-Versicherung wird jedoch für die fahrlässige einschließlich der grob fahrlässigen Insolvenzverschleppung und für die daraus resultierende haftungsrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers gewährt.

Durch mehrere OLG-Entscheidungen wurde jedoch der Versicherungsschutz für den Tatbestand des § 64 Satz 1 GmbHG abgelehnt. Es wurde argumentiert, dass der Anspruch gegen den Geschäftsführer, der bei Verstoß gegen das Auszahlungsverbot seitens des GmbH entsteht, kein echter Schadensersatzanspruch sei, sondern ein Anspruch eigener Art. Die Versicherungsbedingungen setzen jedoch einen Verstoß gegen gesetzliche Haftpflichtbestimmungen voraus, verlangen also, dass gegen den Geschäftsführer ein Anspruch gerichtet wird, der sich aus dem Verstoß gegen gesetzliche Haftpflichtbestimmungen herleitet.

In der Praxis haben viele Versicherungsmakler auf die OLG-Rechtsprechung reagiert und ausdrücklich vereinbart bzw. klarstellen lassen, dass gleichwohl die Ansprüche wegen des Verstoßes gegen das Auszahlungsverbot aus § 64 Satz 1 GmbH-Gesetz (heute § 15b IV InsO) mitversichert sind. Im Anschluss an die OLG-Rechtsprechung wurde jedoch teils von den Versicherern in Fällen, in denen die Gesellschaften bereits insolvent waren und die Ansprüche schon entstanden waren die Deckung versagt oder es wurde sich dies zumindest vorbehalten und zunächst vorläufig nur Abwehrdeckung gewährt. Daher wurde mit Spannung das BGH-Urteil erwartet, das nunmehr am 18. November 2020 ergangen ist. Der Bundes-

gerichtshof hat zu Gunsten des Versicherungsschutzes entschieden und geurteilt, dass der Anspruch wegen Masseschmälerung, der sich damals aus § 64 Satz 1 GmbH-Gesetz ergab (heute § 15b IV InsO) vom Versicherungsschutz umfasst ist. Es handele sich um einen Schadensersatzanspruch, der zu den gesetzlichen Haftpflichtbestimmungen gehört. So würde dies ein verständiger Versicherungsnehmer verstehen (BGH Ur. v. 18.11.2020 – IV ZR 217/19, r+s 2021, 27, 28.) Im Kern begründet der BGH seine Entscheidung damit, dass aus Sicht der Beteiligten der Anspruch wegen Masseschmälerungen auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes gerichtet und daher als Schadensersatzanspruch im Sinne der Versicherungsbedingungen einzuordnen sei. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs hat Klarheit und Rechtssicherheit für die betroffenen Geschäftsführer geschaffen.

Aber es ist weiterhin gleichwohl darauf zu achten, ob im Einzelfall der Ausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung oder vorsätzlichen Schadensherbeiführung vorliegt. Dies ist in der Praxis sehr häufig der Fall. Auch muss differenziert werden: Es kann zunächst eine versicherte fahrlässige Insolvenzverschleppung vorliegen, weil der Geschäftsführer die Insolvenzreife noch nicht erkannt hat, diese kann dann aber noch in eine vorsätzliche Insolvenzverschleppung

umschlagen. Ab diesem Zeitpunkt bestünde für den dann verursachten Schaden kein D&O-Versicherungsschutz mehr.

In der Praxis wird aktuell, soweit bekannt, ausdrücklich in den verbreiteten Policen der Anspruch wegen Verstoßes gegen das Auszahlungsverbot mitversichert. Einige Versicherer überlegen jedoch, ob sie dies zukünftig weiterhin gewährleisten können. Auch könnte in Frage gestellt werden, ob mit dem Einschluss des Anspruchs aus § 64 Satz 1 GmbHG damit auch die Neufassung in § 15b InsO erfasst ist. Dies ist zu bejahen, da der neugefasste Tatbestand durch den Gegenbeweis, dass keine Benachteiligung der Gläubigerschaft im Verschleppungszeitraum eingetreten ist, das Haftungsrisiko des Geschäftsführers eher verringert. Bei einem Neuabschluss der Police ist darauf zu achten, ob die Versicherer gegebenenfalls hier einen Ausschluss für Ansprüche aus § 15b IV InsO vereinbaren. Diese Möglichkeit stünde ihnen offen. Ein solcher Ausschluss, der transparent formuliert ist, wäre auch nicht unwirksam. Bei bestehenden Policen ist darauf zu achten, dass nunmehr statt § 64 Satz 1 GmbHG ausdrücklich die Ansprüche aus § 15b IV 1 InsO versichert sind. ■

Neue Voraussetzungen für die Eigenverwaltung



Dr. Christian Kaufmann,
Rechtsanwalt, Fachanwalt
für Insolvenzrecht,
PLUTA Rechtsanwalts GmbH

Das Sanierungsfortentwicklungsgesetzes (SanInsFoG), das zum 01.01.2021 in Kraft getreten ist, hat nicht nur ein viel diskutiertes außergerichtlichen Sanierungsverfahren durch das Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG) gebracht – welches leider in letzter Minute zahlreiche Streichungen im Vergleich zum mutigen Referentenentwurf hinnehmen musste und daher zu Recht nicht (mehr) als der große Wurf angesehen wird –, sondern daneben auch umfangreiche Änderungen der Insolvenzordnung. Dazu gehören insbesondere auch die §§ 270 bis 270f InsO, die das Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung modifizieren und den Zugang zum Verfahren unter deutlich erhöhte Anforderungen stellen.

Verschärfungen Ergebnis der Evaluation des ESUG

Diese erhöhten Anforderungen sind das Ergebnis der Evaluation des ESUG – dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen –, die in den Jahren 2017 und 2018 durchgeführt wurde.

Das ESUG war bekanntlich im Jahr 2012 angetreten, die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Sanierung notleidener Unternehmen zu verbessern und zu verhindern, dass das Insolvenzverfahren – wie in der Vergangenheit oft – in der Liquidation endet – was freilich nicht am Insolvenzverfahren an sich liegt, sondern daran, dass zumindest in der Vergangenheit Insolvenzanträge regelmäßig deutlich zu spät gestellt wurden und dann schlicht „nichts mehr zu retten“ war.

Daher sollten Anreize gesetzt werden, das Insolvenzverfahren frühzeitig zur Sanierung seines Unternehmens zu nutzen. Hierzu hat das

ESUG den Zugang zum Eigenverwaltungsverfahren erleichtert – nach dem neuen Gesetzeswortlaut sollte das Eigenverwaltungsverfahren künftig der Regelfall sein – und insbesondere auch schon im Antragsverfahren die Möglichkeit geschaffen, das Verfahren in Eigenverantwortung unter Aufsicht eines (vorläufigen) Sachwalters abzuwickeln. Nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des ESUG gab es das Institut der Eigenverwaltung zwar auch schon, die Anordnung war jedoch die Ausnahme, und vor allem musste in der wichtigen Phase des Antragsverfahrens, in dem die Weichen für das Gelingen der Sanierung gestellt werden, zwingend ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt werden, war das Unternehmen also unter Fremdverwaltung.

Der Vorteil der Eigenverwaltung aus Sicht der Geschäftsleitung liegt auf der Hand: Die Geschäftsleitung bleibt von Beginn an verwaltungs- und verfügungsbefugt und kann die Sanierung – unter Aufsicht eines Sachwalters – weitgehend eigenständig durchführen. Der Sachwalter fungiert hierbei lediglich als Überwachungsorgan mit grundsätzlich geringen Kompetenzen, die im Einzelfall jedoch durch das Gericht erweitert werden können.

Diese Zielsetzung des ESUG ging in der Praxis auch weitgehend auf. So hat sich das Eigenverwaltungsverfahren seit Inkrafttreten des ESUG zumindest in größeren Verfahren als das Regelverfahren durchgesetzt. Es gibt kaum ein Großverfahren, welches heute nicht zumindest als Eigenverwaltungsverfahren startet. Das Eigenverwaltungsverfahren wird heute von vielen Unternehmen als wichtiges Sanierungstool gesehen.

Andererseits zeigten sich auch Schattenseiten, insbesondere zu Beginn des neuen Rechts. „5 vor 12“-Eigenverwaltungen frei nach dem Motto „Wenn schon Insolvenz, dann aber bitte in Eigenverwaltung“ ohne großartige Vorbereitung des Verfahrens, „Family and Friends“-Gläubigerausschüsse, viele von vornherein nicht für ein Eigenverwaltungsverfahren geeignete Fälle, die dann alsbald mehr oder weniger desaströs in ein Regelinsolvenzverfahren überführt werden mussten (hiervon zu unterscheiden sind allerdings Verfahren, die nach Abschluss der Sanierung für die Restabwicklung bewusst in ein Regelinsolvenzverfahren überführt werden) und die Tatsache, dass eine einmal angeordnete Eigenverwaltung nur unter engen Voraussetzungen wieder aufgehoben werden konnte, führten bei vielen am Insolvenzgeschehen Beteiligten, insbesondere auch vielen Insolvenzgerichten, dazu, dass es zum Teil erhebliche Vorbehalte gegen Eigenverwaltungsverfahren gab (und gibt).

Dabei kann ein Eigenverwaltungsverfahren ein ausgesprochen gutes Sanierungsinstrument sein, nämlich dann, wenn es von seriösen Beratern frühzeitig angegangen und gut vorbereitet wird. Dann kann das Unternehmen die vielfältigen Sanierungsinstrumente der Insolvenzordnung, die es nach den Streichungen des StaRUG (siehe

oben) weiterhin nur im Insolvenzverfahren gibt und auf die weiter unten noch eingegangen wird, für die Eigensanierung nutzen und damit oft gute Ergebnisse nicht nur für die Gesellschafter, sondern auch die sonstigen Stakeholder, insbesondere die Insolvenzgläubiger, erzielen.

An den Schwachstellen der bisherigen Regelungen setzen die Neuregelungen an. Mit den Neuregelungen soll dem Missbrauch des Eigenverwaltungsverfahrens vorgebeugt werden und es soll nur solchen Unternehmen der Zugang zum Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung erlaubt werden, die hierfür auch geeignet sind. Dadurch soll vor allem das Ansehen und die Wahrnehmung dieses speziellen Insolvenzverfahrens am Markt geschützt werden.

Die neuen Regelungen gelten grundsätzlich für alle Verfahren, die nach dem 1. Januar 2021 beantragt werden. Eine Sonderregelung gibt es für besonders von der COVID-19-Pandemie betroffene Unternehmen. Unter bestimmten Voraussetzungen gelten für sie die weniger strengen Regelungen nach bisher geltendem Recht.

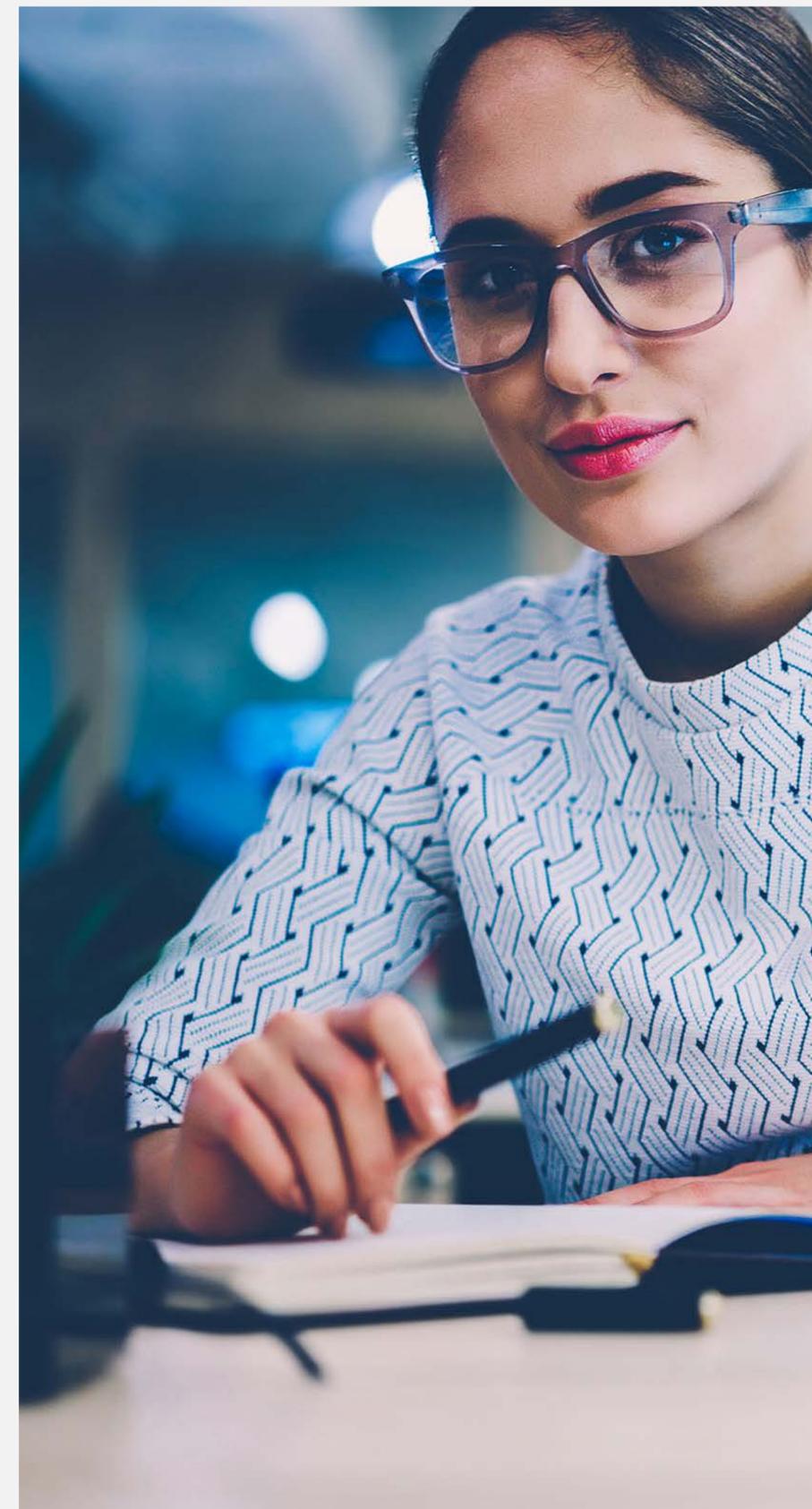
Kernelement der neuen Regelungen: Die Eigenverwaltungsplanung

Während es nach altem Recht ausreichend war, dass die Anordnung der Eigenverwaltung nicht zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird, hat das Gesetz die Anforderungen nun erheblich verschärft.

Nach den neuen Vorschriften ist die Eigenverwaltung nur noch anzuordnen, wenn die Anordnungsvoraussetzungen für die vorläufige Eigenverwaltung nach § 270b InsO vorliegen und kein Aufhebungsgrund nach § 270e InsO gegeben ist. Als Kernelement muss der Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung dabei eine sogenannte „vollständige und schlüssige Eigenverwaltungsplanung“ enthalten, die auf zutreffenden Tatsachen beruht (§ 270b Abs. 1 InsO).

Diese Eigenverwaltungsplanung muss nach dem neuen Gesetz (§ 270a InsO) insbesondere folgende Punkte umfassen:

- einen Finanzplan, der den Zeitraum von sechs Monaten abdeckt und eine fundierte Darstellung der Finanzierungsquellen enthält, durch welche die Fortführung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes und die Deckung der Kosten des Verfahrens in diesem Zeitraum sichergestellt werden soll,



- ein Konzept für die Durchführung des Insolvenzverfahrens, welches auf Grundlage einer Darstellung von Art, Ausmaß und Ursachen der Krise das Ziel der Eigenverwaltung und die Maßnahmen beschreibt, welche zur Erreichung des Ziels in Aussicht genommen werden,
- eine Darstellung des Stands von Verhandlungen mit Gläubigern, den am Schuldner beteiligten Personen und Dritten zu den in Aussicht genommenen Maßnahmen,
- eine Darstellung der Vorkehrungen, die der Schuldner getroffen hat, um seine Fähigkeit sicherzustellen, insolvenzrechtliche Pflichten zu erfüllen, und
- eine begründete Darstellung etwaiger Mehr- oder Minderkosten, die im Rahmen der Eigenverwaltung im Vergleich zu einem Regelverfahren und im Verhältnis zur Insolvenzmasse voraussichtlich anfallen werden.

Neben diesen wesentlichen Elementen muss die Eigenverwaltungsplanung unter anderem auch eine Angabe zu Zahlungsrückständen gegenüber bestimmten Gläubigern, wie z.B. Arbeitnehmer und Sozialversicherungsträgern (§ 270a Abs. 2 Nr. 1 InsO), und über die Einhaltung von Buchführungsvorschriften (§ 270a Abs. 2 Nr. 3 InsO) enthalten.

Diese Anforderungen belegen zum einen, dass eine Eigenverwaltung künftig in jedem Fall erhebliche Vorbereitung benötigt, zu der sich das Unternehmen in aller Regel sachverständiger Berater bedienen muss. Ferner darf sich das Unternehmen nicht bereits in einem erheblichen Vermögensverfall befinden, sondern muss die wesentlichen Verpflichtungen (Arbeitnehmer, Steuern, Sozialversicherungsbeiträge, Lieferanten, Buchführungspflichten) zumindest noch weitgehend erfüllen (vgl. § 270b Abs. 2 Nr. 1, 3 InsO). Will die Geschäftsleitung die Eigenverwaltung nutzen, muss sie also frühzeitig diese Sanierungs-

alternative in Betracht ziehen und ggf. auch umsetzen; bei nicht rechtzeitiger Befassung droht sonst am Ende das Regelinsolvenzverfahren unter Fremdverwaltung, in dem die Geschäftsleitung kaum noch Einfluss auf den Verlauf der Sanierung hat. „5 vor 12“-Eigenverwaltungen, womöglich noch ohne insolvenzrechtlichen Sachverstand in der Geschäftsleitung, gehören damit der Vergangenheit an.

Leistungswirtschaftliche Sanierungsinstrumente in der Insolvenzordnung

Die Eigenverwaltung ist als Sanierungsinstrument auch deshalb so interessant, weil durch sie dem Unternehmen sämtliche Sanierungsinstrumente des Insolvenzrechts, die es so nur innerhalb eines Insolvenzverfahrens gibt, offenstehen – und dies bereits frühzeitig, nämlich im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit, also bis zu 24 Monate vor dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und damit zu einem Zeitpunkt, bei der in aller Regel noch sehr gute Voraussetzungen für einen nachhaltigen Turnaround des Unternehmens bestehen. Die Sanierungsinstrumente der Insolvenzordnung sind hierbei nicht nur finanzwirtschaftlicher, sondern auch leistungswirtschaftlicher Art.

Dies sind zum einen die Regelungen über das Insolvenzgeld, die das Unternehmen im Antragsverfahren von den Personalkosten für bis zu drei Monate entlastet und ihm damit auch finanziell Luft verschafft, um notwendige Sanierungsmaßnahmen umzusetzen.

Weiter sind zu nennen die Vorschriften über die zeitnahe Beendigung von ungünstigen Verträgen (§§ 103 ff. InsO), seien es ungünstige Lieferverträge oder auch Verträge mit Kunden, oder – besonders praxisrelevant – Mietverträge über bewegliche und vor allem unbewegliche Gegenstände; letztere können mit einer Frist von maximal drei Monaten zum Monatsende gekündigt werden (§ 109 InsO).





Der Referentenentwurf des StaRUG sah eine Beendigungsmöglichkeit von gegenseitigen noch nicht vollständig erfüllten Verträgen (insbesondere Dauerschuldverhältnissen) ebenfalls noch vor, dies ist jedoch letztlich nicht Gesetz geworden. Damit bleibt es dabei, dass die Beendigung von nachteiligen Verträgen, insbesondere langfristigen Mietverträgen, nichtkonsensual nur im Insolvenzverfahren möglich ist.

Ferner sind die Vorschriften des Insolvenzrechts zu nennen, die deutliche Vorteile gegenüber einem Personalabbau außerhalb der Insolvenz bieten. So beträgt die maximale Kündigungsfrist im Insolvenzverfahren drei Monate (§ 113 InsO). Das Volumen eines Sozialplans ist zweifach gedeckelt: Maximal zweieinhalb Monatsverdienste, jedoch maximal ein Drittel der Masse, die ohne einen Sozialplan für die Verteilung an die Insolvenzgläubiger zur Verfügung stünde (§ 123 Abs. 1 und 2 InsO). Und schließlich ist die Sozialauswahl insoweit erleichtert, als bei einem Interessenausgleich mit Namensliste diese nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann und nicht nur eine ausgewogene Personalstruktur erhalten, sondern auch geschaffen werden kann (§ 125 InsO).

Daneben gibt es noch eine ganze Reihe weiterer Sanierungsinstrumente, wie das Rückgängigmachen nachteiliger Rechtshandlungen (§§ 129 ff. InsO) oder zahlreiche Einschränkungen von Vollstreckungen.

Fazit: Frühzeitige Befassung notwendig

Mehr denn je gilt, dass sich Geschäftsleiter frühzeitig, bei ersten Krisenanzeichen, mit möglichen Sanierungsoptionen beschäftigen sollten. § 1 StaRUG sieht eine entsprechende Pflicht der Geschäftsleiter zur Krisenfrüherkennung und zum Ergreifen geeigneter Maßnahmen auch ausdrücklich vor. Vor allem stehen jedoch nur dann dem Unternehmen noch sämtliche Krisenbewältigungsoptionen zur Verfügung – von der außergerichtlichen Sanierung über das StaRUG bis ggf. zum Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung. Welcher Sanierungsweg für das Unternehmen in der konkreten Situation die beste Option ist, welche Vor- und Nachteile es gibt und was alles zu beachten ist, bedarf regelmäßig eingehender Beratung durch versierte Experten.

Die Verschärfungen der Zugangsvoraussetzungen zur Eigenverwaltung ist dabei grundsätzlich zu begrüßen. Zwar gelangen in der Vergangenheit auch manche Sanierungen in „5 vor 12“-Eigenverwaltungen. Grundsätzlich ist der in der Anordnung der Eigenverwaltung liegende Vertrauensvorschuss jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn das Eigenverwaltungsverfahren rechtzeitig und gewissenhaft vorbereitet worden ist, bevor es zu dem mit einer akuten Zahlungsunfähigkeit verbundenen Handlungsdruck kommt. Denn nur dann sind die Sanierungschancen auch am höchsten.

Nach wie vor gilt: Je früher man das Thema Krisenbewältigung professionell angeht, umso eher hat die beabsichtigte Sanierung Aussicht auf Erfolg. ■

Steuerbarkeit von Sanierungsprozessen durch Sitzverlegung



Rüdiger Weiß,
Rechtsanwalt und Sanierungsberater,
Fachanwalt für Insolvenzrecht,
WallnerWeiß; Mitherausgeber
„Der Sanierungsberater“

Der Erfolg einer Unternehmenssanierung hängt maßgeblich von der Kompetenz der Beteiligten ab. Der betriebswirtschaftliche Berater des Unternehmens sollte seinen Tätigkeitsschwerpunkt zumindest auch in der gerichtlichen Sanierung haben und in der Lage sein, die außergerichtliche Sanierung ohne Bruch (stufenlos) in die gerichtliche Sanierung überzuleiten. Der mit der Insolvenzantragstellung beauftragte Rechtsanwalt sollte zwingend über vertiefte Kenntnisse der Praxis des zuständigen Insolvenzgerichts und des Insolvenzrichters verfügen. Der Sachwalter hat seine Überwachungsfunktion nach höchstrichterlicher Rechtsprechung zukunftsorientiert auszuüben. Er muss beratend in dem Sinne tätig werden, dass er sich rechtzeitig in die Erarbeitung der Konzepte einbinden lässt und rechtzeitig zu erkennen gibt, welche erwogenen Maßnahmen nach seiner Auffassung möglich und welche geprüften Wege gangbar sind (BGH, Beschl. v. 21.7.2016, IX ZB 70/14, Rn. 73; Beschl. v. 22.9.2016, IX ZB 71/14, Rn. 64). Hierauf ist der Verfasser in seinen früheren Veröffentlichungen unter den Titeln „Unternehmenssanierung in EigenverwaltungsPraktikersicht“ (E-Book

für Geschäftsführer 2018, Seite 118 ff.) sowie „Praxis der Steuerbarkeit von gerichtlichen Sanierungsprozessen“ (E-Book für Geschäftsführer 2020, Seite 117 ff.) umfassend eingegangen.

Aufgrund der unterschiedlichen Praxis, wie bei Insolvenzgerichten mit sog. gesteuerten gerichtlichen Sanierungsverfahren umgegangen wird, soll nachfolgend die Möglichkeit der Steuerbarkeit des Sanierungsprozesses durch die Verlagerung der wirtschaftlichen Tätigkeit (§ 3 Abs.1 Satz 2 InsO) bzw. des Geschäftssitzes (§ 3 Abs.1 Satz 1 InsO) beleuchtet werden.

Die Qualität der Verfahrensbearbeitung durch die Insolvenzgerichte hängt von den Erfahrungen und der – auch ökonomischen – Sachkunde der juristisch ausgebildeten Richter und Rechtspfleger ab, die vor allem durch die wiederholte Bearbeitung von Eigenverwaltungsverfahren erworben wird. Angesichts circa 190 Insolvenzgerichten sind jedoch einige Insolvenzgerichte selten bis gar nicht mit Eigenverwaltungsverfahren befasst.



Die hohe Anzahl von Insolvenzgerichten bedingt auch die uneinheitliche Handhabung von Eigenverwaltungsverfahren. Während beispielsweise bei einer Vielzahl von Insolvenzgerichten eine Vorbesprechung ausdrücklich gewünscht ist, gibt es immer noch Gerichte, welche ein solches Gespräch ablehnen. Der zum 01.01.2021 eingeführte, gesetzliche Anspruch auf ein Vorgespräch gemäß § 10a InsO besteht nur, wenn aufgrund der Größenkriterien des § 22a Abs. 1 InsO grundsätzlich ein vorläufiger Gläubigerausschuss einzusetzen wäre. Bei Unternehmen unterhalb der Schwellenwerte des § 22a Abs. 1 InsO liegt die Führung eines Vorgesprächs im Ermessen des Insolvenzgerichts. Auch in Bezug auf die Einsetzung eines fakultativen Gläubigerausschusses und ggf. eines Verwaltervorschlags ist die Gerichtspraxis uneinheitlich. Manche Insolvenzgerichte berücksichtigen weder die Mitwirkungsbereitschaft qualifizierter Gläubiger noch folgen sie dem eigentlich bindenden Vorschlag der Gläubiger und bestellen andere Personen als Sachwalter (vgl. ESUG-Evaluierung, Bericht Seite 210). Da die Entscheidungen des Insolvenzgerichts über die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nicht justizabel sind, hat sich seit Einführung der zwingenden Vorschlagsrechte im Rahmen eines Schutzschirmverfahrens (§ 270d Abs. 2 InsO nF) oder durch einen einzusetzenden Gläubigerausschuss

(§ 56a Abs. 2 InsO), bei Insolvenzrichtern, welche einer Sanierung in Eigenverwaltung bei mitgebrachtem Sachwalter eher kritisch gegenüberstehen, eine gewisse Kreativität zur Umgehung eines bindenden Vorschlags entwickelt.

Während einige Insolvenzrichter dazu übergegangen sind, zunächst ohne entsprechende Bestellung der Gläubigerausschussmitglieder von diesen in einer sog. vorkonstituierenden Sitzung zu verlangen, sich auf die Person des Sachwalters unter Einflussnahme des Richters zu einigen, weisen andere Richter darauf hin, dass gemäß der ständig geübten Praxis des Insolvenzgerichts zunächst ein Gutachter eingesetzt werde, welcher eine vorgelegte Schutzschirmbescheinigung, die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens in Eigenverwaltung sowie ggf. das Erfordernis eines fakultativen Gläubigerausschusses umfassend und kritisch prüfen werde, sofern nicht dem Vorschlag des Gerichtes zur Person des einzusetzenden Sachwalters gefolgt wird. Als weiteres probates Mittel hat sich in der Praxis die Einsetzung eines gerichtlichen Gutachters und vorläufigen Sachwalters ohne sofortige Bestellung eines Gläubigerausschusses erwiesen. Hierdurch erhält der gerichtlich Bestellte die Möglichkeit, auf die Besetzung eines ihn unterstützenden Gläubigerausschusses Einfluss zu nehmen bzw.

durch die Umbesetzung des Gläubigerausschusses ein einstimmiges Votum und damit einen für das Gericht bindenden Vorschlag zu verhindern.

Die Beratungspraxis hat hierauf reagiert, indem versucht wird, im Vorfeld der Sanierung die Zuständigkeit eines anderen Insolvenzgerichts durch die Verlegung des Schwerpunktes der wirtschaftlichen Tätigkeit und/oder des Geschäftssitzes zu begründen.

Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 InsO bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit des Insolvenzgerichts vorrangig nach dem Ort, an dem der Mittelpunkt der selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners liegt. Fällt dieser mit dem Ort des allgemeinen Gerichtsstands zusammen, ist nach § 3 Abs. 1 Satz 1 InsO das Insolvenzgericht ausschließlich örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Bei einer GmbH ist dies der im Handelsregister eingetragene Sitz der Gesellschaft. Wie die Bestimmung des wirtschaftlichen Mittelpunktes erfolgt, ist umstritten. Nach einer Auffassung liegt der Mittelpunkt dort, von wo aus der wesentliche Teil der Geschäfte selbstständig getätigt wird; entscheidend sei nicht der innere Geschäftsgang, sondern der Verkehr nach außen. Nach anderer Ansicht kommt es auf die örtliche

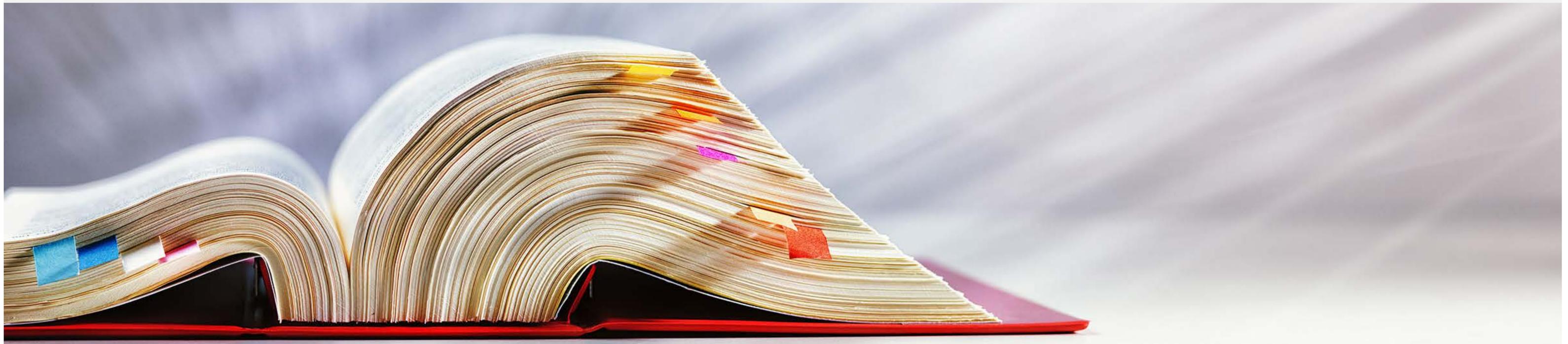
Einrichtung an, von der die wesentlichen unternehmensleitenden Entscheidungsbe-fugnisse wahrgenommen werden; wo diese Entscheidungen in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt würden, sei unerheblich (zum Vorstehenden MüKo-InsO/Ganter/Bruns, § 3 InsO Rn. 10 m.w.N.).

Allein eine Sitzverlegung ohne gleichzeitige Verlegung des wirtschaftlichen Mittelpunktes begründet demnach nicht die Zuständigkeit des Gerichts am neuen Unternehmenssitz. Die gesteuerte Änderung des Gerichtsstands ist daher mit einigen Anstrengungen verbunden, insbesondere bei großen Unternehmen. In der Praxis bedienen sich die Unternehmen immer häufiger sog. Generalbevollmächtigter, welche teilweise in die Organstellung eintreten und die neben der Sanierungsgeschäftsführung das Controlling, die Prüfung des Rechnungswesens, die Abwicklung des Zahlungsverkehrs sowie die wesentlichen Vertragsverhandlungen an sich ziehen und damit die Verschiebung des Mittelpunktes der wirtschaftlichen Tätigkeit begründen.

Gegen eine strategische Sitzverlegung zur Begründung einer bestimmten gerichtlichen Zuständigkeit wird teilweise der Einwand des Rechtsmissbrauchs erhoben. Liegen keine wirtschaftlichen oder sonstigen insolvenzfremden Gründe für die Sitzverlegung vor, werde das Recht auf den gesetzlichen Richter umgangen (vgl. Blankenburg, ZInsO 2020, 2523; Hellfeld, NZI 2021, 84). Diese Argumente, welche oft im Zusammenhang mit sog. Firmenbestattungen angeführt werden, greifen bei der Steuerbarkeit eines gerichtlichen Sanierungsprozesses nicht. Die gerichtliche Sanierung im Rahmen der Eigenverwaltung – meist mittels Insolvenzplans – stellt eine im Vergleich zum Regelinsolvenzverfahren kostengünstigere Sanierungsart dar, was bereits im Insolvenzantrag darzulegen ist (vgl. §§ 270a Abs.1 Nr. 5, 270b Abs.2 InsO). Damit ist die Sanierung im Rahmen der Eigenverwaltung aufgrund der Kostenersparnis auf eine Besserstellung der ungesicherten Gläubiger im Insolvenzverfahren im Vergleich zum Regelverfahren und damit auf eine strikte Einhaltung des Grundsatzes des *par conditio creditorum* (§1 InsO)

ausgerichtet. Der Gesetzgeber selbst bezweifelt, dass strategische Sitzverlegungen im Inland, welche auf die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts zielen, einen Missbrauch darstellen, insbesondere da hiermit keine Änderung des anzuwendenden Rechts verbunden ist (vgl. BT.-Drucks. 18/407, Seite 19 zur Einführung eines Konzerngerichtsstands). Auch nach Ansicht der insolvenzrechtlichen Rechtsprechung handelt es sich bei der Annahme eines Rechtsmissbrauchs um einen im Zweifel eng auszulegenden Ausnahmetatbestand (LG Bremen, Beschl. v. 5.10.2020, 6 T 370/20).

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die unterschiedliche Behandlung von Eigenverwaltungsverfahren durch die einzelnen Insolvenzgerichte die Planbarkeit von Sanierungsprozessen erschwert. Die Möglichkeit einer strategischen Sitzverlegung ist im Rahmen der Erstellung des Sanierungskonzepts frühzeitig zu erwägen. Ohne Hinzutreten insolvenzzweckwidriger Beweggründe ist die Einflussnahme auf den Gerichtsstand nicht rechtsmissbräuchlich. ■



Haftungsgefahren in der Krise – Das neue Zahlungsverbot nach § 15b InsO



Dr. Alexandra Schluck-Amend,
Rechtsanwältin, Partnerin,
CMS Deutschland



Franziska Fuchs,
Rechtsanwältin,
CMS Deutschland

Geschäftsführer sind in der Krise der Gesellschaft zahlreichen Haftungsrisiken ausgesetzt. Von besonderer Bedeutung sind dabei die Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife und die Haftung für insolvenzauslösende Zahlungen an Gesellschafter. Im Rahmen der Gesetzesänderungen durch das SanInsFOG, wurde dieser Haftungstatbestand, der zuvor in verschiedenen Gesetzen geregelt war (v.a. § 64 GmbHG a.F.) zur Vereinheitlichung zentral in die Insolvenzordnung verlagert und weiter konkretisiert. Er findet sich nun in § 15b InsO.

Was ist der Sinn und Zweck der neuen Regelung?

Der Geschäftsführer ist grundsätzlich zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen der Gesellschafter und der Gesellschaft verpflichtet. Ab Eintritt der Insolvenzreife verschieben sich diese Pflichten allerdings. Statt der Gesellschafter- und Gesellschaftsinteressen tritt nun das Gläubigerinteresse an einer gleichmäßigen Befriedigung in den Mittelpunkt. Die Geschäftsleitung ist dann vor allem zur Erhaltung der Insolvenzmasse verpflichtet. Die Einhaltung dieser Pflicht soll die persönliche Haftung des Geschäftsführers für Zahlungen nach Insolvenzreife und insolvenzauslösende Zahlungen an den Gesellschafter sicherstellen.

Der Begriff der „Zahlung“ ist dabei durchaus weit zu verstehen, so dass beispielsweise auch Forderungsverzichte und Einzahlungen auf debitorische Konten hierunter fallen. Der Geschäftsführer ist somit im Stadium der Krise zu einer besonderen Prüfung sämtlicher Vermögensabflüsse aus dem Gesellschaftsvermögen angehalten. Auch die Neuregelung des § 15b InsO folgt diesem Grundgedanken der Masseerhaltung durch die Geschäftsleitung.

Was bedeutet Insolvenzreife?

Anknüpfungspunkt des Zahlungsverbots ist die Insolvenzreife der Gesellschaft. Insolvenzreife bedeutet dabei entweder Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung.

Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn die Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, ihre fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Die Rechtsprechung gewährt hierbei einen Karenzzeitraum von drei Wochen, in dem es der Gesellschaft ermöglicht werden soll, liquide Mittel zu beschaffen, um mindestens 90 % der fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Gelingt dies nicht oder ist dies zum Zeitpunkt der Fälligkeit bereits absehbar, liegt Zahlungsunfähigkeit vor. Auch die Zahlungseinstellung kann auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen.

Der Insolvenzgrund der Überschuldung ist weniger einfach zu beurteilen. Die Gesellschaft ist überschuldet, wenn (i) das Vermögen des Schuldners im Liquidationsszenario nicht ausreicht, um alle Verbindlichkeiten zu decken und (ii) keine positive Fortbestehensprognose besteht. Im Rahmen der positiven Fortbestehensprognose kommt es dabei vor allem darauf an, dass die Gesellschaft mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für die nächsten zwölf Monate durchfinanziert ist.

Sind alle Zahlungen vom Zahlungsverbot erfasst?

Der Zahlungsbegriff des § 15b InsO ist weit zu verstehen, sodass nahezu jeder Vermögensabfluss aus dem Gesellschaftsvermögen als „Zahlung“ einzustufen ist. Nach der Rechtsprechung sind dem Geschäftsführer alle Zahlungen zuzurechnen, die mit seinem Wissen und Willen ausgeführt wurden. Auch eine Aufteilung der Geschäftsbereiche unter mehreren Geschäftsführern ändert hieran in der Regel nichts. In der Krise muss der Geschäftsführer daher Vermögensabflüsse aus dem Gesellschaftsvermögen aktiv verhindern, beispielsweise durch den Widerruf von Lastschriftmandaten oder die Mitteilung an die Schuldner, nicht mehr auf ein debitorisch geführtes Konto zu leisten.

Eine Ausnahme bilden dabei sogenannte „privilegierte“ Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Während nach der alten Regelung diese Privilegierung hauptsächlich durch die Rechtsprechung näher konkretisiert werden musste, gibt nun das Gesetz weiteren Aufschluss darüber, welche Zahlungen als privilegiert einzustufen sind.

Dabei gilt die grundsätzliche Vermutungsregelung, dass nach Verstreichen der Insolvenzantragsfrist ohne Insolvenzantrag sämtliche Zahlungen nicht mehr privilegiert sind. Die Insolvenzantragsfrist beträgt bei Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit drei Wochen, bei Vorliegen der Überschuldung sechs Wochen. Während die Insolvenzantragsfrist aber noch läuft und parallel entweder Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzreife oder zumindest zur Vorbereitung des Insolvenzantrags getroffen werden, sind alle Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang privilegiert. Der Begriff „im ordnungsgemäßen Geschäftsgang“ wird dabei nicht weiter erläutert. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Privilegierung der Regelfall sein dürfte.

Dies gilt vor allem für Zahlungen, ohne die ein größerer Schaden des Gesellschaftsvermögens droht, weil bei Zurückhalten der Zahlung der Geschäftsbetrieb schlimmstenfalls eingestellt werden müsste. Dies betrifft beispielsweise die Zahlung von Löhnen und Gehältern, von Miet- oder Pachtzins oder von Rechnungsbeträgen aus Material- und Rohstofflieferungen. Dem Insolvenzverwalter wird es in der Regel nicht gelingen, mit einem stillgelegten Geschäftsbetrieb eine verwertbare Masse zu erzielen, die mit

der des fortgeführten Unternehmens vergleichbar ist. Aus diesem Grund ordnete die Rechtsprechung derartige Zahlungen teilweise bereits unter der alten Regelung als privilegiert ein. § 15b InsO stellt nun klar, dass alle üblichen und notwendigen Zahlungen privilegiert sind.

Offen ist allerdings noch immer, ob für nach Ablauf der Insolvenzantragsfrist getätigte Zahlungen eine Exkulpation der Geschäftsführung über die Notgeschäftsführung möglich ist. Nach der Notgeschäftsführung dürfen Geschäftsleiter die Zahlungen vornehmen, die für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs unerlässlich und absolut notwendig sind. Teilweise wird auch vertreten, dass Zahlungen noch während der Insolvenzantragsfrist dann nicht automatisch privilegiert sind, wenn in dieser Zeit nur noch der Insolvenzantrag vorbereitet wird, aber keine Sanierungsmaßnahmen mehr ergriffen werden.

Darüber hinaus wird die Haftung der Geschäftsleitung weiterhin dadurch eingeschränkt, dass der Erstattungsanspruch der Gesellschaft auf den tatsächlichen Schaden begrenzt ist. Anders als nach der früheren Rechtslage, nach der sämtliche Zahlungen zu ersetzen waren, hat der Geschäftsführer nun die Möglichkeit nachzuweisen, dass

durch die Zahlung tatsächlich ein geringerer Schaden der Gesellschaft entstanden ist. Er hat dann nur die Differenz zu ersetzen.

Was gilt für steuerrechtliche Zahlungspflichten?

Ein besonderes Problem aus Sicht der Geschäftsführer stellen im Krisenszenario steuerrechtliche Zahlungspflichten dar. Dies betrifft vor allem die Abführung von Lohn- und Gewerbesteuer. Bei Verletzung der steuerrechtlichen Zahlungspflichten haften die Geschäftsführer in der Regel persönlich. Diese Haftungsverpflichtung stand bisher im Widerspruch zur Massesicherungspflicht der Geschäftsleitung in der Krise und wurde auch in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. Im Ergebnis führte dies zu großer Unsicherheit in der Rechtsanwendung. Die Neuregelung legt nunmehr fest, dass der Geschäftsführer nicht gegen seine steuerrechtlichen Zahlungspflichten verstößt, wenn er bis zur Eröffnung des vorläufigen Insolvenzverfahrens die betreffenden Steuern nicht abführt. Voraussetzung ist allerdings, dass ein Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt wird. Die bisherigen Unklarheiten und Uneinigkeiten werden damit endgültig ausgeräumt.

Zu den Sozialversicherungsbeiträgen trifft § 15b InsO keine expliziten Regelungen. Die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen ist grundsätzlich noch immer strafbewehrt (§ 266a StGB).

Wie sind Zahlungen an Gesellschafter zu behandeln?

Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen an Gesellschafter werden auch im Rahmen des neuen § 15b InsO besonders gewürdigt. Zahlungen an Gesellschafter sind, soweit sie zur Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft führen mussten, unzulässig. Unklar ist nach dem Gesetzeswortlaut, wann eine Zahlung zur Insolvenzreife „führen musste.“ Hier werden in der Literatur verschiedene Ansätze diskutiert. Entscheidend für die Frage der Kausalität kommt es dabei darauf an, wie weit die entsprechende Zahlung und der Eintritt der Insolvenzreife der Gesellschaft in zeitlicher Hinsicht auseinander liegen. Es werden hier hauptsächlich Zeiträume von wenigen Monaten bis zu zwei Jahren genannt. Es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung diese Frage beantworten wird.

Der Geschäftsführer ist allerdings auch hier nicht völlig schutzlos gestellt. Er kann sich dadurch exkulpieren, dass er nachweist, dass selbst bei Beachtung der Sorgfalt eines

ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers das Auslösen der Insolvenzreife bei Vornahme der Zahlung nicht erkennbar war.

Was folgt daraus für die Praxis?

Auch die Neuregelung des § 15b InsO ist für die Geschäftsführer einer GmbH noch immer ein scharfes Schwert, das es vor allem in der Krisensituation nicht zu unterschätzen gilt. Aufgrund der Tatsache, dass die Vorschrift an Zahlungen anknüpft, laufen hier schnell hohe Beträge auf, für die die Geschäftsführer mit ihrem Privatvermögen einzustehen haben.

Die klare Empfehlung für die Praxis lautet daher, die finanzielle Situation der Gesellschaft sorgfältig zu überwachen und bei ersten Anzeichen der Krise die Erfüllung (insolvenz)rechtlicher Pflichten sicherzustellen, da die Geschäftsführer nur dann von den Haftungserleichterungen profitieren sollen. Parallel sollten im Stadium der Krise sämtliche Vermögensabflüsse aus dem Gesellschaftsvermögen genau geprüft werden. Nur so kann gewährleistet werden, unzulässige Vermögensabflüsse rechtzeitig zu verhindern und Haftungsrisiken zu vermeiden. ■



Insolvenzantragspflichten und Sanierungsoptionen für Unternehmen in der (Corona-)Krise



Bartosz Zdanowicz,
Rechtsanwalt, Partner,
Fachanwalt für Steuerrecht,
Hoffmann Liebs

Aufgrund der COVID-19-Pandemie schauen viele Unternehmen ungewiss in die Zukunft. Öffnungsverbote, Ausgangssperren und Kontaktbeschränkungen führen zu einem teilweise drastischen Umsatzrückgang, wohingegen die Kosten weiter laufen.

Doch nicht erst die COVID-19-Pandemie drängt zahlreiche Unternehmen in die Krise. Bankenkrise, Finanz- und Wirtschaftskrise oder Automobilkrise sind weitere Beispiele dafür, dass Geschäftsleiter eines Unternehmens vorausschauend planen und auf etwaige Krisensituationen jederzeit vorbereitet sein sollten. Denn es geht nicht allein um die Zukunft des Unternehmens und seiner Mitarbeiter, sondern auch um die persönliche Haftung der Geschäftsleiter. Daher sollte sich jeder Geschäftsleiter/Vorstand eines Unternehmens frühzeitig mit Sanierungsoptionen befassen, um in der Krise schnell reagieren zu können. Gleichzeitig sollte bekannt sein, ab wann sogar eine Verpflichtung besteht, einen Insolvenzantrag zu stellen. Denn die in §15a InsO geregelte Insolvenzantragspflicht gilt für alle Geschäftsleiter juristischer Personen (z.B. GmbH, AG, GmbH & Co. KG) gleichermaßen.

Wann ist ein Insolvenzantrag zu stellen und wann nicht?

Bei Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ist unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb einer Höchstfrist von drei bzw. sechs Wochen, ein Insolvenzantrag zu stellen. Erfolgt dies nicht, kann jeder Geschäftsleiter in einem späteren Insolvenzverfahren persönlich in Haftung genommen werden, was regelmäßig zur Privatinsolvenz der Geschäftsleiter führt. Auch strafrechtliche Er-

mittlungen im Falle einer Insolvenzverschleppung sind regelmäßig Folge einer verspäteten/unterlassenen Insolvenzantragstellung. Besonders brisant ist die Tatsache, dass die vorgenannten Haftungsansprüche im Falle einer Insolvenz „rückwirkend“ geltend gemacht werden können, also bei einer unterlassenen Antragstellung, die oft mehrere Jahre zurückliegt.

Doch wann liegen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vor? Dies wird nachfolgend anhand von Beispielen erläutert. Zugleich wird aufgezeigt, was zu tun ist, um eine Insolvenzantragspflicht frühzeitig zu vermeiden.

1. Zahlungsunfähigkeit

Ein Schuldner ist nach §17 Abs.2 InsO zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Zur Beurteilung, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt, ist zunächst ein stichtagsbezogener Finanzstatus zu erstellen, im Anschluss daran ggf. ein dreiwöchiger Finanzplan.

a) Stichtagsbezogener Finanzstatus

Weist der Finanzstatus aus, dass mit der am Stichtag vorhandenen Liquidität (Bankguthaben, Kasse, offene Kreditlinien) alle fälligen Zahlungsverpflichtungen erfüllt werden können, ist keine Zahlungsunfähigkeit gegeben. Belaufen sich also z.B. die fälligen Verbindlichkeiten am Stichtag auf T€ 100, ist aber freie Liquidität in Höhe von T€ 105 vorhanden (T€ 50 Bankguthaben, T€ 50 Kreditlinie, T€ 5 Barkasse), so besteht keine Zahlungsunfähigkeit. Erst wenn die Kreditlinie ausgeschöpft ist, ergibt sich eine Liquiditätslücke und die Erstellung eines dreiwöchigen Finanzplans ist notwendig.

b) Finanzplan für drei Wochen

Im Falle einer Liquiditätslücke ist ein Finanzplan aufzustellen. Hier werden die Liquidität und die Mittelzuflüsse aus den geplanten Umsatzgeschäften der nächsten drei Wochen den bereits fälligen und den innerhalb der drei Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten (Passiva II) gegenübergestellt. Zu den Mittelzuflüssen können auch Maßnahmen der Fremdkapitalbeschaffung (Kreditaufnahmen) oder Zuführungen der Gesellschafter (z.B. Gesellschafterdarlehen, Kapitalerhöhungen) gehören, ebenso wie Sale-and-Lease-Back-Geschäfte oder Factoring.

Gibt es am Ende der drei Wochen keine Liquiditätslücke (mehr), liegt keine Zahlungsunfähigkeit vor. Im o.g. Beispiel stehen am Stichtag fälligen Verbindlichkeiten von T€ 100, bei voll ausgeschöpfter Kreditlinie, ein Bankguthaben von T€ 50 und ein Barkassenguthaben von T€ 5 gegenüber (= Liquiditätslücke von T€ 45). Kommen in den nächsten drei Wochen weitere Verbindlichkeiten von T€ 50 hinzu, kann das Unternehmen aber aus Ausgangsrechnungen mit einem Eingang von T€ 100 rechnen, so stehen Passiva von T€ 150 Aktiva von T€ 155 gegenüber (= keine Zahlungsunfähigkeit).

Beträgt die Liquiditätslücke am Ende des Drei-Wochen-Zeitraums dagegen weiterhin

10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen. Kann im vorgenannten Beispiel nicht mit Zahlungseingängen von T€ 100 gerechnet werden, sondern z.B. nur in Höhe von T€ 70, so sind die fälligen Gesamtverbindlichkeiten von T€ 150 nur in Höhe von T€ 125 (= 83,33 %) gedeckt. Die Liquiditätslücke von 16,67 % bedeutet Zahlungsunfähigkeit.

Beträgt die Liquiditätslücke weniger als 10 %, ist regelmäßig von Zahlungsstockung und nicht von Zahlungsunfähigkeit auszugehen. In einem solchen Szenario ist dennoch der Finanzplan fortzuführen, um die Weiterentwicklung der Liquiditätslücke darzustellen. Denn zeigt sich, dass die Lücke demnächst erneut mehr als 10 % betragen wird, liegt Zahlungsunfähigkeit vor. Ergibt sich jedoch, dass die Lücke in überschaubarer Zeit geschlossen werden kann, ist keine Zahlungsunfähigkeit gegeben.

2. Überschuldung

Die insolvenzrechtliche Überschuldung ist von der bilanziellen Überschuldung abzugrenzen. Ein Fehlbetrag in der Bilanz oder ein negatives Eigenkapital bedeuten nicht zugleich Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne, sind aber Indizien dafür, eine etwaige insolvenzrechtliche Überschuldung zu prüfen. Letztere liegt vor, wenn das Ver-

mögen die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt (§ 19 Abs. 2 InsO). Sofern aber eine positive Fortbestehensprognose vorliegt, d.h. die Fortführung des Unternehmens ist überwiegend wahrscheinlich und es droht keine Zahlungsunfähigkeit, liegt keine Überschuldung vor. Ist eine positive Fortführungsprognose hingegen nicht gegeben, ist eine Überschuldungsbilanz aufzustellen.

a) Positive Fortbestehensprognose

Die Fortführungsprognose soll eine Aussage dazu ermöglichen, ob ausreichende finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, um die im Prognosezeitraum fälligen Verbindlichkeiten bedienen zu können. Der Prognosezeitraum umfasst 12 Monate. Ist die zu prüfende Überschuldung auf die COVID-19-Pandemie zurückzuführen, gilt ausnahmsweise im Jahr 2021 ein verkürzter Prognosezeitraum von 4 Monaten (§ 4 COVInsAG). Die Fortführungsprognose ist eine reine Zahlungsfähigkeitsprognose. Mit anderen Worten: Im Planungszeitraum darf keine Zahlungsunfähigkeit eintreten. Dies muss anhand eines Finanzplans dokumentiert werden. Für die Beurteilung ist unerheblich, ob das betroffene Unternehmen im Prognosezeitraum Verluste schreibt, also nicht ertragsfähig ist, sofern die Liquidität erhalten bleibt.

Wenn Liquidität zugeführt werden soll, können auch beabsichtigte Maßnahmen (z.B. Gesellschafterdarlehen, Kapitalerhöhungen, Aufnahme von Krediten, staatliche Hilfen) mit ihren erwarteten Auswirkungen in den Finanzplan einbezogen werden. Ist danach die Fortbestehensprognose positiv, liegt keine Überschuldung vor.

Die Fortbestehensprognose ist jedoch negativ, wenn z.B. im Prognosezeitraum ein Darlehen fällig wird und feststeht, dass es nicht prolongiert werden kann oder dann, wenn berechnete Steuerforderungen gestundet, aber keine Mittel vorhanden sind, um die nach Ablauf der Stundung fälligen Steuern zu bedienen.

b) Überschuldungsbilanz

Im Falle einer negativen Fortbestehensprognose sind Vermögen und Verbindlichkeiten des Unternehmens in einem stichtagsbezogenen Status zu Liquidationswerten gegenüberzustellen. Ist das sich daraus ergebende Reinvermögen negativ, liegt Überschuldung vor. Ausgangspunkt ist z.B. ein zeitnahe handelsrechtlicher Jahres- oder Zwischenabschluss. Dabei sind ggf. vorhandene stille Reserven aufzudecken.

Besitzt z.B. das Unternehmen noch Vorräte, Forderungen, Bankguthaben sowie eine Immobilie in Höhe von insg. 1 Mio. €, stehen diesen Vermögenswerten aber Darlehen von 2 Mio. € gegenüber, ist das Reinvermögen negativ (-1 Mio. €) und eine Überschuldung zu bejahen. Ist die Immobilie aber 1,5 Mio. € mehr wert, als bislang in der Bilanz dargestellt (also 2,5 Mio. €), so ist das Reinvermögen positiv (T€ 500) und Überschuldung zu verneinen.

Wie kann Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit vermieden werden?

Da Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung anhand einer Finanzplanung geprüft werden, können etwaige Liquiditätslücken vorzeitig durch Zusicherungen Dritter (z.B. harte Patronatserklärungen, Kreditzusagen der Hausbank im Falle von Liquiditätslücken) beseitigt werden.

Kommen solche Zusagen nicht in Betracht, kann eine Überschuldung dadurch beseitigt werden, dass die Aktivseite gemehrt (z.B. Zuführung Eigenkapital durch Gesellschafter) oder die Passivseite reduziert wird (z.B. Rangrücktrittsvereinbarung mit den Gesellschaftern).

Sanierungsoptionen im Falle von Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit

Sollten die vorgenannten Maßnahmen nicht helfen, kann ein **Schutzschirmverfahren/eine Eigenverwaltung** eine Sanierungsoption darstellen.

Dieses spezielle und in § 270 ff. InsO geregelte gerichtliche Sanierungsverfahren kann nicht nur bei Überschuldung/Zahlungsunfähigkeit, sondern bereits bei drohender (in Zukunft absehbarer) Zahlungsunfähigkeit beantragt werden.



Corporate Compliance-Pflichten des Geschäftsführers nach dem künftigen Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz



Dr. Carsten Kruchen,
Rechtsanwalt, Partner,
MUTTER & KRUCHEN Partnerschaft von
Rechtsanwälten mbB



Jessica Werner,
Rechtsanwältin Associate,
MUTTER & KRUCHEN Partnerschaft
von Rechtsanwälten mbB

I. Corporate Compliance als Ausfluss der Legalitäts- und Rechtsvergewisserungspflicht

Zu den zentralen Pflichten des GmbH-Geschäftsführers nach § 43 Abs.1 GmbHG gehört die Sorge dafür, dass sich die GmbH rechtmäßig verhält, also insbesondere öffentlich-rechtliche Pflichten einhält. Diese Pflicht des Geschäftsführers wird als Legalitätspflicht bezeichnet (BGH NJW 2019, 2165 Rn. 10; Wicke in Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 43 Rn. 5). Im Rahmen der Legalitätspflicht hat der Geschäftsführer jedenfalls sämtliche Rechtsvorschriften zu beachten, welche die GmbH im Außenverhältnis treffen. Gemeinhin betrifft dies das Bilanz-, Kartell-, Wettbewerbsrecht, Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht, Verwaltungs-, Straf- und Ordnungswidrigkeitsrecht (vgl. Wicke aaO.). In den vorstehenden Kanon gehört auch das Geldwäschegesetz („GwG“) und die Pflichten, die sich hinsichtlich der Einholung, Aufbewahrung und Aktualisierung der Angaben zu wirtschaftlich Berechtigten der GmbH und der ggf. erforderlichen Mitteilung an das Transparenzregister nach § 20 Abs.1 GwG ergeben. Einen Unterfall hierzu bildet die grundsätzliche Pflicht nach § 20 Abs.3a S.1 GwG, von den Anteilseignern der GmbH, soweit bekannt, in angemessenem Umfang Auskunft zu den wirtschaftlich Berechtigten der GmbH zu verlangen.

Es besteht zudem auch Einigkeit in Rechtsprechung und Schrifttum, dass aus der Legalitätspflicht für den Geschäftsführer nach den Maßstäben der sog. „Ison“-Grundsätze auch eine sogenannte Rechtsvergewisserungspflicht folgt, die es gebietet, sich über die geltende Rechtslage zu informieren (vgl. BGH NZG 2011, 1271 Rn. 16, Fuhrmann/Heinen/Schilz, NZG 2020, 1368, 1375), was zu Ende gedacht auch

das stetige Monitoring von Rechtsänderungen mit einschließt. Um der ihnen nach § 43 Abs.1 GmbHG obliegenden Sorgfalt zu genügen, sollten sich Geschäftsführer stets auch über für die Gesellschaft relevanter rechtlicher Fortentwicklungen und Rechtsänderungen auf dem Laufenden halten. Auch wenn nach richtiger Auffassung in der GmbH nicht in jedem Fall eine eigenständige Compliance-Organisation nach dem Vorbild des Grundsatzes 5 Empfehlung A 2 des Deutschen Corporate Governance Kodex für börsennotierte Aktiengesellschaften einzurichten ist (vgl. Wicke aaO.), sind Geschäftsführer dennoch gut beraten, sich über bevorstehende Rechtsänderungen informiert zu halten; Stichwort: „Corporate Compliance“. Ein neuerlicher Anwendungsfall hierfür ist der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Europäischen Vernetzung der Transparenzregister und zur Umsetzung der Richtlinie 2019/1153 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Nutzung von Finanzinformationen für die Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und sonstigen schweren Straftaten („RegE TraRFinG“) vom 10. Februar 2021 mit seinen weitreichenden Neuerungen, insbesondere zum Transparenzregister.

II. Novellierung des Transparenzregisters zum Vollregister

Zur Erinnerung: §§ 18 ff. GwG regeln das Transparenzregister. Dabei handelt es sich um ein seit 1. Oktober 2017 bestehendes Register (Eingeführt mit Umsetzung der EU-Richtlinie 2015/849; „4. Geldwäscherichtlinie“), zu welchem u.a. wirtschaftliche Berechtigte von Gesellschaften mit beschränkter Haftung grundsätzlich mitgeteilt und eingetragen werden müssen.

Die Mitteilungspflichten an das Transparenzregister gelten freilich nach geltender Fassung des § 20 Abs. 2 S. 1 GwG derzeit für viele Gesellschaften mit beschränkter Haftung als erfüllt, weil die erforderlichen Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten sich in der Regel aus Dokumenten und Eintragungen der in § 20 Abs. 2 S. 1 GwG aufgeführten Register, z.B. zum Handelsregister eingereichter Gesellschafterlisten (§ 40 GmbHG) ergeben (sog. „Meldefiktion“).

Das Transparenzregister dient bekanntlich dem Zweck, Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu verhindern, indem es dazu beiträgt, den Missbrauch von Vereinigungen und Rechtsgestaltungen, insbesondere von juristischen Personen des Privatrechts, zum Zwecke der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu verhindern. Durch die angeordnete Eintragung des wirtschaftlich Berechtigten im Transparenzregister werden diejenigen natürlichen Personen kenntlich gemacht, die am Ende der juristischen, teilweise weit verschachtelten, Struktur stehen. Der RegE TraFinG soll die praktische und digitale Nutzbarkeit des Transparenzregisters verbessern. Insbesondere sollen die nationalen Transparenzregister der EU-Mitgliedstaaten noch im Jahr 2021 elektronisch miteinander vernetzt werden. Bisher handelt es sich bei dem deutschen Transparenzre-

gister lediglich um ein sog. Auffangregister, sodass nur wirtschaftlich Berechtigte einzutragen sind, wenn sich diese nicht bereits aus anderen öffentlich einsehbaren Registern ergeben; künftig soll dieses Auffangdasein beendet werden und das Transparenzregister zu einem Vollregister erstarken. Zur Umsetzung dieses Ziels hält die Bundesregierung trotz erheblichen Widerspruchs im Konsultationsverfahren an dem bereits im Referentenentwurf enthaltenen Konzept eines Transparenz-Vollregisters fest.

Vgl. hierzu die Stellungnahmen zum Referentenentwurf vom 23. Dezember 2020, abrufbar unter: www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2020-12-23-transparenzfinanzinformationsgesetz/O-Gesetz.html

Insbesondere die daher von der Bundesregierung geplante Streichung der bisherigen Meldefiktion aus dem GwG ist für Gesellschaften mit beschränkter Haftung von erheblicher Relevanz. Sie führt dazu, dass Gesellschaften mit beschränkter Haftung damit ausnahmslos Adressaten einer Meldepflicht zum Transparenzregister werden, unabhängig davon, ob (wie bisher) deren

wirtschaftlich Berechtigte etwa in der im Handelsregister abrufbaren Gesellschafterliste aufgeführt sind. Vielmehr sind wirtschaftliche Berechtigte nach dem GwG fortan stets positiv zur Eintragung in das Transparenzregister zu melden (vgl. RegE TraFinG, S. 32). Dies erweitert den Pflichtenkanon der Geschäftsführung fortan erheblich.

Die Pflicht zur verbindlichen Mitteilung der Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten soll nach der Gesetzesbegründung dort angesiedelt werden, wo sie am zuverlässigsten und gesamtwirtschaftlich kosteneffizientesten erfüllt werden kann und wo zudem bereits jetzt auf Grundlage des § 20 Absatz 1 GwG die Pflicht besteht, Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten einzuholen, aufzubewahren und zu aktualisieren. Die Verantwortlichkeit für die Richtigkeit und Aktualität der Daten zum wirtschaftlich Berechtigten soll fortan klar abgrenzbar bei den jeweiligen Rechtseinheiten liegen, sprich der GmbH selbst.

Die Novellierung zielt auch darauf ab, dass zukünftig allein der Blick in das Transparenzregister genügt, um den wirtschaftlich Berechtigten einer GmbH zu ermitteln, und eine Hinzuziehung eines weiteren Registers vermieden wird.

Die Gesetzesbegründung zum RegE TraFinG geht selbst von insgesamt ca. 2,3 Millionen betroffenen Unternehmen aus. Der Gesetzgeber rechnet zudem mit einem erheblichen Anstieg der Ordnungswidrigkeitenverfahren infolge der Umstellung auf ein Vollregister (vgl. RegE TraFinG, S. 36). Dies kann auch als Warnung an mitteilungspflichtige Unternehmen verstanden werden. Das neue Gesetz soll dem Vernehmen nach bereits zum 1. August 2021 in Kraft treten, was in der Praxis für den GmbH-Geschäftsführer eine zeitnahe Befassung mit der Novellierung erforderlich macht. Allerdings soll Gesellschaften mit beschränkter Haftung, deren Meldepflicht bis dahin wegen § 20 Abs. 2 GwG noch als erfüllt gilt, eine Übergangsfrist bis zum 30. Juni 2022 für Mitteilungen ihrer wirtschaftlich Berechtigten zur Eintragung in das Transparenzregister eingeräumt werden (§ 59 Abs. 8 Nr. 2 GwG-E). Sogar noch ein Jahr länger sollen die mit der Meldepflicht verbundenen Ordnungswidrigkeiten aus § 56 Abs. 1 Nr. 55 und Nr. 58 bis 60 GwG für die GmbH ausgesetzt werden (§ 59 Abs. 9 Nr. 2 GwG-E). Der weitere Zeitplan der Novellierung sieht eine Beschlussfassung im Bundestag bis Ende Mai vor.

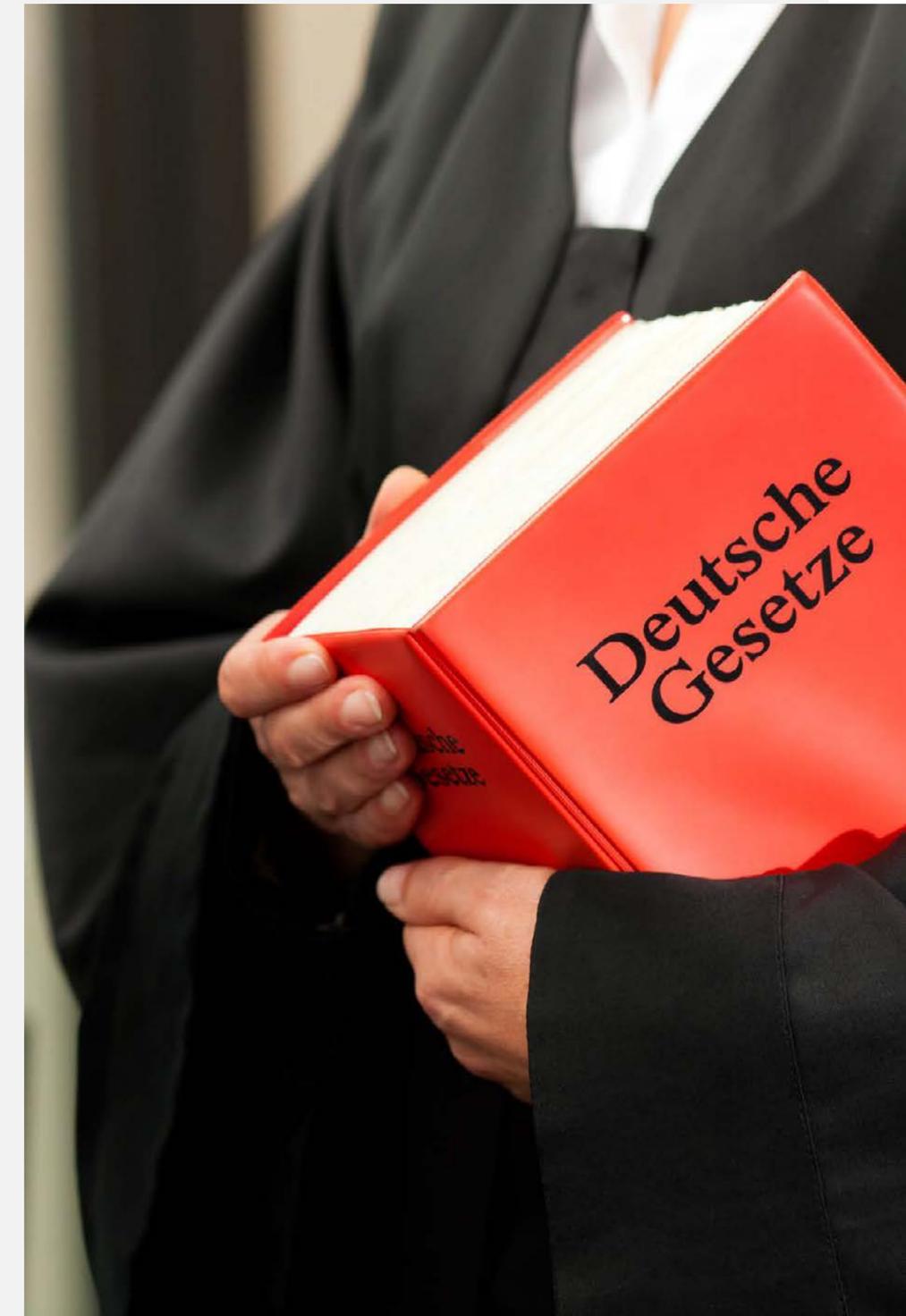
III. Folgen für die Praxis aus Sicht eines GmbH-Geschäftsführers

Im Lichte des RegE TraFinG sind GmbH-Geschäftsführer unseres Erachtens nach § 43 Abs.1 GmbHG gehalten, sich bereits rechtzeitig vor dem 30. Juni 2022 mit der Novellierung auseinander zu setzen und erforderlichenfalls qualifizierten Rechtsrat hierzu einzuholen, damit sie die neue Mitteilungspflicht zum Transparenzregisters für ihre GmbH ggf. rechtzeitig und vollumfänglich erfüllen können. Da zukünftig jede Veränderung des wirtschaftlich Berechtigten mitgeteilt werden muss, haben die Geschäftsführer Veränderungen der Beteiligungs- und ggf. Konzernstruktur ihrer GmbH sorgfältig zu ermitteln, d.h. die nach § 19 GwG erforderlichen Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten einzuholen, aufzubewahren und auf aktuellem Stand zu halten, und neben dem Handelsregister (Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG) auch dem Transparenzregister mitzuteilen. Hierdurch entsteht ein erheblicher Verwaltungsmehraufwand, denn es ist unseres Erachtens zumindest ein geordneter und effektiver Monitoring-Prozess aufzusetzen, der gewährleistet, dass die GmbH von der Änderung ihrer wirtschaftlich Berechtigten erfährt und ggf. auch in ihrem Konzern nach unten zumindest (mit-)überwacht, dass von

Konzerngesellschaften erforderliche Mitteilungen zum Transparenzregister abgegeben werden. Es ist unseres Erachtens ebenfalls sinnvoll, ggf. bereits erfolgte Mitteilungen an das Transparenzregister zu überprüfen und eventuell notwendige Aktualisierungen frühzeitig zu ermitteln. Hierbei ist wegen der Aufbewahrungspflicht nach § 20 Abs.1 S.1 GwG eine für Dritte nachvollziehbare Dokumentation der getroffenen Maßnahmen und ermittelten Angaben sinnvoll, denn Verstöße gegen die Aufbewahrungs- und Mitteilungspflichten nach GwG können (ggf. erst nach Auslaufen der Übergangsfrist) mit erheblichen Bußgeldern geahndet werden.

Obwohl aufgrund der Novellierung des GwG teils erheblicher Mehraufwand für Gesellschaften mit beschränkter Haftung und ihre Geschäftsführer zu erwarten ist, ist diese, insbesondere in Hinblick auf die fortschreitende wirtschaftliche Verflechtung in der Europäischen Union, unseres Erachtens zu begrüßen. Zukünftig reicht für die Ermittlung eines wirtschaftlich Berechtigten für Verpflichtete nach dem GwG europaweit ein Blick in das Transparenzregister. Denn als Teil der Novellierung sollen auch die erweiterten, über das Transparenzregister hinausgehenden Nachforschungspflichten nach § 11 Abs. 5 S. 4 GwG für geldwäscherechtlich Verpflichtete gestrichen werden. Zukünftig

sind zwar weiterhin die Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten beim Vertragspartner selbst einzuholen, es müssen aber regelmäßig keine über die Einsicht in das Transparenzregister hinausgehende Maßnahmen zur Überprüfung dieser Angaben mehr ergriffen werden (vgl. § 12 Abs. 3 S. 2 GwG-E). Hiervon profitiert auch der Geschäftsführer einer GmbH, wenn er etwa als Immobilienmakler oder Güterhändler geldwäscherechtlich Verpflichteter ist. Daher hält die Novellierung für den GmbH-Geschäftsführer unseres Erachtens sowohl „Licht als auch Schatten“ bereit. ■



Mitteilungspflichten zum Transparenzregister im Fluss – Praxisfragen zum wirtschaftlich Berechtigten nach den FAQ des Bundesverwaltungsamtes



Dr. Günter Seulen,
Rechtsanwalt, Oppenhoff



Dr. Andreas Krebs,
LL.M. (Aberdeen), Rechtsanwalt,
Oppenhoff

Mit der bereits zum 1. Januar 2020 in Kraft getretenen Novellierung des Geldwäschegesetzes (GwG) wurden die Pflichten von Unternehmen, Anteilseignern und wirtschaftlich Berechtigten im Zusammenhang mit dem im GwG verankerten Transparenzregister deutlich ausgeweitet. Diese Änderungen werden flankiert durch die vom Bundesverwaltungsamt (BVA) veröffentlichten und regelmäßig aktualisierten Auslegungs- und Anwendungshinweise zum GwG (sog. FAQ, zuletzt i.d.F. vom 9. Februar 2021). Diese FAQ sind für die Rechtsprechung nicht bindend, bestimmen aber die Verwaltungspraxis und sind damit de facto wesentlich für die praktische Rechtsanwendung.

Das BVA hatte insb. mit der Neufassung der FAQ vom 19. August 2020 den Kreis der Personen, die nach seiner Auffassung als wirtschaftlich Berechtigte gelten, stark ausgeweitet. Die dort zusammengestellten Grundsätze werfen trotz zwischenzeitlicher Nachjustierung durch das BVA weiterhin erhebliche Fragen auf.

I. Konzeption und Zielsetzung des Transparenzregisters

Seit 2017 sind mit Ausnahme von börsennotierten Gesellschaften grundsätzlich alle Kapital- und Personenhandelsgesellschaften verpflichtet, dem Transparenzregister ihre wirtschaftlich Berechtigten mitzuteilen. Die aktive Mitteilungspflicht entfällt bisher nur dann, wenn sich die wirtschaftlich Berechtigten bereits aus öffentlichen Registern (insb. dem Online-Handelsregister) ergeben. Allerdings plant der Gesetzgeber derzeit, diese Mitteilungsfiktion abzuschaffen und das Transparenzregister zu einem Vollregister aller Gesellschaften auszubauen. Aufgrund der geplanten Reform des Personenge-

schaftsrechts sollen ab 2023 auch bestimmte Gesellschaften bürgerlichen Rechts erfasst werden.

Die Identifikation der wirtschaftlich Berechtigten ist zentrales Element der Geldwäscheprävention und soll Transparenz im Hinblick auf die Zuordnung von Vermögenswerten zu bestimmten natürlichen Personen ermöglichen, damit die Verschleierung der Herkunft von Geldern verhindert oder zumindest bestraft werden kann.

II. Ermittlung des (mittelbaren) wirtschaftlich Berechtigten

Ein Dreh und Angelpunkt der Geldwäscheprävention ist somit die Bestimmung der wirtschaftlich Berechtigten einer Gesellschaft oder sonstigen Vereinigung, d.h. derjenigen natürlichen Person(en), in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle die betreffende Vereinigung steht.

Bei den Kapital- und Personenhandelsgesellschaften ist insoweit – zusammengefasst – maßgeblich, ob natürliche Personen direkt mehr als 25 % des Kapitals oder eine entsprechende Anzahl von Stimmrechten halten oder auf eine vergleichbare Weise Kontrolle ausüben. Werden entsprechende Anteile unmittelbar von Gesellschaften oder anderen Vereinigungen gehalten, ist nach § 3 Abs. 2 Satz 2 GwG diejenige natürliche Person (mittelbarer) wirtschaftlich Berechtigter, die die unmittelbar beteiligte(n) Vereinigung(en) kontrolliert. Nur, wenn nach umfassender Prüfung kein wirtschaftlich Berechtigter ermittelt werden kann, gilt der gesetzliche Vertreter (bei der GmbH also der Geschäftsführer), der geschäftsführende Gesellschafter oder der Partner des Vertragspartners als sog. fiktiver wirtschaftlich Berechtigter.

„Kontrolle“ einer mittelbar beteiligten natürlichen Person über den unmittelbaren Gesellschafter einer Vereinigung liegt nach dem GwG „insbesondere“ vor, wenn diese beherrschenden Einfluss ausüben kann. Hierzu verweist das Gesetz auf die Vorschriften im Handelsgesetzbuch zur Konzernbilanz (§ 290 Abs. 2 bis 4 HGB). Ein beherrschender Einfluss ist damit stets gegeben, wenn dem mittelbar Beteiligten die Mehrheit der Stimmrechte, das Recht zur Besetzung der Mehrheit der Mitglieder des Leitungsorgans, die Mehrheit der Chancen und Risiken bzw. in sonstiger Weise das Recht zur Bestimmung der Finanz- und Geschäftspolitik zusteht. Das entspricht dem z.B. auch im Konzernrecht (vgl. § 17 AktG) geltenden Kontrollbegriff: Maßgeblich ist die Möglichkeit des (mittelbaren) Gesellschafters, seinen Willen durchzusetzen, wozu vorbehaltlich besonderer Bestimmungen eine Mehrheitsbeteiligung erforderlich, aber auch ausreichend ist.

III. Vetorechte und Sperrminorität – taugliche Anknüpfungspunkte für die Bestimmung des wirtschaftlich Berechtigten?

Für die Bestimmung der Kontrollmöglichkeit legte das BVA seinen Erwägungen jedoch schon in der Vergangenheit einen erweiterten Kontrollbegriff zugrunde, wonach unmittelbare oder mittelbare Kontrolle durch eine natürliche Person auch aufgrund von ausdrücklich vorgesehenen Widerspruchs- und Vetorechten möglich war. Mit den FAQ in der Fassung vom 19. August 2020 hatte das BVA dies dann noch einmal deutlich ausgeweitet: Nunmehr sollte es unabhängig von der Beteiligungshöhe generell ausreichen, dass ein Gesellschafter aufgrund seiner Beteiligung Gesellschafterbeschlüsse verhindern kann, sei es, weil der Gesellschaftsvertrag Einstimmigkeit oder erhöhte Beschlussmehrheiten fordert, sei es, weil er durch sein Fernbleiben die Erreichung eines Mindestteilnahmequorums in der Gesellschafterversammlung verhindern kann. Diese Grundsätze sollten auch im Hinblick auf die mittelbare Kontrolle über direkte Gesellschafter gelten. Auch eine Sperrminorität (nur) im Hinblick auf grundlegende Gesellschafterbeschlüsse wurde vom BVA ausdrücklich als Kontrollposition gewertet.

Für unmittelbare Beteiligungen mag ein Abstellen auf gesellschaftsvertragliche Blockademöglichkeiten unterhalb der 25 %-Schwelle des § 3 GwG noch vertretbar sein, wenn man annimmt, der Gesetzgeber habe damit auf die gesetzliche Sperrminorität gezielt. Zwingend ist aber auch das nicht, weil die Schwelle auch für bloße Kapitalbeteiligungen unabhängig von der Stimmenmacht gilt.

Jedenfalls für die Ermittlung einer mittelbaren Kontrollposition war das extensive Verständnis des BVA aber zu weitgehend und ist daher in der gesellschaftsrechtlichen Literatur und Praxis zu Recht überwiegend auf Ablehnung gestoßen. Es steht weder im Einklang mit der Gesetzesbegründung des GwG, noch ist es vom Gesetzeswortlaut gedeckt. Es widerspricht zudem diametral dem Kontrollbegriff in anderen Regelungsbereichen wie dem Konzernrecht und dem Bilanzrecht, wo eine bloße Sperrminorität keine „Kontrolle“ begründet.

Mit den überarbeiteten FAQ vom 9. Februar 2021 hat das BVA diese Kritik offenbar aufgenommen und seine Ausführungen zu Veto- und Widerspruchsrechten nochmals überarbeitet. Allerdings vermeidet das BVA insoweit eine ausdrückliche Korrektur seiner früheren Ausführungen und zieht sich auf Allgemeinplätze zurück.

So soll nunmehr bei einer unmittelbaren wie bei einer mittelbaren Beteiligung ein Vetorecht hinreichende Kontrolle begründen, wenn die natürliche Person „über diese Rechte die Vereinigung faktisch kontrolliert“ (eine bloße Tautologie) oder „deren Transaktionen letztlich veranlasst“, wofür jeweils der Einzelfall maßgeblich sein soll. Weitere Hinweise, worauf es dann im Einzelfall – unterhalb eines Zustimmungserfordernisses für sämtliche Gesellschafterbeschlüsse – ankommen soll, geben die FAQ nicht mehr.

Das grundsätzliche Festhalten des BVA an der Auffassung, dass bei mittelbaren Beteiligungen beherrschender Einfluss durch gesetzliche und vertragliche Vetorechte begründet werden kann, bleibt kritikwürdig. Zwar ist der Hinweis, dass auch Sperrminoritäten bei Grundlagenbeschlüssen beherrschenden Einfluss begründen, ersatzlos gestrichen worden, damit ist jedoch wenig gewonnen: Die zwischenzeitliche Ausweitung wird sprachlich nicht konsequent zurückgenommen. Vielmehr bezeichnet das BVA die Verkürzung seiner Ausführungen auf die Einzelfallbetrachtung euphemistisch als „Konkretisierung“ der früheren Auffassung. Allein, dass das BVA seine frühere Kontrolldefinition als „sehr weit gefasst“ beschreibt, deutet an, dass das Amt wohl doch eine Rolle rückwärts vollzogen hat.

Damit verursacht auch die aktuelle Fassung der FAQ weitere erhebliche Rechtsunsicherheit. Unter welchen konkreten Voraussetzungen Minderheitsbeteiligungen Kontrolle und somit die Stellung als wirtschaftlich Berechtigter begründen sollen, bleibt weiter offen. Dies ist nicht zuletzt angesichts der zum Teil erheblichen Bußgeldandrohungen bei Verstößen gegen die Mitteilungspflichten nach dem GWG sehr bedenklich.

Rechtlich entbehrt auch die (wohl) geänderte Auffassung des BVA einer ausreichenden Grundlage. Indem das GWG für die Konkretisierung des beherrschenden Einflusses auf die handelsrechtlichen Beherrschungsgrundsätze verweist, wird eine aktive Möglichkeit der Einflussnahme vorausgesetzt. Die bloße „Verhinderungsbeherrschung“, an der das BVA augenscheinlich weiter festhalten will, genügt diesem Erfordernis grundsätzlich nicht.

IV. Folgen für die Praxis

Es bleibt abzuwarten, wie die Verwaltungspraxis des BVA nach den erneut geänderten FAQ ausfallen wird und ob dies ggf. einer gerichtlichen Prüfung standhält. Bis dahin bleibt die Umsetzung der Vorgaben für den Rechtsanwender erheblich mit Unsicherheit und Aufwand verbunden. Insbesondere bei mittelbaren Beteiligungen ist eine rechts-

sichere Bestimmung der wirtschaftlich Berechtigten im Falle der Einbeziehung bloßer Minderheitspositionen kaum möglich. Angesichts der geplanten Ausweitung des Transparenzregisters zu einem europäerweiterten Vollregister wäre eine klar konturierte Anwendungsempfehlung dringend erforderlich. Es wäre dabei zu wünschen (und gesetzlich geboten), dass das BVA auch für das Geldwäscherecht den bilanz- und konzernrechtlichen Kontrollbegriff heranzieht und so eine kohärente Rechtsanwendung gewährleistet. Alles andere ist den Rechtsanwendern auch vor dem Hintergrund der empfindlichen Bußgeldandrohungen nicht zuzumuten. So ließe sich auch der erhebliche Bürokratieaufwand, den der kontinuierliche Ausbau der Transparenzpflichten nicht nur im GWG, sondern in vielen Rechtsbereichen verursacht, sinnvoll begrenzen. ■



GmbH und Geschäftsführer gemeinsam in den Knast?



Stephanie Kappen,
Rechtsanwältin, Counsel,
Certified Chief Compliance Officer,
Bette Westenberger Brink Rechtsanwälte
PartGmbH

Neues Unternehmensstrafrecht und Anreize für Compliance

Schon 2018 wurde im Koalitionsvertrag der amtierenden Bundesregierung vereinbart, dass in dieser Amtszeit eine Neuordnung des Sanktionsrechts für Unternehmen umgesetzt werden soll. Seit Oktober 2020 befindet sich nun der Gesetzesentwurf der Bundesregierung in der finalen Phase des Gesetzgebungsverfahrens und allseits wird mit einer kurzfristigen Verabschiedung, jedenfalls noch in der aktuellen Legislaturperiode, gerechnet. Mit dem Verbandssanktionengesetz wird erstmals in Deutschland eine Regelung geschaffen, aufgrund derer Verbände für Straftaten ihrer Leitungspersonen sanktioniert werden können, und zwar unter anderem mit drastischen Geldstrafen.

Verbandsstraftat und Legalitätsprinzip

Wenn innerhalb eines Unternehmens Straftaten begangen werden, können aktuell nur die handelnden Personen strafrechtlich verfolgt werden. Die strafrechtliche Verurteilung eines Täters setzt nach dem deutschen Recht stets die Schuld, also die Fähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen, voraus, woraus sich ableitet, dass schuldig im strafrechtlichen Sinne nur natürliche Personen sein können. Das Unternehmen, aus dem heraus die Straftat begangen wurde, kann nach dem aktuellen Recht nur mit einer Geldbuße im Rahmen eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens geahndet werden. Voraussetzung dafür ist, dass im Unternehmen Aufsichtspflichten verletzt wurden, die geeignet gewesen wären, die stattgefundenen Zuwiderhandlungen zu verhindern.

In Zukunft soll sich das grundlegend ändern. Mit dem Verbandsanktionengesetz wird zum einen ein ganz neuer Typus von Straftaten geschaffen (sog. Verbandsstraftat) und zum anderen bedeutet die Verlagerung der Sanktionsmöglichkeiten von Unternehmen vom Ordnungswidrigkeitenrecht in ein eigenes Unternehmensstrafrecht auch die Abkehr vom Opportunitätsprinzip.

Bezüglich der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten gegenüber Unternehmen konnten die Behörden bisher nach eigenem Ermessen entscheiden, ob sie Ermittlungen gegen ein Unternehmen aufnehmen möchten oder nicht. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll im Rahmen des Verbandssanktionengesetzes beim Vorliegen von Anhaltspunkten für eine Verbandsstraftat für die Strafverfolgungsbehörde bei der Entscheidung, ob sie ein Ermittlungsverfahren gegen das Unternehmen einleiten möchte, kein Ermessen mehr bestehen (Legalitätsprinzip). In Zukunft besteht dann die Verpflichtung, ein Ermittlungsverfahren zu eröffnen.

Eine Verbandsstraftat ist jede Straftat, die von einer Leitungsperson oder von einem Dritten, der Unternehmensangelegenheit wahrnimmt, begangen wird und durch die Pflichten, die das Unternehmen betreffen, verletzt werden oder durch die das Unternehmen bereichert wird bzw. werden sollte. Als Straftaten, durch die Pflichten des Unternehmens verletzt werden, kommt vor allem die gesamte sehr weite Palette der Korruptions- und Wirtschaftsstraftaten in Frage. Allgemeine Tatbestände des Strafgesetzbuches, wie z.B. Betrug, Bestechung, Verletzung der Buchführungspflichten, sind dabei ebenso umfasst, wie Spezialtatbestände aus dem Nebenstrafrecht (z.B. Patentverletzungen, Insidergeschäfte, Marktmanipulation, Urheberrechtsverletzungen).

Tatbegehungen durch Leitungspersonen sollen immer eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens auslösen, bei Tatbegehung durch Dritte nur dann, wenn die Straftat von einer Leitungsperson durch angemessene Vorkehrungen (z.B. Organisation, Auswahl, Anleitung, Aufsicht) hätte verhindert oder erschwert werden können.

Geldsanktionen und Einziehung erlangten Vermögens

Während bisher im Ordnungswidrigkeitenverfahren bei der Festsetzung einer Unternehmensgeldbuße eine getrennte Einziehung rechtswidrig erlangter Vermögenswerte nicht möglich war, wird diese nach dem Verbandssanktionengesetz die zweite Säule der Bestrafungsmöglichkeiten darstellen. Im Falle des Nachweises einer Verbandsstraftat können einem Unternehmen also sowohl eine Verbandsgeldsanktion drohen als auch zusätzlich die Einziehung des durch die Verbandsstraftat erlangten Vermögensvorteils.

Für die Sanktionierung von Verbandsstraftaten sieht das Gesetz eine Verbandsgeldsanktion und die Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt vor. Das erweckt

zunächst den Anschein, dass sich nichts Grundlegendes ändert, denn auch im Ordnungswidrigkeitenrecht erfolgt die Ahndung bisher monetär im Wege von Bußgeldern.

Der Rahmen für die Verbandsgeldsanktion wird allerdings gegenüber dem Bußgeldrahmen im Ordnungswidrigkeitenrecht drastisch erhöht. Vor allem wirkt sich das für sehr umsatzstarke Unternehmen aus. Die Verbandsgeldsanktion beträgt bei einer vorsätzlichen Verbandsstraftat mindestens 1.000 € und höchstens 10 Millionen €, bei einer fahrlässigen Verbandsstraftat liegt der Rahmen für die Sanktion zwischen 500 € und höchstens 5 Millionen €. Diese Grenzen gelten nicht für einen Verband mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als 100 Millionen €; in diesen Fällen beträgt die Verbandssanktion bei einer vorsätzlichen Verbandsstraftat mindestens 10.000 € und höchstens 10 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes. Hierbei muss man wissen, dass zur Ermittlung des durchschnittlichen Jahresumsatzes der weltweite Umsatz aller natürlichen Personen und Verbände der letzten 3 Geschäftsjahre, die der Verurteilung vorausgehen, zugrunde zu legen sind, soweit diese Personen und Verbände mit dem Verband als wirtschaftliche Einheit operieren. Es wird im Ergebnis also auf den Konzernumsatz abgestellt.

Während das Ordnungswidrigkeitenrecht bisher davon ausging, dass mit der Verhängung der Geldbuße dem Unternehmen auch der Vorteil entzogen wird, den es aus dem rechtswidrigen Verhalten erlangt hat, droht jetzt neben dem Ermittlungsverfahren wegen der Verbandsstraftat ein selbständiges Einziehungsverfahren. Ziel des Einziehungsverfahrens ist es, das Unternehmen in finanzieller Hinsicht so zu stellen, wie es aufgestellt wäre, wenn die Verbandsstraftat nicht begangen worden wäre. Das Einziehungsverfahren folgt den Regeln des Strafgesetzbuches und bedeutet, dass dem Verband im Wege des sogenannten Einziehungsverfahrens all dasjenige entzogen wird, was er aus der rechtswidrigen Tat erlangt hat.

Beispiel:

Zur Erlangung eines lukrativen Auftrages wurden Bestechungsgelder gezahlt mit dem Erfolg, dass die Auftragserteilung zugunsten des Unternehmens erfolgte. Hier besteht für die Strafverfolgungsbehörde die Möglichkeit, den erlangten Wert des Auftrages einzuziehen. Dem Unternehmen ist hier entgegenzuhalten, dass es diesen Wert nicht hätte, wenn die Straftat unterblieben wäre.

Das Nebeneinander von Verbandsgeldsanktionen und Einziehungsverfahren bedeutet für die Unternehmen zukünftig ein deutlich verschärftes finanzielles Risiko im Fall der Verwirklichung von Verbandsstraftaten.

Compliance-Investitionen werden belohnt

Neben den erheblichen neuen Risiken, die das Verbandssanktionengesetz für Unternehmen bedeutet, beinhalten die Regelungen des Gesetzesentwurfs zugleich auch Chancen, dem Risiko auf gesetzlicher Grundlage effektiv zu begegnen. Anknüpfungspunkt dafür sind die Regelungen im Gesetz zu den Kriterien für die Bemessung der Verbandsgeldsanktion. Das Gericht ist durch das Gesetz gehalten, bei der Bemessung der Verbandsgeldsanktionen zu berücksichtigen, ob das Unternehmen vor der Verwirklichung der Tat Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandsstraftaten getroffen hat und ob das Unternehmen sich nach Feststellung einer Verbandsstraftat bemüht hat, diese aufzudecken und den Schaden wieder gutzumachen. Sogar nach der Tat getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandsstraftaten muss das Gericht bei der Bemessung der Verbandsgeldsanktionen mitberücksichtigen.

Das ist das erklärte Ziel des Gesetzgebers, rechtssichere Anreize für die Investitionen in Compliance-Systeme zu schaffen. Der systematische Aufbau eines Systems zur Sicherstellung rechtstreuem Verhaltens soll belohnt werden. Über die Regelung, wonach eine Verwarnung anstelle der Verhängung einer Verbandsgeldsanktion treten kann, wird Compliance-Maßnahmen Rechnung getragen.

Zusammengefasst bedeutet das, dass die präventive Investition in effiziente Compliance-Maßnahmen für Unternehmen die Risiken aus dem Verbandssanktionengesetz deutlich reduzieren kann. Durch Aufklärungsbemühungen, z.B. in Form von internen Untersuchungen und nachgelagerten Compliance-Maßnahmen, bestehen für die Unternehmen sogar im Falle der Verwirklichung einer Verbandsstraftat noch Möglichkeiten, den Schaden zu begrenzen.

Durch diese klare gesetzliche Regelung wird die Bedeutung von Compliance-Management-Systemen, die sich bisher schon in der Rechtsprechung im Rahmen von Ordnungswidrigkeitenverfahren manifestiert hatten, durch den Gesetzgeber unterstrichen.

Aufbau eines Compliance-Management-System

Für Unternehmen ist jetzt der richtige Zeitpunkt, sich der Herausforderung zu stellen und ggf. vorhandene Compliance-Management-Systeme auf ihre Angemessenheit und Funktionalität zu überprüfen, und diese entsprechend anzupassen. Sofern ein strukturierter Aufbau im Unternehmen noch nicht vorhanden ist, genügt bei entschlossenem Handeln die verbleibende Zeit für die Implementierung eines Compliance-Management-Systems. Zu empfehlen ist dabei das Aufsetzen eines Compliance-Projektes mit einem erfahrenen Compliance-Spezialisten, der die Anforderungen, die sich für ein wirksames Compliance-Management-System in der Praxis entwickelt haben, kennt.

Ein funktionierendes Compliance-Management-System zeichnet sich dadurch aus, dass zunächst im Unternehmen festgelegt wird, welche Compliance-Ziele mit dem System verfolgt werden sollen. Im Anschluss daran ist im Unternehmen eine Compliance-Risikoanalyse durchzuführen, um feststellen zu können, welche Risiken im Unternehmen in welchen Prozessen bestehen, dass es zur Verwirklichung von Gesetzesverstößen kommt. Die Risikoanalyse ist das Herzstück

eines jeden Compliance-Management-Systems. Nur wer systematisch identifiziert, welchen konkreten Risiken von Gesetzesverletzungen das eigene Unternehmen im Tagesgeschäft ausgesetzt ist und diese Risiken mit Blick auf die Eintrittswahrscheinlichkeit und das Schadenspotential bewertet, kann ihnen effizient begegnen. Jeder Geschäftsführer einer GmbH unterliegt kraft Gesetzes der Legalitätspflicht.

§ 43 Abs. 1 GmbHG: „Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden“

Die Legalitätspflicht bedeutet, dass das Unternehmen von den Geschäftsführern so zu organisieren und zu beaufsichtigen ist, dass keine Gesetzesverletzungen stattfinden. Hieraus ergibt sich auch heute schon die Pflicht zur Durchführung einer Risikoanalyse, denn nur, wer die spezifischen Risiken seines Unternehmens kennt, kann ihnen gezielt begegnen.

Vermutlich sind sich auch die allermeisten GmbH-Geschäftsführer dieser Pflicht bewusst. So wird es in der Praxis auch ganz häufig der Fall sein, dass die Geschäftsführung eine konkrete Vorstellung von der Risikosituation im Unternehmen hat und sogar eine Vielzahl von Sicherungsmaßnahmen vorhanden ist.



Die Maßnahmen sind aber häufig nicht systematisch strukturiert und es fehlen verbindliche interne Anweisungen und Kontrollprozesse, die ihre Funktionalität dauerhaft gewährleisten. Die Risikosituation ist außerdem häufig nicht strukturiert erfasst, d.h. es fehlt an einer fachlichen Konzeption und es werden nur Kernthemen betrachtet, die sich jedermann aufdrängen. Eine solche Risikoanalyse birgt eine trügerische Sicherheit für die Geschäftsführung. Sind die Risiken unvollständig identifiziert und werden nur schematisch betrachtet, droht die Gefahr, dass die unternehmensspezifische Relevanz unterschätzt wird und Handlungsbedarf bei den innerbetrieblichen Prozessen nicht erkannt wird. Unter dem neuen Verbandssanktionengesetz werden in diesem Fall die Sanktionsmilderungs-Mechanismen nicht greifen, da gerade die Lücke im CMS zur Verwirklichung der Verbandsstraftat beigetragen hat.

Eine systematische Risikoanalyse zeigt für sämtliche Unternehmenseinheiten auf, welchen Risiken sie ausgesetzt sind und in welchen Prozessen Lücken bei den Sicherungsmaßnahmen bestehen. So gelingt eine wirksame Risikoreduzierung im Sinne der Anforderungen des Verbandssanktionengesetzes. Die Risikoanalyse schafft auch die Grundlage für die Risikomanagement-Entscheidung der Geschäftsführung. Selbstverständlich obliegt es der Geschäftsleitung zu entscheiden, welche Risiken sie akzeptieren möchte und welche vollständig ausgeschlossen werden sollen. Viele Risiken werden aber dem Geschäftsbetrieb inhärent sein, so dass eine adäquate Reduzierung anzustreben ist, auch die Delegation von Risiken (Abschluss von Versicherungen) ist denkbar. In den diesbezüglichen Entscheidungen ist die Geschäftsführung unter Würdigung des Legalitätsprinzips weitestgehend frei; Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes Management der Risiken ist jedoch, dass die Entscheidungen bewusst und transparent erfolgen.

Aufbauend auf der Risikomanagemententscheidung ist dann das

Compliance-Management-System anzupassen. Aus der Entscheidung, welche Risiken minimiert werden sollen, leitet sich regelmäßig eine konkrete To-Do-Liste für die Einführung neuer oder die Optimierung vorhandener Compliance-Maßnahmen ab.

Vor dem Hintergrund des Verbandssanktionengesetzes gewinnt auch die Dokumentation der Compliance-Risikoanalyse stark an Bedeutung. In einem Sanktionsverfahren wird das betroffene Unternehmen belegen müssen, dass angemessene Compliance-Maßnahmen vorhanden sind, die geeignet waren, die Tatverwirklichung zu verhindern. Die Strafverfolgungsbehörden werden sich ohne eine detaillierte Dokumentation kein Bild von der Angemessenheit und der Funktionalität der Compliance-Maßnahmen machen können, womit die Möglichkeiten zur Sanktionsmilderung verwehrt bleiben. Für Unternehmen, in denen bereits ein Compliance-Management-System implementiert ist, besteht auch die Möglichkeit, in der verbleibenden Zeit bis zum Inkrafttreten des Gesetzes einen Compliance-Health-Check durchführen zu lassen. Bei diesem werden vorhandene Dokumente und Maßnahmen bedarfsgerecht und transparent überprüft und die Funktionalität des Compliance-Management-Systems bewertet.

Interne Untersuchung

Mit dem neuen Gesetz werden auch Regelungen zur sog. verbandsinternen Untersuchung geschaffen. Auch hier folgt der Gesetzgeber einer Unternehmens- und Rechtsprechungspraxis, die sich in den letzten Jahren entwickelt hat. Aus der Sorgfaltspflicht des GmbH-Geschäftsführers kann sich die Pflicht ableiten, unternehmensintern Compliance-Verstöße und Straftaten aufzuklären, um weiteren Schaden vom Unternehmen abzuwenden. In anderen Jurisdiktionen (z.B. USA) ist die Durchführung von internen Untersuchungen als Voraussetzungen für Sanktionsmilderungen bereits im Gesetz verankert. Der



Gesetzgeber folgt mit seinem Vorhaben auch diesen internationalen Einflüssen und beabsichtigt nun, Regeln aufzustellen, die das Verhältnis zwischen der vom Unternehmen initiierten internen Untersuchung und der Sachverhaltsaufklärung der Strafverfolgungsbehörden klären.

Mit dem Verbandssanktionengesetz soll an dieser Stelle zum einen ein klarer Rechtsrahmen für die Durchführung interner Untersuchungen geschaffen werden, zum anderen wird auch ein Anreizsystem etabliert, da das Gesetz vorsieht, dass unternehmensinterne Aufklärungsarbeit sanktionsmildernd berücksichtigt wird, wenn diese tatsächlich zur Aufklärung des Sachverhaltes durch die Strafverfolgungsbehörden beiträgt.

Schon ohne diese Regelung zählt ein Prozess für den Umgang mit Verdachtsfällen zum integralen Bestandteil eines Compliance-Management-Systems. Ein Compliance-Management-System verfolgt neben der Prävention immer auch repressive Aspekte. Zur wirksamen Vorbeugung gehört auch, dass festgestellte Verstöße konsequent gehandelt werden, sei es nur unternehmensintern oder möglicherweise auch unter Einbeziehung der Strafverfolgungsbehörden. Eine konsequente Ahndung ist jedoch nur dann möglich, wenn im Unternehmen Prozesse vorgehalten werden, die den Mitarbeitern die vertrauliche und geschützte Kommunikation über mögliche Verdachtsmomente (z.B. Whistleblowing-Kanal, Vertrauensanwälte) ermöglichen und wenn klare Regelungen bestehen, wie das Unternehmen mit erhärteten Verdachtsmomente umgeht. Die interne Aufklärung von Fehlverhalten liegt im ureigensten Interesse jedes Geschäftsführers. Sie gibt Antwort auf die Frage, was Ursache desselben war und ermöglicht die Analyse, ob Maßnahmen versäumt wurden, die genau dieses Fehlverhalten hätten verhindern können. In der Repression liegt also zugleich der Schlüssel zu einer Verbesserung der Prävention.

Das Verbandssanktionengesetz wird nun künftig qualitative Voraussetzungen definieren, die zu erfüllen sind, damit durch eine interne Untersuchung eine Sanktionsmilderung erreicht werden kann. Studien über Wirtschaftskriminalität in Unternehmen zeigen, dass es auch bei einer vorbildlichen Unternehmenskultur und engagierten Bemühungen aller Beteiligten keinen 100 %igen Schutz vor Rechtsverstößen aus dem Unternehmen heraus gibt¹. In allen Unternehmen verbleibt ein Restrisiko, das sich an dem berühmten Tag „X“, von dem alle hoffen, dass er nie kommt, realisieren wird. Auf diesen Tag sollte aber jedes Unternehmen optimal vorbereitet sein. Das wird nach dem Inkrafttreten des Verbandssanktionengesetzes dringlicher erforderlich sein als je zuvor. Während die Verdachtsfallbearbeitung bisher primär von internen Interessen getragen war (Aufklärung, Ursachenanalyse, Vermeidung von Wiederholungen, Sanktionierung Handelnder), reicht die Bedeutung der internen Aufklärung künftig weit über die Unternehmensmauern hinaus und hat unmittelbare Auswirkungen auf die drohenden Verbandssanktionen. Am Tag „X“ kommt es daher darauf an, dass Prozesse, die den Anforderungen des Verbandssanktionengesetzes entsprechen, sofort aktiviert werden können.

Compliance ist Chefsache

Ein effizientes, individuelles Compliance-Management-System bringt für Unternehmen zahlreiche Vorteile. Über ein Compliance-Management-System setzt die Geschäftsleitung ihre originäre Leitungsverantwortung im Unternehmen um und etabliert das Legalitätsprinzip in den innerbetrieblichen Prozessen. Compliance schützt das Unternehmen vor internen und externen Straftaten und sichert nachhaltig die Reputation. Mit den Regelungen im Verbandssanktionengesetz wird nun auch ein verbindlicher Rechtsrahmen für die Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen bei der Ahndung von Unternehmen geschaffen. ■

1 Zum Beispiel: KPMG-Studie: Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2020

Neues Kartellrecht: Kartellrechtliche Compliance-Pflichten der Geschäftsführung

Ein Überblick unter Berücksichtigung von Vor- und Nachtat-Compliance sowie Verbänden



Dr. Sascha Dethof,
Partner, Rechtsanwalt,
Fieldfisher



Lilly Beutler,
Rechtsreferendarin,
Fieldfisher

1. Einleitung

Das deutsche Kartellrecht wurde durch 10. GWB-Novelle, die am 19.01.2021 in Kraft getreten ist, neu gefasst. Daneben nahm am 25.03.2021 das Wettbewerbsregister des Bundeskartellamts (**BKartA**) den Betrieb auf. Die Neuregelungen bringen erweiterte kartellrechtliche Compliance-Pflichten für die Geschäftsführung mit sich.

Besonders bedeutsam für Geschäftsführer sind die Änderungen im Bereich der Bußgelder für Kartellverstöße. Hier kam es zu Verschärfungen hinsichtlich Verbandsgeldbußen sowie zu Erleichterungen in Form der Berücksichtigung wirksamer Vor- und Nachtat-Compliance bei der Bußgeldzumessung. Primäres Ziel eines kartellrechtlichen Compliance-Systems ist die Vermeidung von Kartellverstößen, da diese nicht nur erhebliche Bußgelder, sondern auch behördliche Durchsuchungen, einen Reputations- und Vertrauensverlust bei Kunden sowie Schadensersatzklagen nach sich ziehen können. Allein im Jahr 2019 verhängte das BKartA Bußgelder in Höhe von rund 848 Mio. €, darunter auch gegen Geschäftsführer. Dabei wurden 32 Unternehmen bzw. Verbände, aber auch Privatwohnungen durchsucht. Nachfolgend werden die wichtigsten Änderungen aufgeführt, die mit erweiterten Compliance-Pflichten für Geschäftsführer einhergehen:

2. Pflichtverletzungen im Kartellverfahren

Bei kartellbehördlichen Durchsuchungen besteht nun eine bußgeldbewehrte Mitwirkungspflicht. Diese findet ihre Grenze im Zwang zum Geständnis, schließt aber selbstbelastende Auskünfte nicht aus.

Pflichtverletzungen im Kartellverfahren (z.B. Behinderung von Kartellbehörden bei einer Durchsuchung, Nichtbeantwortung eines Auskunftsbeschlusses) können mit einem Bußgeld bis zu 1% **des weltweiten jährlichen Gesamtumsatzes** des Unternehmens belegt werden (§ 81c Abs.3 GWB). Da für die Bußgeldzumessung der Konzernumsatz maßgeblich ist, können diese je nach Unternehmensgröße Millionenbeträge (statt bisher max. 100.000 €) erreichen.

3. Verbände

Verbände können wegen Kartellverstößen mit einem Bußgeld bis zu **10 % des Umsatzes ihrer Mitglieder**, die auf dem von dem Verstoß betroffenen Markt tätig waren, belegt werden (§ 81c Abs. 4 GWB). Dies setzt voraus, dass das Verhalten des Verbandes im Zusammenhang mit der Tätigkeit seiner Mitglieder steht. Umsätze von Unternehmen, die unter die Kronzeugenregelung fallen oder gegen die unmittelbar ein Bußgeld festgesetzt wird, bleiben außer Betracht.

Dies stellt gegenüber der bisherigen Bußgeldgrenze von 10 % des Gesamtumsatzes des Verbandes eine erhebliche Erhöhung dar.

Neu eingefügt wurde eine **Ausfallhaftung** von Verbandsmitgliedern: **Im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Verbandes** muss dieser zunächst zusätzliche Beiträge von seinen Mitgliedern erheben (§ 81b Abs.1 GWB). Können diese nicht eingetrieben werden, kann die Kartellbehörde die Zahlung unmittelbar von den Mitgliedern verlangen (§ 81b Abs. 2, 3 GWB).

Mitglieder, die nicht an dem Verstoß beteiligt waren, keine Kenntnis von diesem hatten oder sich **aktiv** von diesem **distanziert haben**, können sich von der Zahlungspflicht befreien lassen (§ 81b Abs. 4 GWB). Mitglieder, die unter die Kronzeugenregelung fallen, sind von der Ausfallhaftung ausgenommen.

4. Bußgeldzumessung

Erstmals wurden Kriterien für die Bußgeldzumessung gesetzlich verankert (§ 81d GWB). Die lang umstrittene Frage, ob Compliance-Maßnahmen bei der Bußgeldzumessung zu berücksichtigen sind, wurde durch den Gesetzgeber beantwortet: Der neue § 81d Abs. 1 S. 2 Nr. 4, Nr. 5 GWB sieht eine bußgeldmindernde Berücksichtigung von Vor- und Nachtat-Compliance vor.

5. Wettbewerbsregister

Am 25.03.2021 nahm der Wettbewerbsregister (quasi ein Vorstrafenregister für Unternehmen) des BKartA seinen Betrieb auf. Mit dem Ziel, Unternehmen, die Wirtschaftsstraftaten oder vergleichbare Zuwiderhandlungen (z.B. Kartellverstöße) begangen haben, von öffentlichen Vergabeverfahren auszuschließen, können Vergabestellen in einem bundesweiten Register entsprechende Daten elektronisch abfragen. Neben Eintragungen in das Wettbewerbs-

register (§ 2 WRegG) drohen weiterhin auch Eintragungen in das Gewerbezentralregister (§ 149 Abs. 2 GewO).

6. Erleichterung privater Schadensersatzklagen

Beachtlich ist zudem das gestiegene Risiko privater Schadensersatzklagen durch geschädigte Lieferanten und Kunden, die den Unternehmen bei Kartellverstößen drohen. Die Anzahl an Schadensersatzklagen, die sich an Entscheidungen der Kartellbehörden anschließen (**follow-on-Klagen**), ist in den vergangenen Jahren deutlich gestiegen. Da eine weitere Erleichterung für follow on Klagen eingeführt wurde (gesetzliche Vermutung zur Kartellbetroffenheit, § 33a GWB), dürften diese weiter zunehmen.

7. Neue Compliance-Pflichten: Verbände

Aufgrund der verschärften Haftung von Verbänden und Mitgliedsunternehmen gilt es, die Compliance-Programme neu aufzustellen. Fortan ist es umso bedeutsamer, genau zu prüfen, welchen Verbänden das Unternehmen angehört. Die Tätigkeit dieser Verbände sowie der Mitarbeiter, die das Unternehmen bei Verbandstätigkeiten vertreten, sind sorgfältig zu überwachen. Es ist zu ermitteln, ob in den Verbänden **Wettbewerber aufeinandertreffen**, inwiefern die

Verbände Compliance-Maßnahmen ergreifen und wie sie die Einhaltung kartellrechtlicher Vorgaben sicherstellen.

8. Optimierungspflicht: Vor- und Nachtat-Compliance

„Heute ist die Gefahr, dass ein Kartell aufgedeckt und empfindlich sanktioniert, wird deutlich größer als noch vor einigen Jahren. Kartellverstöße sind für Unternehmen zunehmend unattraktiv, sodass Maßnahmen zu deren Vermeidung aus Sicht der Unternehmen erhebliche Bedeutung erlangt haben“, sagte der Präsident des BKartA, Andreas Mundt, in einem Interview.

Die sog. Compliance-Defense hat Eingang in das Gesetz gefunden: „**Angemessene und wirksame**“ Vor- und Nachtat-Compliance ist nun bußgeldmindernd zu berücksichtigen. Das BKartA und der Gesetzgeber ließen hierzu gewisse Kriterien durchblicken:

a) Nachtat-Compliance

Unter der Nachtat-Compliance verstehen die Behörden „nach der Zuwiderhandlung getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Zuwiderhandlungen“. Im Gegensatz zur EU Kommission haben die Gerichte und das BKartA neue oder verbesserte Nachtat-Compliance zuvor bereits bußgeldmindernd berücksichtigt.

Das BKartA begrüßte die Einführung dieses Kriteriums in seiner Stellungnahme zur 10. GWB-Novelle. Eine Reduzierung erfolgt daneben weiterhin bei einem erfolgreichen Kronzeugenantrag und einer einvernehmlichen Verfahrensbeilegung (Settlement). Zu beachten ist, dass auch das Bemühen des Unternehmens, die **Zuwiderhandlung aufzudecken** und den **Schaden wiedergutzumachen**, zu einer Bußgeldreduktion führt. Die **aktive Kooperation** des Unternehmens indiziert die Ernsthaftigkeit des Bemühens.

b) Vortat-Compliance

Der Berücksichtigung von Vortat-Compliance steht das BKartA hingegen kritisch gegenüber: „Denn dies ließe außer Acht, dass es sich bei Kartelldelikten typischerweise um strategische Delikte handelt, bei denen die Führungsebene involviert ist, und dass durch die Immunitätsgewährung gegenüber Kronzeugen bereits eine weitreichende Honorierung erfolgreicher Compliance erfolgt“.



Ähnlich kritisch äußerte sich einst der ehemalige Vizepräsident der Kommission, Joaquín Almunia: „Why should I reward a compliance programme that has failed?“. Die Kommission berücksichtigt die Vortat Compliance nicht bußgeldmindernd.

Der Gesetzgeber nahm die Vortat-Compliance dennoch („last minute“) als Abwägungskriterium auf. Denn „wettbewerbswidriges Verhalten wird häufig erst durch unternehmensinterne Compliance-Maßnahmen aufgedeckt und angezeigt“.

Ausweislich der Gesetzesbegründung ist Vortat-Compliance

- wirksam und damit zu berücksichtigen, wenn die ergriffenen Maßnahmen zur Aufdeckung und Anzeige des Verstoßes geführt haben,
- wirksam, wenn sie als fester Bestandteil der Unternehmenskultur „gelebt“ wird.

Wenn es dennoch zu einem Kartellverstoß gekommen ist, sind folgende Abstufungen zu beachten:

- Ein Verstoß schließt die Ernsthaftigkeit des Bemühens, Kartellverstöße zu vermeiden, nicht per se aus, indiziert jedoch ein Defizit bei der Vortat-Compliance.
- Wäre der Verstoß durch ordnungsgemäße Compliance verhindert oder wesentlich erschwert worden, kann nur das grundsätzliche Bemühen des Unternehmens

um Compliance zu dessen Gunsten gewürdigt werden. Die Sanktionsmilderung fällt allenfalls gering aus.

- Wenn die Geschäftsführung an dem Verstoß beteiligt ist, steht sie nicht hinter den Compliance-Regelungen. Die Maßnahmen sind nicht wirksam. Eine Bußgeldreduktion ist ausgeschlossen.

Angemessen ist die Compliance, wenn sie nach Art und Umfang der Unternehmensgröße entspricht. Welche Maßnahmen erforderlich sind, hängt „von Art, Größe und Organisation eines Unternehmens, Gefährlichkeit des Unternehmensgegenstandes (Kartellgeneigtheit), Anzahl der Mitarbeiter, den zu beachtenden Vorschriften sowie dem Risiko ihrer Verletzung ab. Bei kleinen und mittleren Unternehmen mit geringem Risiko von Rechtsverletzungen können auch wenige einfache Maßnahmen ausreichend sein“.

9. Effektive Compliance

Auch die Behörden haben aufgerüstet: Zur Aufdeckung von Verstößen stehen ihnen wirksame Instrumente zur Verfügung, die erneut erweitert wurden. Neben den bekannten Instrumenten der Kronzeugenanträge (nun geregelt in § 81i GWB), Hinweisgebersysteme und Zeugenvernehmungen, stehen vor allem Durchsuchungen unter einem neuen Vorzeichen: So wurden die Er-

mittlungsbefugnisse um einen Auskunftsanspruch erweitert (§ 59 GWB). Auch fand die Digitalisierung Einzug in das behördliche Verfahren: Die sog. e-Discovery, d.h. die Durchsuchung der IT-Einrichtung von Unternehmen, wurde in den letzten Jahren, u.a. durch den Einsatz von e-Discovery Software, intensiviert. Im Jahr 2019 wurden rund 14,9 Terrabyte IT-Asservate durchsucht.

Geschäftsführer sind verpflichtet, ihre Compliance-Systeme diesen rechtlichen und technischen Entwicklungen sowie den Anforderungen des BKartA anzupassen und ihr Unternehmen entsprechend vorzubereiten. Sie haften nicht nur bei eigener Beteiligung an einem Verstoß, sondern auch, wenn sie ihren Aufsichtspflichten nicht genügen, d.h. die Zuwiderhandlung nicht verhindert haben. Auch droht eine Schadensersatzhaftung gegenüber dem Unternehmen.

Das BKartA hat sich zu seinen Anforderungen noch nicht klar positioniert. Eine Veröffentlichung entsprechender Standards wird zeitnah erwartet. Bis dahin können Geschäftsführer bspw. auf die Leitlinie „Kartellrechtliche Compliance“ des Compliance-Verbands DICO oder den Leitfaden „Wettbewerbliche Compliance“ der Kommission zurückgreifen, die allerdings im Detail noch auf das Unternehmen angepasst werden müssen.

Zu den Elementen effektiver Compliance zählen u.a. die Schulung und Sensibilisierung von Mitarbeitern, stichprobenartige Prüfung von Dokumenten (ggf. mittels e-Discovery), Audits, gezielte Risikoanalysen, Einrichtung von Warn- und Kontrollsystemen, regelmäßige Updates sowie unternehmensinterne Konsequenzen gegenüber Kartelltätern. Bestehende Compliance-Missstände sind abzustellen. Die Abstellung ist zu dokumentieren.

10. Fazit

Die vorgenannten rechtlichen, technischen und prozessualen Entwicklungen bieten Chancen, bergen aber auch Risiken. Einerseits zahlen sich künftig effektive Compliance-Programme, die sowohl vor als auch nach einem Verstoß ergriffen wurden, in Form einer Bußgeldreduzierung aus. Andererseits steigen die Compliance-Anforderungen an die Geschäftsführer hinsichtlich der Verbandstätigkeit und den Verhaltensanforderungen bei kartellrechtlichen Durchsuchungen. Die Implementierung eines **wirksamen** Compliance-Systems dürfte Geschäftsführer vor besondere Herausforderungen stellen.

Die Haftung der Geschäftsführung bei Cyber-Angriffen



Dr. Jan Kraayvanger,
Partner/Rechtsanwalt,
Mayer Brown LLP

Unternehmen sind einer Vielzahl von Cyber-Risiken ausgesetzt, z.B. Phishing-E-Mails, Ransomware, DDoS-Attacken, Fake President- und Man-in-the-Middle-Angriffen, etc. Im Falle eines Cyber-Angriffs drohen enorme, unter Umständen sogar bestandsgefährdende Schäden. Die Cyber-Sicherheit gehört daher zu den Kernaufgaben der Geschäftsleitung. IT-Sicherheit ist „Chefsache“. Im Ausgangspunkt lässt sich der Pflichtenkreis der Geschäftsführung einteilen in einerseits Organisations- und Überwachungspflichten zum Schutz der IT-Systeme im Vorfeld von Cyber-Angriffen (Schadensprävention) und andererseits die pflichtgemäße Reaktion auf einen erfolgten Cyber-Angriff. Zur letzteren zählen etwa die Einhaltung von Meldepflichten an Behörden, Versicherer und betroffene Daten-subjekte sowie von Schadensaufklärungs- und Schadensminderungspflichten. Um hierfür im Falle eines Cyber-Angriffs gerüstet zu sein, sollte ein Notfallkonzept (sog. Incident Response Plan) ausgearbeitet und implementiert werden.

Die Pflichten des Unternehmens und seiner Geschäftsleitung im Zusammenhang mit der IT-Sicherheit sind gesetzlich nicht zentral geregelt. Stattdessen ergeben sie sich aus unterschiedlichen Regelwerken und Normen. So existieren Sondervorschriften etwa für Betreiber sog. Kritischer Infrastrukturen, Telekommunikationsunternehmen, Kreditinstitute, Versicherer und Betreiber von Handelssystemen. Zentrale Bedeutung für sämtliche personenbezogene Daten verarbeitende Unternehmen hat die Datenschutzgrundverordnung. Gemäß Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO müssen personenbezogene Daten in einer Weise verarbeitet werden, die eine angemessene Sicherheit der Daten gewährleistet. Dies beinhaltet den Schutz vor unbefugter oder unrechtmäßiger Verarbeitung sowie vor Verlust, Zerstörung

und Schädigung. Demgemäß sind geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen, um ein angemessenes Schutzniveau für personenbezogene Daten zu gewährleisten (Art. 32 Abs. 1 DSGVO). Hierzu zählt insbesondere die Fähigkeit, die Verfügbarkeit der personenbezogenen Daten und den Zugang zu ihnen nach einem Cyber-Angriff rasch wiederherzustellen (Art. 32 Abs. 1 c) DSGVO). Im Falle eines Datenlecks bestehen zudem kurzfristige Meldepflichten an die Aufsichtsbehörde sowie die betroffenen Personen (Art. 33 und 34 DSGVO). Außerdem besteht gegenüber der Aufsichtsbehörde eine Dokumentationspflicht im Hinblick auf Datenschutzverletzungen, deren Auswirkungen und die ergriffenen Abhilfemaßnahmen (Art. 33 Abs. 5 DSGVO). Bei Verstoß gegen diese Pflichten drohen Schadenersatzforderungen (Art. 82 DSGVO) und hohe Bußgelder (Art. 83 DSGVO).

Darüber hinaus ist die Geschäftsleitung nach § 91 Abs. 2 AktG (analog) gehalten, geeignete Maßnahmen zu treffen, damit Entwicklungen früh erkannt werden, die den Fortbestand der Gesellschaft gefährden. Mit dem Begriff der Bestandsgefährdung sind wesentliche Auswirkungen auf die Vermögens-, Ertrags- oder Finanzlage erfasst. Hieraus wird die Verpflichtung der Geschäftsleitung abgeleitet, eine „auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation“ (LG München, Urteil vom 10.12.2013, Az. 5 HKO 1387/10, LS 1) einzurichten. Die Geschäftsleitung hat im Rahmen ihrer Legalitätspflicht dafür Sorge zu tragen, dass das Unternehmen so organisiert und beaufsichtigt wird, dass keine Gesetzesverstöße erfolgen und dass das Unternehmen jederzeit in der Lage ist, die vorgeschriebenen Pflichten – im vorliegenden Zusammenhang also insbesondere die Pflichten aus der DSGVO – einzuhalten.

Darüber hinaus ist in den meisten Fällen die Funktionsfähigkeit der IT-Systeme für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs des Unternehmens erforderlich. Es besteht also eine doppelte Anknüpfung, warum die IT-Sicherheit Kernaufgabe der Geschäftsleitung ist. Zum einen, weil die Funktionsfähigkeit des IT-Systems als ein betriebsnotwendiger Bestandteil des Unternehmens geschützt werden muss, und zum anderen, weil die Geschäftsleitung aus ihrer Legalitätspflicht heraus sicherstellen muss, dass das Unternehmen die DSGVO und ggf. anwendbare IT-Spezialgesetze einhält.

Die Organisationspflichten zum Schutz der IT-Systeme obliegen dabei nicht nur dem für die IT-Sicherheit unmittelbar zuständigen Mitglied der Geschäftsleitung, sondern allen Geschäftsführern gemeinsam. Es besteht eine Gesamtverantwortung der Geschäftsleitung. Die Geschäftsleitung als Kollegialorgan muss die grundsätzlichen Entscheidungen treffen, welche Vorkehrungen und

Maßnahmen zum Schutz der IT-Systeme zu ergreifen sind. Dies schließt nicht aus, dass die Zuständigkeit für die IT-Sicherheit einem bestimmten Mitglied der Geschäftsleitung übertragen wird. Bei den restlichen Mitgliedern der Geschäftsleitung verbleibt jedoch eine Kontroll- und Überwachungsverantwortung. Erforderlich ist daher, dass sich das Gesamtgremium regelmäßig vom ressortzuständigen Geschäftsführer berichten lässt und ggf. gezielte Nachfragen stellt, um sich ein eigenes Bild über den Geschäftsbereich machen zu können.

Bei der konkreten Ausgestaltung der IT-Compliance handelt es sich um eine unternehmerische Entscheidung. Aufgrund der Unterschiedlichkeit der Unternehmen ist deren jeweiliges individuelles Risikoprofil ausschlaggebend, so dass generalisierende gesetzliche Vorgaben praktisch nicht sinnvoll wären. Folglich kommt der Geschäftsleitung die Haftungserleichterung der Business Judgment Rule zugute. Sind deren

Voraussetzungen erfüllt, scheidet eine Pflichtverletzung aufgrund des weiten unternehmerischen Ermessensspielraums aus. Demnach liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn die Geschäftsleitung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG). Zusätzlich sollte die Geschäftsleitung auf eine ausreichende Dokumentation ihrer Entscheidungsfindung achten. Eine fehlende Dokumentation erschwert den Geschäftsführern nicht nur den Entlastungsbeweis im Falle ihrer Inanspruchnahme, sondern stellt für sich selbst bereits eine Verletzung der Geschäftsleiterpflichten dar.

Das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) hat Handlungsempfehlungen herausgegeben, die beim Aufbau eines angemessenen und effizienten Managementsystems für IT-Sicherheit sowie eines Notfallkonzeptes helfen können. Darin sind unter anderem Management-

Prinzipien und Sicherheitsprozesse beschrieben. Diese Leitlinien, die sog. „BSI-Standards“, sind auf der Homepage des BSI unter www.bsi.bund.de abrufbar (BSI-Standards 200-1, 200-2, 200-3, 100-4 bzw. zukünftig 200-4). Ebenfalls auf der Homepage des BSI findet man das sog. IT-Grundschutz-Kompendium, welches auf über 800 Seiten sehr detailliert eine Vielzahl von Bedrohungsszenarien beschreibt und für alle Unternehmensbereiche aufzeigt, mit welchen konkreten Sicherheitsmaßnahmen den dort jeweils bestehenden Gefährdungslagen begegnet werden kann. Diese Leitlinien des BSI orientieren sich an der ISO-Norm 27001. Hierbei handelt es sich um eine internationale Norm zum Management von Informationssicherheit. Die Norm macht Vorgaben zur Einführung, zum Betrieb und zur Verbesserung eines dokumentierten Informationssicherheitsmanagementsystems.



In einem Anhang werden mehr als 100 Maßnahmen aufgeführt, aus denen unter Berücksichtigung der relevanten Risiken ausgewählt werden kann. Es besteht zudem die Möglichkeit, sich die Einhaltung dieser Grundsätze zertifizieren zu lassen. Die Geschäftsleitung kann sich dann im Schadensfall damit verteidigen, ein ISO-zertifiziertes IT-Compliance-System etabliert zu haben. Zudem kann die Zertifizierung auch gegenüber Vertragspartnern als Nachweis genutzt werden, dass ein effektives IT-Compliance-System implementiert ist.

Weiterhin sollte die Geschäftsleitung im Rahmen des Risiko-Managements die Option prüfen, eine Cyber-Versicherung abzuschließen. Sie kann sinnvoll sein, um das Schadensrisiko im Rahmen der Deckung auf einen Versicherer zu transferieren. Zum anderen bieten Cyber-Policen umfangreiche Assistance-Leistungen und Zugang zu einem Experten-Netzwerk, auf die das Unternehmen im Falle eines Cyber-Angriffs zugreifen kann. Jedoch gewährt eine solche Versicherung keinen Rundumschutz. Schon gar nicht stellt sie einen Ersatz für ein effektives IT-Compliance-System dar. Eine Cyber-Versicherung schützt die Geschäftsleitung im Falle eines Verstoßes

gegen ihre Compliance-Pflichten nur bedingt, selbst wenn die Organe mitversichert sind. So sind die Innenhaftungsansprüche der Gesellschaft gegen die Geschäftsleitung unter den AVB Cyber ausdrücklich von der Deckung ausgenommen (Ziff. A3-7.2a AVB Cyber). Zudem ist möglich, dass der Cyber-Versicherer die Geschäftsleitung nach § 86 Abs.1 VVG in Regress nehmen kann, wenn er nach einem erfolgten Cyber-Angriff den Schaden des Unternehmens reguliert hat. Da im Falle eines Cyber-Angriffs die Cyberkriminellen regelmäßig nicht ermittelbar bzw. greifbar sind und Mitarbeiter, die etwa durch fahrlässiges Verhalten den Cyber-Angriff erst ermöglicht haben, den Schutz des Arbeitnehmerprivilegs genießen, bleibt als einziger Haftungsschuldner die Geschäftsleitung übrig.

Auch eine eventuell vorhandene D&O-Versicherung sollte die Geschäftsleitung nicht in falscher Sicherheit wiegen. Denn D&O-Versicherungen enthalten oftmals gerade für Schäden aufgrund eines Cyber-Angriffs Deckungsausschlüsse. Diese haben zur Folge, dass die Geschäftsleitung schon bei leichter Fahrlässigkeit mit ihrem vollen Privatvermögen haftet, wenn ihr nicht der Nachweis gelingt, sämtliche Organisations-

pflichten zur Errichtung und Unterhaltung eines effektiven IT-Compliance-Systems eingehalten zu haben und auf den Cyber-Angriff pflichtgemäß reagiert zu haben. Eine intensive Beschäftigung der Geschäftsleitung mit dem Thema IT-Sicherheit und deren lückenlose Dokumentation sind daher unverzichtbar, um deren Haftungsrisiko zu minimieren. ■



Herausforderungen für die Geschäftsleitung im Cyber-Zeitalter



Theodoros Bitis,
Head of Cyber, Center of Excellence,
Howden Deutschland

Cyber-Risiken haben sich in den vergangenen Jahren branchenübergreifend zu einem Top-Risiko für Unternehmen und Manager entwickelt. Versicherer berichten von jährlichen Vervielfachungen sowohl der Schadenhäufigkeit als auch der Schadenhöhe. In den nächsten Jahren wird damit gerechnet, dass ein Großteil aller Versicherungsverträge durch Cyber-Vorfälle schadenbelastet sein werden.

Proportional zur Cyber-Bedrohung sind auch die potenziellen Haftungsquellen für Manager gestiegen. Für sie wird es immer wichtiger, sich detailliert Gedanken über das unternehmensinterne Risikomanagement, die Bandbreite der Haftungsrisiken und den Transfer potentieller Restrisiken infolge von Angriffen auf die IT-Systeme zu machen.

Risikomanagement – mehr Schutzmaßnahmen sind nötig

Die verschärfte Bedrohungslage und der deutliche Anstieg an Cyber-Schäden machen deutlich, dass Unternehmen auf ihrer Agenda beim Tagesordnungspunkt Cyber-Risiken keinen schnellen Haken mehr setzen können. Die Komplexität der möglichen Cyber-Gefahren erfordert vielmehr ein ganzheitliches Risikomanagement, das zur Chefsache erklärt, mit einem adäquaten Budget ausgestattet und mit einer klaren Umsetzungsstrategie versehen wird.

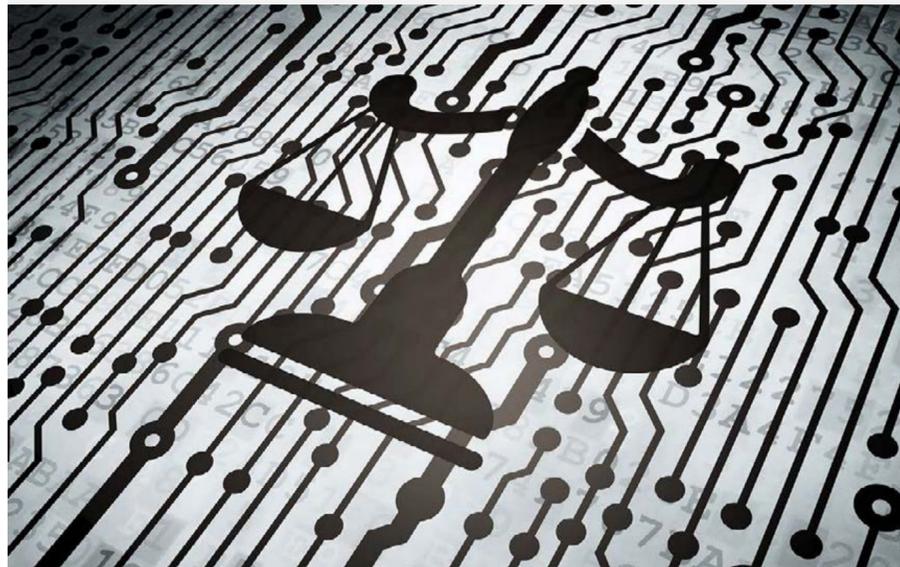
Gaben sich vor nicht allzu langer Zeit Entscheiderinnen und Entscheider auf den Chefetagen noch mit Virenscannern, Firewalls und regelmäßigen Back-ups zufrieden, hat sich diese vermeintliche Sicherheit mittlerweile als gefährlicher Trugschluss entpuppt. Unternehmensleiterinnen und -leiter kommen heutzutage nicht daran vorbei, eine

umfassende IT-Risikoorganisation mit einem breiten Spektrum an Maßnahmen zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebsablaufs aufzubauen und fortzuentwickeln. Unabdingbar sind dabei u.a. die Schaffung eines Richtlinienmanagements, Notfall- und Business-Continuity-Pläne, die Sicherheit mobiler Geräte, die Einführung einer Multifaktorauthentifizierung bei kritischen Anwendungen, eine Trennung von Admin- und sonstigen Benutzerkonten, erhöhte Schutzmaßnahmen im Bereich der OT sowie turnusmäßige Mitarbeiterschulungen. Hinzu kommt – zuletzt vor allem pandemiegetrieben – auch der Umgang mit „Bring-your-own-device“-Geräten.

Nicht weniger relevant ist auch der datenschutzrechtliche Aspekt einschließlich eines funktionierenden Incident-Management-Systems. Sind bei einem IT-Sicherheitsvorfall personenbezogene Daten betroffen, besteht nach Art. 33 DSGVO grundsätzlich eine Meldepflicht gegenüber den Datenschutzbehörden binnen 72 Stunden nach Kenntnisnahme. Die durch einen Sicherheitsvorfall betroffenen Kunden, Partner und Mitarbeiter sind nach Art. 34 DSGVO zu informieren, wenn voraussichtlich ein hohes Risiko für die Betroffenen besteht.

„Hafnium“-Vorfall macht Schwachstellen offenbar

Wie ernst zu nehmen das Thema ist, wurde im März 2021 durch den „Hafnium“-Vorfall deutlich, bei dem es um Schwachstellen bei Microsoft Exchange Servern ging. Selbst einige Wochen nach dem herausgegebenen Sicherheitsupdate hatte ein großer Teil der Unternehmen dieses nicht installiert, wie das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) beklagte.



Weil kein automatisiertes Update möglich war, mussten die IT-Verantwortlichen selbst aktiv werden und auf Neudeutsch „patchen“. Kriminelle hätten so über einen längeren Zeitraum hinweg die Möglichkeit gehabt, unter Ausnutzung der Schwachstelle Zugriff auf E-Mail-Konten auf den betroffenen Servern zu erhalten.

Wenn solch ein Fall nachweislich eintritt, gehen die Datenschutzbehörden grundsätzlich von einem meldepflichtigen Vorfall nach Art. 33 DSGVO aus.

Einige Datenschutzbehörden gehen sogar noch weiter und sehen eine Meldepflicht bereits durch ein nicht rechtzeitiges Update als begründet an. Von einer Meldung kann demnach lediglich dann abgesehen werden, wenn Verantwortliche bereits nach den Handlungsempfehlungen des BSI geprüft haben, ob die Sicherheitslücke ausgenutzt wurde, und keine Kompromittierung festgestellt haben.

Verbreitung von Ransomware-Attacken steigt

Mit durchgeführten Sicherheitsupdates und der gegebenenfalls nötigen Meldung bei der Datenschutzbehörde sind die Unternehmen allerdings noch nicht in jedem Fall aus dem Schneider. Unter Ausnutzung von Schwachstellen in der IT-Sicherheit versuchen Kriminelle seit geraumer Zeit, Verschlüsselungssoftware in Unternehmen einzuschleusen. Diese sogenannten „Ransomware“-Attacken führen zu einer automatisierten Verschlüsselung der Daten, so dass diese für die betroffenen Unternehmen nicht mehr nutzbar sind. Für die Entschlüsselung verlangen die kriminellen Gruppierungen mittlerweile sehr hohe Lösegeldsummen.

Sind die Täter auch an sensible Daten herangekommen, kommt es vereinzelt zu einer zusätzlichen Erpressung verbunden mit der Drohung, die gestohlenen Daten zu veröffentlichen. Diese Vorgehensweise ist unter der Bezeichnung „DoppelPaymer Ransomware“ bekannt geworden und hat nach erstmaligem Auftreten in 2019 eine starke Verbreitung in 2020 gefunden.

Ransomware-Attacken haben mittlerweile auch in Deutschland zugenommen – hohe Aufmerksamkeit erlangte etwa der Angriff

auf das Uniklinikum Düsseldorf im Herbst 2020 – und sie haben sehr häufig Schäden in Millionenhöhe angerichtet. Neben den hohen Lösegeldforderungen entstehen bei den Unternehmen immense Schäden durch die Betriebsunterbrechung sowie hohe Kosten für die Forensik, IT-Wiederherstellung und die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs.

Die Cyberversicherung als Teil des Risikomanagements

Angesichts der verschärften Risikolage durch Cyber-Angriffe in den letzten Jahren hat sich die Cyber-Versicherung auch bei den deutschen Unternehmen vom „nice to have“ zum Pflichtprogramm entwickelt. Ausschnittslösungen über andere Versicherungssparten haben sich nicht als qualitativ tragfähig erwiesen.

Die Cyber-Versicherung übernimmt im Regelfall neben den finanziellen Folgen, die den Unternehmen durch Störung des Betriebsablaufs aufgrund einer Cyber-Attacke oder interne Systemausfälle entstehen, die Kosten für forensische und rechtliche Aufarbeitung des Vorfalls, die Wiederherstellung der IT-Systeme, Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes, Haftpflichtansprüche Dritter und die Krisenkommunikation.

Besonders für mittelständische Unternehmen interessant: Über die Cyber-Versicherung steht den Unternehmen in vielen Fällen bei einem Notfall auch ein Netzwerk von hochspezialisierten Forensikern, Rechtsanwälten und PR-Beratern zur Seite. Diese Dienstleistungen sind in der Versicherungsprämie mit eingepreist und damit schneller und kostengünstiger als separat im freien Markt erhältlich.

Managerhaftung in Zusammenhang mit IT-Sicherheitsvorfällen

Manager tragen die Verantwortung für die ordnungsgemäße Unternehmensführung, und dazu gehört auch ein funktionierendes IT-Risikomanagement. Erweisen sich die darin festgelegten Maßnahmen vor und während eines IT-Sicherheitsvorfalls als lückenhaft, wird schnell der Vorwurf eines Organisationsverschuldens laut. Bei schuldhaften Versäumnissen können dann die Manager auf Ersatz eines Vermögensschadens in Anspruch genommen werden.

Es springt dann die D&O-Versicherung ein, die nicht nur bei Ansprüchen der eigenen Gesellschaft (Innenhaftung), sondern auch bei Drittansprüchen (Außenhaftung) greift.

Der D&O-Versicherer bietet zunächst Deckung für die Verteidigung der in Anspruch genommenen Manager gegen die im Raum stehenden Vorwürfe von Pflichtversäumnissen. Oft sind dann langwierige Rechtsstreitigkeiten vorprogrammiert, die häufig in einem Vergleich mit einem geringen Bruchteil der Gesamtschadenssumme resultieren. Bei IT-Sicherheitsvorfällen geht es aber primär um schnelle Abhilfe. Jegliche Verzögerungen können ein Unternehmen in seinem Bestand gefährden. Ein langes Zuwarten auf die Schadenregulierung ist hier – anders als in anderen D&O-Schadenangelegenheiten – nicht möglich.

Ausblick

Zahlreiche Schadenfälle aus jüngerer Vergangenheit machen deutlich, dass Manager nicht mehr umhinkommen, ein speziell auf die Bedürfnisse des Unternehmens abgestimmtes IT-Risikomanagement einzurichten, es kontinuierlich aufrechtzuerhalten und bei Bedarf den neuen Gegebenheiten anzupassen. Immer mehr Manager nehmen die Cyber-Bedrohung sehr ernst und gehen die notwendigen Schritte an, um sich

bestmöglich für die Zukunft auszurüsten. Der Bedeutung einer maßgeschneiderten Transferlösung für Cyber-Risiken sind sich viele mittlerweile sehr bewusst.

Gleichzeitig haben Versicherer – forciert durch die Versicherungsaufsicht und die Rückversicherer – in den letzten Jahren angefangen, die Risiken neu zu bewerten und Kunden einen transparenten Überblick über versicherte Cyber-Risiken zu geben. Einige Versicherer sprechen hier seit Neuestem von „affirmativen“ Lösungen, d.h. ausdrücklicher Versicherungsschutz oder ausdrücklicher Ausschluss in den anderen Versicherungspolicen. Die Folgen dieser Neubewertung werden dann auch für die Manager sehr häufig gravierend sein: Zahlreiche D&O-Versicherungspolicen werden zukünftig mit Vollausschlüssen für Cyber-Risiken in der D&O-Versicherung versehen. Spätestens dann führt an einer umfassenden Cyber-Versicherung kein Weg mehr vorbei. ■



Vorsorge für den Fall der Fälle – was tun, wenn der Geschäftsführer ausfällt?



Dr. Berit Kochanowski LL.M.,
Rechtsanwältin, Mediatorin

Wie unter einem Brennglas zeigt uns die aktuell immer noch anhaltende Pandemie, wie verletzlich der Einzelne ist. Auch der Geschäftsführer einer GmbH kann durch einen unvorhergesehenen Unfall oder durch eine schwere Erkrankung für eine gewisse Zeit ausfallen und deshalb seine Aufgaben als Vertretungsorgan der Gesellschaft nicht mehr wahrnehmen. Nicht zuletzt hat uns COVID-19 auch deutlich gemacht, dass auch Geschäftsführer in jungen und mittleren Jahren so schwer erkranken können, dass sie die Erkrankung nicht überleben.

Während große Unternehmen in diesen Fällen durch entsprechende organisatorische Maßnahmen zumindest auf den ersten Blick vor nachteiligen Auswirkungen einer solchen privaten Lebenssituation abgesichert scheinen, sind es gerade die EPU's, die SME's und Start-Ups, bei denen es an Vorkehrungen fehlt. Das liegt oft daran, dass das Hauptaugenmerk in der Gründungsphase auf dem operativen Geschäft liegt. Deshalb trifft ein Ausfall des Geschäftsführers diese Unternehmen oft unverhältnismäßig hart.

Was ist also zu tun? Vieles lässt sich durch vorsorgende Regelungen abfedern.

1. Notgeschäftsführung

Hat die GmbH nur einen Geschäftsführer, und ist dieser nicht handlungsfähig, so kann seitens des Amtsgerichts ein Notgeschäftsführer bestellt werden. Zuständig ist das Registergericht am Sitz der GmbH. Das Gericht handelt jedoch nur auf Antrag eines Gesellschafters oder eines Gläubigers. Außerdem setzt die Bestellung eines Notgeschäftsführers voraus, dass ohne die Bestellung eines Notgeschäftsführers der Gesellschaft oder einem Beteiligten ein Schaden

entstehen würde oder eine unaufschiebbare Maßnahme erforderlich ist. Es handelt sich nach der Rechtsprechung um einen wesentlichen Eingriff in die Rechtsposition der Gesellschafter, der nur dann vorgenommen werden darf, wenn sich die Gesellschafter nicht durch eigene Maßnahmen selbst helfen können.

Diese Maßnahme erfordert außerdem einige Zeit, und vor allem die Besonnenheit eines Gläubigers oder Mitgesellschafters, den Antrag zu stellen. An dieser kann es aber gerade in dem Fall einer unvorhergesehenen schweren Erkrankung oder gar des Ablebens des Geschäftsführers fehlen. Bei EPU's liegen zudem die Geschäftsanteile an der Gesellschaft allein in der Hand des Geschäftsführers; demnach kann es schwierig sein, einen Antragsberechtigten zu finden.

Aus diesem Grund sollte der Geschäftsführer beizeiten dafür sorgen, dass eine Vertrauensperson, z.B. ein naher Angehöriger) einen kleinen Geschäftsanteil übernimmt und auf diese Weise die Antragsberechtigung erlangt. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, eine Vertrauensperson im Rahmen eines Mini-Jobs bei der Gesellschaft anzustellen; diese wird damit zugleich hinsichtlich des Arbeitslohns Gläubiger der Gesellschaft und damit zum Antrag berechtigt.

Im Fall des Ablebens des Geschäftsführers, der zugleich der einzige Gesellschafter war, können die Erben mangels formeller Legitimation durch die Gesellschafterliste, die im Handelsregister eingetragen sein muss (§ 16 GmbHG), keinen neuen Geschäftsführer bestellen. Auch in diesem Fall kann über das Gericht ein Notgeschäftsführer bestellt werden. Wie das OLG Köln bestätigt hat, gilt das auch in dem Fall, dass bei einer Mehrpersonen-GmbH nach dem Versterben



eines Gesellschafter-Geschäftsführers nicht direkt eine neue Gesellschafterliste hinterlegt wurde und später die übrigen Gesellschafter ebenfalls versterben (OLG Köln, 27.06.2019, AZ 18 Wx 11/19).

2. Bestellung eines Stellvertreters

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, als vorsorgliche Maßnahme einen stellvertretenden Geschäftsführer zu bestellen. Nach § 44 GmbHG gelten die für den Geschäftsführer geltenden Vorschriften auch für dessen Stellvertreter. Deshalb kann der Stellvertreter nach außen hin die Gesellschaft in der gleichen Weise vertreten, wie der Geschäftsführer selbst; eine Beschränkung der Vertretungsmacht auf den Verhinderungsfall wirkt nur im Innenverhältnis. Es kann aber im Einzelfall wegen des mit dem Amt des Geschäftsführers verbundenen Haftungsrisikos schwierig sein, eine Person zu finden, die bereit ist, diese Aufgabe zu übernehmen.

3. Vollmacht, Prokura, Vorsorgevollmacht

Viel einfacher ist die Erteilung von Vollmachten. Diese können zumindest vorläufig dazu beitragen, dass die laufenden Geschäfte erledigt werden können, bis eine endgültige

Lösung gefunden werden kann. Vollmachten enden nicht mit dem Ableben des Vollmachtgebers (§ 672 BGB); es sei denn, dies wäre ausdrücklich in der Vollmacht anders geregelt. Der Umfang der Vollmacht ergibt sich dabei aus dem Vollmachtsvertrag.

So kann der Geschäftsführer beispielsweise einem Vertrauten sogar Generalvollmacht erteilen und damit sicherstellen, dass alle Geschäfte weitergeführt werden können. Diese Generalvollmacht sollte notariell beurkundet sein, um sicher zu stellen, dass sie von anderen Stellen, wie z.B. Behörden und auch Banken anerkannt wird.

Eine andere Möglichkeit ist die Erteilung einer Prokura. Ihr Umfang ist gesetzlich genau festgelegt. Sie kann nur vom Inhaber oder Geschäftsführer der Gesellschaft erteilt werden und muss im Handelsregister angemeldet werden. Dadurch ist die Vertretungsbefugnis des Prokuristen offenkundig, was z.B. bei einseitigen Rechtsgeschäften, wie etwa dem Ausspruch einer Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, von Vorteil ist. Der Prokurist kann jedoch wegen der Beschränkung dieser Art der Vollmacht auf handelsrechtliche Angelegenheiten keine Geschäfte ausführen, die dem Inhaber vorbehalten bleiben, wie die Unterzeichnung der Bilanz; oder Maßnahmen, die den Be-

trieb zur Einstellung bringen, wie die Veräußerung des Geschäfts oder ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens.

Als besondere Form der Vollmacht kann zudem mit einer Vorsorgevollmacht nach §§ 1901c BGB iVm § 164 BGB auch für den Fall vorgesorgt werden, dass der Vollmachtgeber objektiv geschäftsunfähig ist. Sobald das zuständige Betreuungsgericht dies festgestellt hat, kann der Bevollmächtigte sämtliche in der Vollmacht aufgelisteten Angelegenheiten regeln und damit auch die Vorstellungen des Vollmachtgebers über Fortbestand, Führung und schlimmstenfalls auch Verkauf oder Liquidation der Gesellschaft umsetzen.

Sind mehrere Vollmachten erteilt, sollten diese gut aufeinander abgestimmt sein; etwa im Fall einer Vorsorgevollmacht und einer Prokura. Andernfalls kann es leicht passieren, dass die Bevollmächtigten miteinander in Streit geraten, was letztlich wieder zu Lasten der GmbH gehen würde.

Und was passiert, wenn der Bevollmächtigte über sein Ziel hinausschießt?

Im Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht haftet der Bevollmächtigte der Gesellschaft für den Schaden, den er verursacht hat.

4. Organisatorische Vorkehrungen

Die beste Vertretungsplanung nützt wenig, wenn wesentliche Informationen nur dem Geschäftsführer zugänglich sind. Konnte man sich mit einigem Zeitaufwand vor wenigen Jahren noch durch die vorhandenen Geschäftsunterlagen in Papierform wühlen und damit alle notwendigen Informationen rekonstruieren, so ist dies in Zeiten, in denen die Geschäfte zunehmend nur noch virtuell und online abgewickelt werden, nicht mehr möglich. Eine Bestellung, von der niemand weiß, kann aber auch nicht ausgeführt werden, eine Rechnung nicht rechtzeitig bezahlt werden!

Deshalb muss der Geschäftsführer sicherstellen, dass die erforderlichen Informationen auch übersichtlich zur Verfügung stehen. Dazu zählen Zugangsdaten zu Kunden- und Lieferanteninformationen oder E-Mail-Accounts ebenso wie die Zugangsdaten zu den Bankverbindungen. Gerade bei kleinen Unternehmen liegen diese Informationen oft nur auf dem persönlichen Laptop des Geschäftsführers. Dieser ist hoffentlich vor unbefugtem Zugriff geschützt oder aber im Fall eines Unfalls vielleicht sogar unwiederbringlich zerstört.

Aus diesem Grund sollten alle wesentlichen Informationen an einer Stelle gesammelt vorliegen und dem Vertreter auch zugänglich sein; idealerweise erhält dieser bereits vor dem Vertretungsfall eine entsprechende Notfallinformation. Darin sollten unter anderem folgende Dokumente zu finden sein:

- Gesellschaftsvertrag in der aktuellen Fassung
- wesentliche Beschlüsse der Generalversammlung
- Bestehende Vollmachten
- Bankvollmachten, Postvollmachten, Prokurabestellungen, ggf. Vorsorgevollmacht
- Wichtige Verträge für den Betrieb
- Darlehens- und Leasingverträge, Mietverträge für die Betriebsstätten, Lieferverträge, offene Aufträge
- Behördliche Genehmigungen für den Betrieb
- Versicherungsunterlagen
- Betriebshaftpflicht, KFZ-Haftpflichtversicherungen und ggf. Kaskoversicherung, wenn vorhanden Ansprechpartner des Versicherungsunternehmens
- Zugangsdaten zu den elektronischen Unternehmensdaten (Passwörter, Kundendaten, ggf. auch Token, ggf. in einem verschlossenen Kuvert)
- Ansprechpartner und Zugangsdaten des/der IT-Dienstleister/Provider

- ggf. Liste der wichtigsten Kunden, Lieferanten, Dienstleister
- Informationen zu Mitgliedschaften in Vereinen und Verbänden (Mitgliedsnummern etc).

Je nach Art des Unternehmens und der erbrachten Leistungen können weitere Informationen wesentlich sein. Der Geschäftsführer sollte sich regelmäßig und rechtzeitig Gedanken machen, welche Informationen für einen reibungslosen Ablauf notwendig sind und diese Notfallinformationen regelmäßig aktualisieren.

5. Private Vorsorgeregelungen

Auch wenn es nicht angenehm ist, sich mit diesem Gedanken auseinander zu setzen: Gerade wenn der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter seiner GmbH ist, kommt es nach dessen Ableben nicht selten zu erbitterten Streitigkeiten zwischen den möglichen Erben über die Anteile an der Gesellschaft. Das gilt gerade auch für Gesellschaften, die nach dem Musterprotokoll gegründet wurden und für die deshalb im Gesellschaftsvertrag keine Regelungen für den Fall des Ablebens des Gesellschafters getroffen sind. Es ist daher wichtig, schon zu Lebzeiten so vorzusorgen, dass ein möglichst un-

gestörter Betrieb des Unternehmens auch im Fall des Ablebens des Geschäftsführers sichergestellt wird und Erbschaftsstreitigkeiten weitestgehend vermieden werden.

Hier gibt es verschiedene Wege, und die vorausschauende Gestaltung des Gesellschaftsvertrages ist nur eine davon. Neben Überlegungen, welcher der möglichen Erben überhaupt fachlich und persönlich dazu in der Lage ist, das Unternehmen weiter zu führen, ist ein transparenter Umgang mit dieser Frage unverzichtbar, um Rivalitäten und damit Streit unter den Erben zum Nachteil der Gesellschaft zu vermeiden. Hier kann Mediation ein geeignetes Mittel sein, die Nachfolgeplanung gemeinsam zu gestalten und Missverständnisse zu vermeiden.

Es ist dem Geschäftsführer aber selbstverständlich unbenommen, durch einseitige Verfügung im Rahmen eines Testaments oder Vermächtnisses die Zukunft des eigenen Unternehmens zu sichern.

Fazit:

Der Geschäftsführer muss sich rechtzeitig Gedanken machen, welche Informationen für seine Vertretung erforderlich sind. Er muss seine Vertretung für den Fall der

unvorhergesehenen Verhinderung planen und den Fortgang der Geschäfte sicherstellen. Dazu kann er sich Vollmachten bedienen oder dafür sorgen, dass ein weiterer Geschäftsführer bestellt wird. Ist der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter, ist eine vorausschauende Nachfolgeplanung angeraten. ■



Der Geschäftsführer in der GmbH & Co. KG als Einheitsgesellschaft



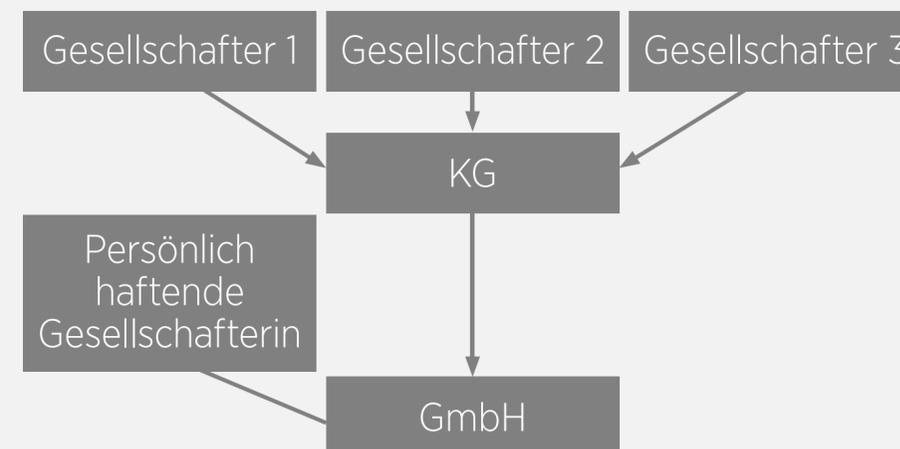
Dr. Otto Lüders,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Steuerrecht, Fachanwalt für
Handels- und Gesellschaftsrecht,
Notar a. D., Lüders Rechtsanwälte

Die GmbH & Co. KG ist, neben der GmbH, die am häufigsten im Mittelstand anzutreffende Rechtsform. Es handelt sich – rechtlich und steuerlich – bei der Kommanditgesellschaft um eine Personengesellschaft, deren persönlich haftende Gesellschafterin (Komplementärin) wiederum eine GmbH, das heißt eine Kapitalgesellschaft ist.

Die GmbH & Co. KG kann nur durch ihre Komplementärin, das heißt die GmbH, vertreten werden (§ 164 HGB). Die GmbH wiederum wird durch ihren/ihre Geschäftsführer/in vertreten.

Lässt man die Publikums-GmbH & Co. KG, häufig anzutreffen im Bereich der Immobilienfonds, außer Acht, ist es in dieser Gesellschaftsform nahezu ausnahmslos die Regel, dass die Kommanditisten der KG und die Gesellschafter der GmbH personenidentisch sind.¹

Eine Sonderform der GmbH & Co. KG ist die sogenannte Einheitsgesellschaft. In dieser Einheitsgesellschaft ist die Kommanditgesellschaft alleinige Gesellschafterin der persönlich haftenden Gesellschafterin:



Diese Einheitsgesellschaft hat eine Vielzahl von Vorteilen. Die Abtretung von Anteilen an einer Kommanditgesellschaft ist nicht notariell beurkundungsbedürftig, in diesem Fall „hängt“ die GmbH-Beteiligung unter der KG-Beteiligung und wird mitübertragen.

Ein Kommanditist, welcher gleichzeitig Gesellschafter der GmbH ist, hält diesen GmbH-Anteil im Sonderbetriebsvermögen. Er ist also verpflichtet, eine Sonderbilanz aufzustellen. Bei der Einheitsgesellschaft entfällt diese Verpflichtung, denn der GmbH-Anteil befindet sich im Gesamthandsvermögen der KG.²

Aber es gibt natürlich auch eine Anzahl von juristischen Fragen, gerade auf der Ebene der Geschäftsführung der persönlich haftenden Gesellschafterin, welche zu beantworten sind.

Wie kommen Gesellschafterversammlungsbeschlüsse in der Kommanditgesellschaft zustande?

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es von Gesetzes wegen eine Gesellschafterversammlung der Kommanditgesellschaft nicht gibt. Die Stellung der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft ist in § 166 HGB geregelt. Die Kommanditisten sind berechtigt, die abschriftliche Mitteilung des Jahresabschlusses zu verlangen und dessen Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Schriften zu prüfen. Darüber hinaus kann, auf Antrag eines Kommanditisten, das Gericht, wenn wichtige Gründe vorliegen, die Mitteilung einer Bilanz und eines Jahresabschlusses oder sonstige Aufklärung sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere der Gesellschaft anordnen.

¹ Vgl. Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 12. Auflage 2018, § 8, Rd. 2
² vgl. Binz/Sorg, a.a.O., § 8, Rd. 4

Die Regel ist allerdings, dass im Gesellschaftsvertrag einer Kommanditgesellschaft festgelegt ist, welche Mitspracherechte die Kommanditisten haben, welche sie dann in einer Gesellschafterversammlung ausüben.³

In einer GmbH stellt demgegenüber die Gesellschafterversammlung das höchste Organ dar. § 46 GmbHG bestimmt im Einzelnen den Aufgabenkreis der Gesellschafter, welcher durch eine Satzung der GmbH noch wesentlich erweitert werden kann.

Wenn nun die GmbH nur eine einzige Gesellschafterin hat, nämlich die Kommanditgesellschaft, welche wiederum durch die GmbH und diese durch den Geschäftsführer vertreten wird, stellt sich die Frage, wer als „Gesellschafterversammlung“ in der GmbH zu betrachten ist.⁴

Der Bundesgerichtshof⁵ und später das Kammergericht Berlin⁶ haben dazu, nach jahrelangen Unklarheiten, eine Entscheidung getroffen: Sofern der Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Regelungen enthält, wird bei der Einheitsgesellschaft die KG in der Gesellschafterversammlung ihrer Komplementär-GmbH allein durch deren Geschäftsführer vertreten.

Da die Gesellschafterversammlung dazu ist, die Geschäftsführung zu kontrollieren oder der Geschäftsführung Anweisungen zu geben, kontrolliert also der Geschäftsführer sich selbst bzw. gibt sich selbst Anweisungen.

Das kann so nicht sinnvoll sein und führt in der Praxis häufig zu Problemen.

In den Gesellschaftsverträgen der KG und der GmbH sollten deshalb Regelungen enthalten sein, wonach die Entscheidungsbefugnis bei den Kommanditisten liegt, welche wiederum den Geschäftsführer anweisen, in der Gesellschafterversammlung der GmbH in einer bestimmten Weise abzustimmen.

Vorschlag zur Formulierung:⁷

„Soweit Geschäftsanteile der Komplementärin sich im Eigentum der Kommanditgesellschaft befinden, übt die Kommanditgesellschaft ihre Gesellschafterrechte in der persönlich haftenden Gesellschafterin dergestalt aus, dass die Kommanditisten einen Beschluss fassen und dieser durch einen im Rahmen der Beschlussfassung zu bestimmenden Kommanditisten der Geschäftsführung der persönlich haftenden Gesellschafterin zur Umsetzung mitgeteilt wird.“

Entlastung des Geschäftsführers der persönlich haftenden Gesellschafterin

Hier ergeben sich bei der Einheits-GmbH & Co. KG keine Besonderheiten. Bei entsprechenden Regelungen im Gesellschaftsvertrag der GmbH (und der Kommanditgesellschaft) entscheiden die Kommanditisten über die Entlastung des Geschäftsführers der persönlich haftenden Gesellschafterin, indem sie hierüber abstimmen und dann den Geschäftsführer anweisen, sich selbst Entlastung zu erteilen.

In diesem Zusammenhang hat der BGH vor wenigen Monaten eine Entscheidung zu der Frage getroffen, ob eine Entlastung der persönlich haftenden Gesellschafterin (nicht deren Geschäftsführer) durch die Kommanditisten auch zugunsten des Geschäftsführers der persönlich haftenden Gesellschafterin als Entlastung wirkt.⁸ Dieses hat der BGH bejaht, die Entlastung der persönlich haftenden Gesellschafterin gilt auch als Entlastung des Geschäftsführers.

Ein Entlastungsbeschluss für die persönlich haftende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft ist jedoch eher die Ausnahme. Üblicherweise wird direkt über die Entlastung des Geschäftsführers der per-

sönlich haftenden Gesellschafterin abgestimmt, in der Regel im Zusammenhang mit der Fassung des Gewinnverwendungsbeschlusses in der Komplementärin.

Anspruch auf Auskunftserteilung (§ 51 a GmbHG)

Der Geschäftsführer einer GmbH ist verpflichtet, den Gesellschaftern auf deren Verlangen Auskünfte über die Gesellschaftsangelegenheiten zu erteilen und Einsicht in Bücher und Schriften zu gewähren. Ein solcher Anspruch steht dem Kommanditisten gegenüber dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH nicht zu.

Mangels besonderer Bezugnahmen auf die Vorschrift des § 51 a GmbHG gelten für den Kommanditisten nur die Rechte aus § 166 HGB. Damit bietet es sich an, gerade bei der Einheitsgesellschaft Regelungen in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen, wonach den Kommanditisten die gleichen Rechte zustehen wie einem GmbH-Gesellschafter.

³ Vgl. Liebscher in MüKo GmbHG, 3. Auflage 2019, § 48, Rd. 210-211 b; Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, Prinz/Kahle, 5. Auflage 2020, § 14, Rd. 33

⁴ Vgl. Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, a.a.O., § 14, Rd. 46

⁵ Vgl. BGH, NZG 2007, S. 751

⁶ Vgl. KG, NZG 2019, S. 180

⁷ Vgl. hierzu auch: Reichert GmbH & Co. KG, 8. Auflage 2021, § 61

⁸ Vgl. BGH in Beck RS 2020, 26486

Verbot der Ausübung des Stimmrechtes

Im GmbH-Recht ist anerkannt (§ 46 Nr. 4 GmbHG), dass ein Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung nicht stimmberechtigt ist, wenn, im weitesten Sinne, er von der Abstimmung persönlich betroffen ist („kein Richten in eigener Sache“).

Von besonderer Bedeutung kann dieses sein, wenn der Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin gleichzeitig Gesellschafter ist und er als Geschäftsführer aus wichtigem Grund abberufen werden soll.

Grundsätzlich steht dann dem Gesellschafter-Geschäftsführer kein Stimmrecht zu. Da er aber, wie oben aufgezeigt, alleiniger Vertreter der alleinigen Gesellschafterin der GmbH ist, stellt sich die Frage, wie dieses umsetzbar ist.

Dieses gilt im Übrigen auch für die Beschlussfassung über die Entlastung des Geschäftsführers der persönlich haftenden Gesellschafterin.

Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die Frage des Stimmverbotes bisher weitestgehend ungeklärt ist, sollte hierzu

eine Regelung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, um auch für den Geschäftsführer eine klare Handlungsanweisung zu haben:⁹

„Für einen Kommanditisten gelten die gesetzlichen Einschränkungen hinsichtlich der Ausübung seines Stimmrechtes gem. § 47 Abs. 4 GmbHG entsprechend. Er darf sein Stimmrecht nicht als solches und auch nicht für andere ausüben.“

Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers

Bei einem Fremdgeschäftsführer ist grundsätzlich davon auszugehen, dass dieser sozialversicherungspflichtig ist. Bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer entfällt diese Sozialversicherungspflicht, wenn er entscheidenden Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens nehmen kann, insbesondere auch, wenn er verhindern kann, dass er als Geschäftsführer abgesetzt wird. Dieses bedeutet, dass er/sie über eine Mehrheit der Stimmenrechte oder eine Sperrminorität verfügen muss.

Sinngemäß gilt dieses auch für die Einheits-GmbH & Co. KG. Der Geschäftsführer der GmbH, welcher gleichzeitig Kommanditist ist, muss durch seine Stellung in der Kom-

manditgesellschaft entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen können und insbesondere seine Absetzung als Geschäftsführer verhindern können.¹⁰ ■



⁹ Vgl. DNotI-Report 2010, 154

¹⁰ Vgl. SG Hannover, BeckRS 2018, 20991

„Shared Services“ – eine neue Chance



Wilfried Reiners, MBA,
Rechtsanwalt, Partner,
PRW Rechtsanwälte

Unter dem Begriff Shared Services wird (besser: wurde bisher) die Konsolidierung und Zentralisierung von Dienstleistungsprozessen einer Organisation verstanden. Dabei werden gleichartige Prozesse aus verschiedenen Bereichen eines Unternehmens, bzw. einer Organisation, zusammengefasst und von (einer) zentralen Stelle(n) oder Abteilung(en) erbracht¹. Die Begrifflichkeit hat sich geweitert. Ein Shared Service muss nicht mehr zwingend aus einer Organisation kommen. Ein Shared Service kann auch aus zwei Organisationen kommen.

Corona hat uns viel Leid gebracht. Das Virus hat Existenzen zerstört. Es hat uns aber auch gezeigt, dass wir Menschen, wenn es drauf ankommt, uns mit neuen Ideen befassen und existierende Modelle ausweiten oder anpassen.

Natürlich gab es den Pizza Lieferdienst auch schon vor Corona. Aber was ist daraus geworden? Ein zumindest längerfristig verändertes Konsumverhalten in der Gastronomie. Wir waren gewohnt, dass wir die Lokale aufsuchten. Dann wurde die Gastronomie geschlossen. Die Idee ist alt: „Wenn der Prophet nicht zum Berg kommt, kommt der Berg zum Propheten“. Das Kochen hat der Gastwirt durch die Schließung nicht verlernt. Um seinen Berg zum Propheten zu bekommen, braucht er einen anderen Dienstleister, den Logistiker mit den starken Waden, der den Berg zum Kunden verlagert. Gemeinsam können sie eine Dienstleistung anbieten, die der Nutzer (Esser) gerne annimmt. Home Delivery ist einer der Gewinner in dieser Zeit. Wir werden hier noch Vieles lernen dürfen, z. B. wer „haftet“, wenn das geplant warme Essen kalt oder viel zu spät beim Kunden ankommt? Die bekannten Lieferdienste schreiben in ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), dass der Vertrag über das bestellte

Essen auf ihrer Plattform direkt zwischen den Kunden und dem Restaurant zustande kommt und dass der Lieferdienst nur die Lieferung schuldet. Aber wie sieht es aus, wenn die Waden schon etwas müde waren? Die Rechtsprechung war noch nie die Pfeilspitze der Innovation. Sie wird uns schon den Weg weisen.

In Zeiten der Pandemie sind die Arbeitgeber aufgefordert, dort wo immer möglich, eine Home Office Regelung für die Mitarbeiter anzubieten. Viele waren darauf nicht vorbereitet. Im Kern aber gab es sowohl aus Sicht der Unternehmensleitung als auch aus Sicht der Mitarbeiter zwei Aufgaben zu bewältigen. Das technische Equipment im Home Office musste einerseits so ausgestattet sein, dass Datensicherheit und Datenschutz gewahrt sind und andererseits auch die arbeitsrechtlichen Themen durch eine Home Office Nutzungsrichtlinie abgedeckt sind. Wäre es hier aus der Sicht der Unternehmen nicht wünschenswert gewesen, alles (also Technologie und passende Nutzungsrichtlinie) aus einer Hand zu bekommen? Dazu wäre aber Voraussetzung gewesen, dass sich der technologische Ansprechpartner mit einem Anwalt oder dass sich die rechtlichen Berater mit Technologiepartnern abgestimmt hätten. Ein herausfordernder Ansatz, da der Technologiepartner keine juristische Leistung „verkaufen“ darf und er damit gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz verstoßen könnte und der Anwalt keine Technologie verkaufen darf, weil er damit gewerbesteuerpflichtig werden könnte. Zudem kann es notwendig sein, dass das Unternehmen die Zusammenarbeit genehmigen muss. Diese rechtlichen Ecken und Kanten ändern aber doch nichts an der Tatsache, dass hier eine technisch, rechtlich abgestimmte Vorgehensweise eine Erleichterung für die Home Office anbietenden Unternehmen hätte sein können.

¹ https://de.wikipedia.org/wiki/Shared_Services#:~:text=Unter%20dem%20Begriff%20Shared%20Services,verschiedenen%20Bereichen%20eines%20Unternehmens%20bzw

Shared Services werden auch nach Corona neue Chancen bedeuten. Denken wir an die gemeinsame Forschung. Ein europäisches Unternehmen möchte gemeinsam mit einem US-Unternehmen im Bereich der Pharmaforschung zusammenarbeiten. Für die Zusammenarbeit wählen die beteiligten Unternehmen eine Plattform des in Redmont ansässigen Herstellers. Ihnen ist wichtig, dass ihnen ihre Geschäftsgeheimnisse nicht abhandenkommen, die Datenschutzvorschriften ihrer Länder und die Healthcare/Pharma Compliance Vorschriften eingehalten werden. Dies wird nur möglich sein, wenn die juristischen und Compliance Erfordernisse evaluiert und für den Technologiepartner aufbereitet werden, der sie dann technologisch umsetzt. Im Nachgang sollten die Parteien prüfen, ob die Umsetzung technologisch gelungen ist und/oder ob es Restrisiken gibt, die beachtet werden müssen. Aber auch das ist noch ein längerer Weg.

Wenn Deutschland den Anschluss bei der Digitalisierung nicht verlieren möchte, muss es den Weg freimachen für neue interdisziplinäre Geschäftsmodelle. Welche Schwierigkeiten darin bis heute bestehen, wenn Anwälte mit sogenannten Berufsfremden zusammenarbeiten möchten, hat

Herr Kollege Rechtsanwalt Dr. Wieland Horn, in Fakten und Erfahrungen zur interprofessionellen Berufsausübung² exzellent beschrieben. In der sog. Horn-Entscheidung geht es nicht um eine gemeinsame Berufsausübung in dem Sinne, dass zugleich und in denselben Räumen eine Kanzlei, eine Arztpraxis und eine Apotheke betrieben würden. Der partnerschaftliche Zusammenschluss dient „nur“ der Einbindung berufsfremden Fachwissens und berufsfremder Kompetenz in die anwaltliche Tätigkeit als spezialisierter Berater für Ärzte und Apotheker.

Zusammenfassend: Die interdisziplinäre Zusammenarbeit oder die Einbindung berufsfremden Fachwissens in das eigene Leistungsbild sind Aufgabenstellungen, die bereits gestellt sind, mit denen sich Deutschland in der Umsetzung aber noch schwertut. Mehr Mut. ■



Projektgeschäft: Einführung eines konzernweiten Projekt-Dashboards – Risiken frühzeitig erkennen, handlungsfähig bleiben und aktiv gegensteuern



Dr. Henning Syllwasschy,
Partner, Andersch AG



Mandus Witt, LL.M.,
Manager, Andersch AG

I. Ausgangssituation

Im Projektgeschäft besteht die Herausforderung in der Unternehmenssteuerung regelmäßig darin, die aufgrund der Vielzahl individueller Projekte immanente Komplexität zu beherrschen, spezifische Risiken zu erkennen und die richtigen Maßnahmen frühzeitig einzuleiten. Die Steuerung der Liquiditätsflüsse auf Projektebene und ein professionalisiertes Claim-Management nehmen dabei eine zentrale Rolle ein.

In der Praxis lässt sich regelmäßig beobachten, dass in den Unternehmen zur fundierten Entscheidungsunterstützung häufig nur eine ineffektive Infrastruktur bereitsteht. Das bedeutet im Einzelnen:

- Verwendete Daten speisen sich aus inhomogenen Datenquellen (u.a. aufgrund anorganischen Wachstums und manueller Datenerhebung), sind dadurch häufig inkonsistent, nicht auf dem aktuellen Stand (keine automatisierte „Echtzeit-Synchronisation“) und erlauben keine konsolidierte Portfoliosicht.
- Strukturen interner Reporting-Prozesse weisen Defizite auf (u.a. Redundanzen von Reportings, Meetings und fehlende Kommunikation zwischen einzelnen Fachbereichen).
- Vorhandene Instrumente sind ungeeignet, bieten nicht die notwendigen Funktionalitäten (u.a. individuelle Auswertung nach unterschiedlichen Dimensionen, intelligente Priorisierung und „Drilldown“), verfügen über eine unzureichende Bedienbarkeit oder sind nicht vollständig implementiert (u.a. Schulung der Nutzer).



Herausforderungen in der Unternehmensführung

Symptome dieser Ausgangslage spiegeln sich im Unternehmen in der Regel in fehlender Verantwortungsübernahme der Mitarbeiter und Fachabteilungen, ausgeprägtem „Silodenken“ und Überlastung bzw. Überforderung der Mitarbeiter wider. Diese Fehlstände führen zu Unglaubwürdigkeit vorhandener Analysen und Reportings, somit zur Intransparenz über die aktuelle Projektsituation und einer erhöhten Reaktionszeit des Projektleiters. Durch mangelnde Transparenz wird die Liquiditätsentwicklung des einzelnen Projekts nur reaktiv betrachtet, Avalinanspruchnahmen werden nicht effizient gesteuert und der Zeitrahmen, um den Claims der Kunden zu begegnen, verkürzt sich deutlich.

In dieser Situation hat sich ein iterativer Ansatz bewährt, der mit wenigen Schritten auskommt, um die Geschäftsführung, das Controlling und den Projektleiter wieder in eine handlungsfähige, aktive Rolle zu versetzen und die Organisation gleichzeitig nicht zu überfordern.

Ein funktionierendes Entscheidungsunterstützungssystem (EUS) wird im Unternehmen dann erfolgreich implementiert, wenn einerseits technisch eine verlässliche, bedienbare Infrastruktur aufgebaut wurde und andererseits die internen Prozesse überdacht und Verantwortlichkeiten klar zugewiesen wurden.

II. Aufbau der technischen Infrastruktur

Beim Aufbau eines EUS sollten im Hinblick auf die Entwicklung einer technischen Infrastruktur die individuellen, auch vom Geschäftsmodell abhängigen Erfordernisse des Unternehmens betrachtet werden, um die Entscheider optimal zu unterstützen. Unter der Abwägung von Kosten und Nutzen sind vorhandene, unternehmensspezifische Infrastrukturen und Datenquellen zu berücksichtigen. Die Entwicklung der technischen Infrastruktur gliedert sich dabei in zwei systemische Ebenen, die zum Teil parallel entwickelt werden können.

Backend

Hier erfolgt die zentrale, strukturierte Datenablage, der aus einzelnen Fachbereichen zugeliferten, individuellen und nicht aggregierten Datenquellen. Zunächst bleibt der Prozess der Rohdatenerhebung damit erhalten und die Mitarbeiter sind optimal eingebunden. Zudem können als Datenquelle neben dem ERP-System (Enterprise Resource Planning) und manuell erhobenen Datenquellen (wie bspw. Microsoft Excel) auch externe Datenquellen (bspw. Aktienkurse, Wetterdaten, Wechselkurse) erhoben werden. Mittels des ETL-Prozesses (Extract, Transform, Load) werden die inhomogenen Datenquellen in einer

Datenbank zusammengeführt (sog. „Single Point of Truth“). Die Synchronisation der Daten erfolgt automatisiert und der Detailgrad der Daten bleibt dabei erhalten. Um eine Zeitreihenanalyse zu ermöglichen, werden die Daten historisiert und mit Zeitstempeln versehen.

Frontend

Für das Frontend bieten sich unterschiedliche Business Intelligence-Tools (u.a. Tableau, Power BI) an, die dem Nutzer einen Zugriff auf verschiedene Visualisierungen bieten, verbunden mit der Möglichkeit, individuelle Analysen durchzuführen. Mit dieser Self-Service BI-Lösung erhält der Projektleiter auch vor Ort auf der Baustelle einen „live“-Zugriff (bspw. per Tablet oder Smartphone) auf alle relevanten Projektdaten.



Datenfluss

In beiden Ebenen hat sich die Methodik des „Rapid Prototyping“ bewährt. Hierbei wird auf eine umfangreiche Konzeptionsphase verzichtet, um frühzeitig mit der Entwicklung des Produkts zu beginnen.

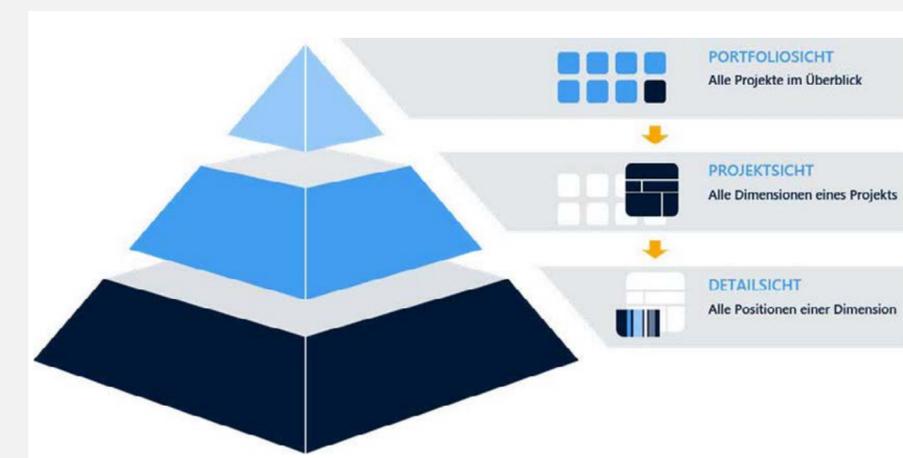
Die frühe und regelmäßige Einbindung relevanter Mitarbeiter und zukünftiger Nutzer – unabhängig von der Hierarchie und über alle Fachbereiche – stellt sicher, dass frühzeitig Optimierungspotentiale identifiziert und Prioritäten richtig gesetzt werden. Die direkte Einbindung in den Entwicklungsprozess erhöht die Akzeptanz der erarbeiteten Lösung in der Belegschaft. In gemeinsamen Jour-Fixes (bspw. zweiwöchentlich) werden die Entwicklungsschritte in digitalen Kanban-Tafeln im Teilnehmerkreis zwischen Nutzern und Entwicklern diskutiert. Der Arbeitsstand des Prototyps wird für die zukünftigen Nutzer früh greif- und anwendbar, zudem können Vorschläge laufend eingebracht und berücksichtigt werden. Gemeinsam werden in diesen Terminen abschließend die Ziele für den nächsten Release definiert und priorisiert. Bewusst wird zu Beginn der Entwicklungsphase auf die vollständige Abbildung aller Projekte (Tiefe der Datenbasis) und eine umfassende Integration aller Themenbereiche (Breite der Datenbasis) verzichtet. Durch diese zyklische Arbeitsweise können Entwicklungsschritte mit suboptimaler Zielsetzung frühzeitig korrigiert werden (das Risiko, dass die Implementierung scheitert, wird drastisch reduziert).

Im Sinne eines „Minimal Viable Product“-Ansatzes werden iterativ Funktionalitäten ergänzt, Visualisierungen optimiert und zusätzliche Datenquellen schrittweise angebunden. Der Nutzerkreis wird anfangs auf „Key User“ begrenzt und schrittweise erweitert. Dadurch werden die Anforderungen der künftigen User kontinuierlich in das Produkt eingebaut. Zudem kann bereits nach kurzer Entwicklungsdauer ein Produkt mit einigen Funktionalitäten präsentiert werden. Ein „Abschalten“ der etablierten Prozesse ist nicht notwendig. Der Übergang zur neuen Lösung erfolgt fließend.

Zur optimalen Entscheidungsunterstützung bieten sich in der Gestaltung des Frontends adressatengerechte Varianten an. Dadurch wird die Geschäftsführung bspw. in die Lage versetzt, sich kurz-

fristig einen Überblick über das Projektportfolio zu verschaffen und kritische Projekte zu identifizieren. Der Projektleiter erhält dagegen ausschließlich Zugriff auf die von ihm gesteuerten Projekte und kann detaillierte Analysen durchführen.

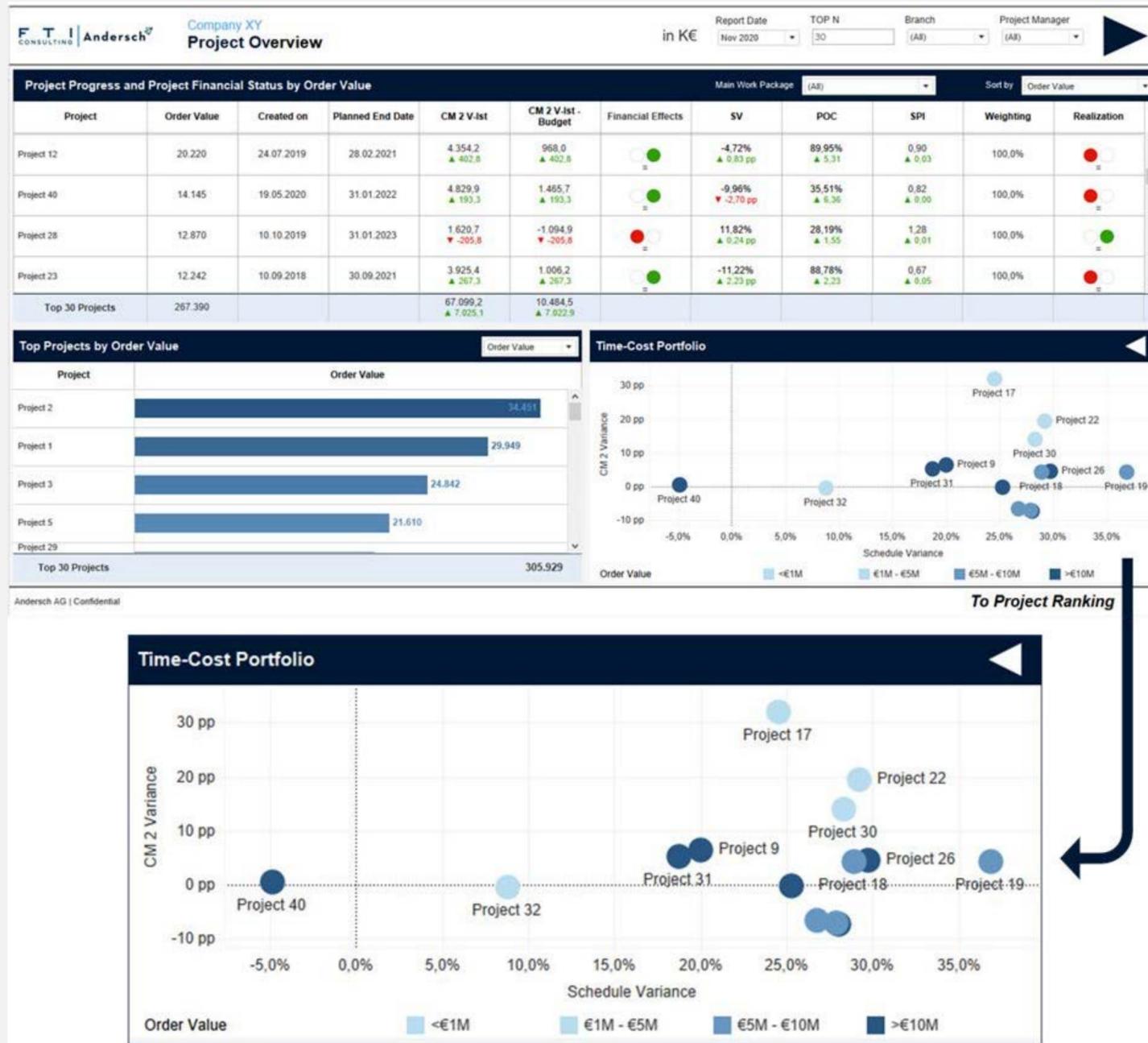
Der visuelle Aufbau im Frontend erfolgt pyramidal und besteht aus drei Ebenen: Portfoliosicht, Einzelprojektsicht sowie Detailansichten je Thema und Projekt.



Pyramidaler Aufbau des Projekt-Dashboards

Die Portfoliosicht bietet eine übergeordnete und konsolidierte Betrachtung über alle Projekte und ggf. Einzelgesellschaften hinweg. In verschiedenen Visualisierungen werden die Projekte durch Vergleiche und Rankings basierend auf auswählbaren Parametern zueinander in Beziehung gesetzt. Von der Portfoliosicht ausgehend kann ein relevantes Projekt ausgewählt werden, um auf die projektspezifische Übersicht zu gelangen. Auf dieser Übersicht werden in verschiedenen Kacheln vordefinierte Themengebiete zu dem ausgewählten Projekt aufgezeigt, z.B. Projektstammdaten, die Ertrags- und Liquiditätsentwicklung oder die Fertigungsplanung.

Erkennt der Nutzer in dieser Übersicht Problemfelder in den je-



Portfoliosicht des Projekt-Dashboards

weiligen Themenkacheln, so kann von hieraus in eine themenspezifische Detail-sicht gewechselt werden, welche tiefergreifende Analysen ermöglicht. Dieser Aufbau bietet somit die Möglichkeit des Drilldowns von der übergeordneten Portfoliosicht bis auf die Detailsbene einzelner Projekte.

Inhaltlich liegen die Informationen bereits teilweise im Unternehmen vor. Der Mehrwert eines Tools erscheint im Verhältnis zu den Kosten zunächst begrenzt. Der Vorteil liegt hier klar auf der automatisierten Bereitstellung eines Single Point of Truth, der für alle Adressaten als zentrale Anlaufstelle im Unternehmen gilt. Unterschiedliche Hierarchieebenen werden so in die Lage versetzt, auf Grundlage derselben Datenbasis zu diskutieren und Entscheidungen zu treffen.

III. Reorganisation interner Prozesse und Verantwortlichkeiten

Neben der Schaffung technischer Voraussetzungen ist in jedem Fall – das zeigt die Praxis – die interne Organisation auf Optimierungspotentiale zu untersuchen. Fehlt die Synchronisation der internen Prozesse mit der technischen Infrastruktur, sinkt die Akzeptanz des neuen Tools und gewohnte

Routinen werden beibehalten.

Durch die schrittweise Umstellung der internen Prozesse im Rahmen der Entwicklung des Tools wird den Mitarbeitern kurzfristig der Nutzen der neuen Lösung sichtbar gemacht. Das schafft Vertrauen. Wesentliche Meilensteine betreffen:

- die klare und eindeutige Zuweisung von Verantwortlichkeiten zu einzelnen Datenpaketen bzw. Prozessen
- den Abbau redundanter Reportings (u.a. durch fachbereichs- und konzernübergreifende Katalogisierung vorhandener Berichte)
- die Etablierung einer „Fehlerkultur“ (u.a. das Ableiten von Lessons Learned und die fachbereichs- und konzernübergreifende Dokumentation von Fehlerquellen)
- die Definition von Routinen eines Eskalationsmanagements
- das regelmäßige Nachhalten von nächsten Schritten und dem Maßnahmenfortschritt auf Projektebene
- die Incentivierung des fachbereichsübergreifenden Projektteams bei Projekterfolgen



Change-Management

Die oben genannten Punkte bilden den Rahmen für einen Change-Management-Prozess, um die internen Prozesse neu zu gestalten. Dabei durchlaufen die Beteiligten in der Regel oben genannte Schritte (siehe Schaubild).

IV. Zusammenfassung

Im Ergebnis zeigt sich, dass auf Grundlage eines Projekt-Dashboards, das als Single Point of Truth fungiert, eine zielgerichtete und adressatengerechte Kommunikation im Unternehmen erreicht wird. Projektleiter, Finanzer und Geschäftsführung können strukturierte und fundierte Entscheidungen treffen. Den Adressaten steht ein zuverlässiges Tool zur Verfügung, das entsprechend ihrer Informationsbedürfnisse entwickelt wurde und bekannte Datenquellen inte-

griert. Der pyramidale Aufbau des Tools verhindert die Überlastung der Adressaten durch vielschichtige Informationen. Der integrative Entwicklungsansatz bindet die Mitarbeiter ein und erhöht die Motivation. Barrieren zwischen Fachabteilungen werden durch die klare Abgrenzung von Verantwortlichkeiten abgebaut und der Fortschritt von Maßnahmen ist nachvollziehbar und kontrollierbar. Redundante Tätigkeiten können im Unternehmen abgebaut werden und Meetings werden vorbereitet und strukturiert geführt.

Die Geschäftsführung wird nun optimal unterstützt, kann Risiken im Projektportfolio frühzeitig erkennen und das Unternehmen aktiv steuern. ■

Erfolgreiches IT-Projektmanagement und ihre Fallstricke



Tim Iglauer,
Geschäftsführer,
SpediHub GmbH

Der Alltag auf der Geschäftsleitungsebene ist immer wieder von neuen Herausforderungen geprägt. Ein Termin jagt den nächsten. Hier muss ein Meeting zwischengeschoben werden und dann muss man nochmal schnell ein offenes Ohr für einen Mitarbeiter haben. Ach, und irgendwie muss man sich dann auch noch etwas Zeit freischaufeln, um sich Gedanken zu dem anstehenden Digitalisierungsprojekt machen zu können. Dass der ein oder andere Bereich dann auf der Strecke bleibt, erklärt sich von selbst.

Daher hat es viele Vorteile, bei komplexen Projekten schon frühzeitig geeignete Mitarbeiter mit ins Boot zu holen und ihnen eine Stück Verantwortung zu übertragen. Gerade, wenn man es gewohnt ist, immer die Zügel in der Hand zu halten, fällt es erstmal nicht leicht, das Steuer abzugeben. Haben Sie jedoch den ersten Schritt getan, verschaffen Sie sich eine Menge Freiräume für die Aufgaben, bei denen Sie tatsächlich persönlich gefragt sind.

Fördern Sie ambitionierte Mitarbeiter!

Indem Sie die Projektleitung an einen ambitionierten Mitarbeiter übertragen und ihnen Freiräume und Möglichkeiten bei der Projektgestaltung einräumen, lösen Sie hierdurch oft einen echten Motivations Schub aus. So kann eine unbezahlbare Projektdynamik entstehen, die nicht mal durch einen monetären Bonus erwirkt werden könnte. Besser ist es also, den Mitarbeitern in Aussicht zu stellen, dass bei einem erfolgreichen Projektabschluss ein weiterer spannender Aufgabenbereich auf sie wartet.

Der ein oder andere Mitarbeiter wird hierbei vielleicht Bedenken haben, dass er der Aufgabe nicht gewachsen ist, doch manchmal braucht es einfach etwas Mut, um in das kalte Wasser zu springen. Seien Sie sich dessen bewusst, dass oft tatsächlich nicht von Anfang an alles reibungslos klappen wird – das ist normal und Fehler sind sogar notwendig, um zu lernen und um langfristig das Beste aus Ihrem Team herauszuholen. Doch solange Sie Ihren Mitarbeitern nicht Schritt für Schritt mehr Verantwortung übertragen, werden Sie auch nicht die Fähigkeiten wecken, die zurzeit noch in Ihren Mitarbeitern schlummern.

Vision

Bevor ein Projekt richtig starten kann, ist ein entscheidender Schritt notwendig: Alle Beteiligten Ihres IT-Projektes müssen eine klare Vision vor Augen haben, was sich durch das Projekt genau verbessern wird. Denn nur, wenn sich Ihre Mitarbeiter darüber im Klaren sind, was ihnen das Projekt bringt, können eine intrinsische Motivation entstehen und die richtigen Entscheidungen getroffen werden. Nehmen Sie sich daher ausreichend Zeit für die Entwicklung eines klaren Zielbildes und um herauszufinden, welche Auswirkungen die Umsetzung auf Ihr tägliches Geschäft haben wird. Erst, wenn Sie und Ihr Team sich Ihrer Vision bewusst sind, sollten Sie in einem Workshop konkret überlegen, welche genauen Anforderungen an die IT-Lösung gestellt werden.



Nutzen Sie das Expertenwissen Ihrer Key-User

Gerade bei der Auswahl einer Software ist es entscheidend, die Key-User zu involvieren. Denn letztlich sollten Sie eine Software aufgrund der richtigen Features auswählen – nicht etwa bloß wegen des professionell wirkenden Designs. Beziehen Sie die Key-User schon beim Erarbeiten der Vision mit ein. Räumen Sie Ihren Mitarbeitern hierzu ausreichend Zeit ein – das wird sich hinterher doppelt und dreifach auszahlen. Welche Funktionen in welchem Umfang benötigt werden, können Sie zunächst in einer Demo-Version prüfen.

Damit Ihr Team die neue Software letztlich akzeptiert, ist es wichtig, dass Sie Ihre Mitarbeiter schon beim Projekt-Kickoff einbeziehen und ihnen die Möglichkeit einräumen, den Entwicklungs- bzw. Customizing-Prozess mitzuverfolgen und sogar ein Stück weit zu beeinflussen.

Das große Ganze & kleine Aufgabenpakete

Damit Sie Ihre projektverantwortlichen Mitarbeiter neben dem Tagesgeschäft nicht überfordern, empfehle ich Ihnen, das Digitalisierungsprojekt in kleine Aufgabenpakete

zu zerteilen. Das hat den Vorteil, dass der Tätigkeitsumfang für jeden einzelnen Mitarbeiter sinkt und überschaubarer wird. Jedoch bringt dies gleichzeitig das Risiko mit sich, dass Abhängigkeiten nicht sofort auffallen.

Achten Sie in kurzen regelmäßigen Info-Runden darauf, dass sich im gesamten Projektteam der Blick auf das große Ganze entwickeln kann. Damit auch die Mitarbeiter, die in dem Projekt nur weniger involviert sind, die neue Software letztlich ebenso gerne nutzen, sollten Sie diese über das Intranet regelmäßig über den Projektfortschritt und die geplante Vision auf dem Laufenden halten.

Geben Sie Querulanten keine Chance

Vermeiden Sie zu häufige und zu lange Projektbesprechungen. Hierdurch verlieren Sie nämlich nicht nur wertvolle Zeit, sondern bremsen außerdem den Projekterfolg aus. Denn bekanntlich können aus jeder kleinen Herausforderung scheinbar unüberwindbare Hindernisse kreierte werden, die dann in Meetings bis ins kleinste Detail ausdiskutiert werden. Hilfreich ist das nicht.

Es gibt auch Querulanten, die es schaffen, die ganze Mannschaft derart zu sabotieren, dass der kleinste Fortschritt sofort im Keim erstickt wird. Sprechen Sie die Situation in einem solchen Fall direkt an und schieben Sie die Konfrontation nicht auf die lange Bank. Gegebenenfalls wird der Betroffene sogar erleichtert und dankbar sein, wenn eine andere Person für ihn einspringt.

Überprüfen Sie Ihre Unternehmenskultur

Das ist gleich ein Grund mehr, wieso Sie eine Unternehmenskultur entwickeln sollten, in der auch Fehler gemacht werden dürfen.

Es ist deutlich besser, im Fall der Fälle letztlich ein einzelnes Teilprojekt in eine andere Richtung zu lenken oder sogar zu canceln, anstatt erst zu spät zu erkennen, dass die neuen Softwarefunktionen theoretisch zwar zukunftsorientiert sind, jedoch praktisch nicht umgesetzt werden können. Da sich eine Unternehmenskultur nicht von alleine zum Positiven hin entwickelt, holen Sie sich frühzeitig einen Expertenrat ein – auch dies wird sich langfristig doppelt auszahlen.

Klassisches Projektmanagement mit agilen Methoden

Schulen Sie Ihre Mitarbeiter nicht nur in den klassischen Projektmanagement-Methoden, sondern auch im agilen Denken.

Es gibt durchaus Projekte, die in klassischer Weise, stringent im Wasserfallmodell, erfolgreich umgesetzt werden können. Tatsächlich ist es oft auch hilfreich, sich an einer Struktur entlang zu hangeln. So können Ihre Mitarbeiter beispielsweise innerhalb kürzester Zeit Checklisten abarbeiten und die Prozesse in Ihrem Unternehmen auf eine DSGVO-konforme Umsetzung überprüfen.

Im Speditionsgewerbe sind die Abläufe in einigen Bereichen sehr ähnlich, sodass Sie hier Schablonen anwenden können. Die vielen individuellen Kundenvereinbarungen erschweren jedoch eine vollständige Standardisierung der Prozesse, was wiederum für eine agile Vorgehensweise spricht. Hierdurch ist es möglich, dass Sie sich selbst in einem laufenden Projekt an neue, sich wandelnde Gegebenheiten anpassen.

Agile Projekte zeichnen sich durch unbürokratische Projektmanagementstrukturen und klare Verantwortlichkeiten aus. Folienschichten werden reduziert und die Einforderung von Verbindlichkeit sorgt für eine beschleunigte Umsetzung.

Lange Besprechungen sind die Ausnahme und es wird besonderer Wert auf schnelle Projektergebnisse gelegt.

Letztendlich sind es Ihre Mitarbeiter, die Ihr Digitalisierungsprojekt erfolgreich umsetzen – vorausgesetzt die richtige Einstellung und Motivation sind vorhanden.

Wählen Sie den richtigen Zeitpunkt, um Ihre Pläne in die richtige Richtung zu lenken!

Wenn ein Projekt ins Stocken geraten ist, bedarf es etwas Feingefühl, um herauszufinden, woran es liegt. Druck erzeugt meistens Gegendruck und führt nur bedingt zu guten Ergebnissen.

Die Gründe, warum es in einem Projekt nicht voran geht, können sehr vielzeitig sein. Manchmal haben die Beteiligten das Ziel aus den Augen verloren, manchmal gibt es Un-

stimmigkeiten zwischen den Abteilungen und manchmal sind die Mitarbeiter einfach nur überlastet. Das Wichtigste ist es, der Sache auf den Grund zu gehen.

Manchmal kann ein einzelnes Zwischenziel nicht erreicht werden, wodurch das ganze Projekt ins Stocken geraten kann. Unter Umständen kann es dann Sinn machen, das Zwischenziel anzupassen oder auf eine alternative Umsetzungsmöglichkeit auszuweichen. Lieber hat man letztlich schließlich eine 85%ige Lösung als dass man ein totgesagtes Projekt vor sich herschiebt.

Es wäre nicht das erste Mal, dass im Laufe des Projektes deutlich bessere Lösungsansätze zum Vorschein kommen als anfangs geplant. ■



EU-Hinweisgeberrichtlinie – Chancen für Ihr Unternehmen



Bernd Peter,
Geschäftsführer,
BANSBACH ECONUM
Unternehmensberatung GmbH



Michael Kuhnle,
Prokurist,
BANSBACH ECONUM
Unternehmensberatung GmbH

Spektakuläre Fälle von Wirtschaftskriminalität, sei es die Insolvenz von Wirecard oder der „Diesel-Skandal“, werfen auch immer die Frage auf, warum solche Manipulationen und Gesetzesverstöße in Unternehmen nicht früher entdeckt werden. Wirtschaftliche Schäden für Unternehmen, Investoren und andere Stakeholder hätten verhindert werden können, wenn frühzeitig Hinweise auf solche Missstände gemeldet worden wären und wenn diesen Hinweisen konsequent nachgegangen worden wäre.

Vor allem große Unternehmen etablieren schon seit vielen Jahren als Teil ihres Compliance Management Systems Kommunikationskanäle in unterschiedlichen Formen (z.B. als Ombudsmannsystem oder als telefonische Hotline), um es Hinweisgebern zu ermöglichen, sich mit Informationen vertraulich an vom Unternehmen interne oder externe Beauftragte zu wenden.

Trotzdem werden solche Hinweisgebersysteme noch zu wenig genutzt. Dies liegt v.a. daran, dass die Hinweisgeber der vertraulichen Behandlung ihrer z.T. sehr brisanten Informationen und der Sicherstellung der eigenen Anonymität nicht vertrauen. Nicht zuletzt hat sich immer wieder gezeigt, dass Hinweisgeber mit Repressalien seitens des Unternehmens rechnen müssen: Mitarbeiter, die kriminelle Praktiken melden, werden entlassen; Verträge mit Lieferanten, die zweifelhaftes Verhalten von Einkäufern nicht tolerieren, werden nicht verlängert usw.

Diesen Gedanken hat die EU bereits 2019 aufgegriffen und mit der Hinweisgeberrichtlinie einen Union-weiten Standard zum Schutz von

Hinweisgebenden geschaffen. Ende dieses Jahres endet die Übergangsfrist: Bis zum 17. Dezember 2021 haben Unternehmen Zeit, ein Hinweisgebersystem einzurichten, welches zum einen die Identität der Hinweisgebenden schützt und zum anderen Repressalien gegen den Meldenden ausdrücklich untersagt.

In diesem Beitrag wird gezeigt, was auf Unternehmen zukommt und wie Sie darauf reagieren sollten.

Hintergrund der EU-Hinweisgeberrichtlinie

Mit der EU-Hinweisgeberrichtlinie werden gemeinsame Mindeststandards für den Schutz von Personen festgelegt, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden. Ziel der Richtlinie ist es, sichere Wege für das Melden von Gesetzesverstößen (z.B. öffentliche Auftragsvergabe, Geldwäsche, Umweltschutz, Datenschutz etc.) zu eröffnen. Das deutsche Hinweisgeberschutzgesetz als Umsetzung dieser Richtlinie in nationales Recht liegt momentan nur im Entwurf vor, wird voraussichtlich aber noch einen Schritt weiter gehen: Anders als die EU-Richtlinie sollen Hinweisgeber nicht nur geschützt werden, wenn Verstöße gegen EU-Recht, sondern auch dann, wenn Verstöße gegen deutsches Recht gemeldet werden. Bis zur finalen Umsetzung in nationales Recht bleibt es abzuwarten, welche Verstöße explizit unter das nationale Gesetz fallen.

Die Mitgliedstaaten müssen dafür Sorge tragen, dass die Hinweisgeber (Mitarbeiter, Kunden, Lieferanten und sonstige Dritte) keine Repressalien erleiden. Insbesondere zählen darunter Suspendierung, Kündigung oder vergleichbare Maßnahmen.



Von der Richtlinie sind folgende Organisationen betroffen:

- Unternehmen mit 50 oder mehr Mitarbeitern,
- Gemeinden ab 10.000 Einwohnern und
- Finanzdienstleistungsunternehmen unabhängig von der Mitarbeiteranzahl

Für Unternehmen, deren Mitarbeiterzahl zwischen 50 und 249 beträgt, gilt eine Übergangsfrist: Diese müssen bis spätestens 17. Dezember 2023 ein adäquates Hinweisgebersystem einrichten.

Anforderungen an Ihr Unternehmen

Gemäß der Richtlinie ist ein dreistufiges Meldesystem vorgesehen:

1. Vorrangig sollen interne Meldesysteme genutzt werden. Hierbei sind die Unternehmen, welche unter die o.g. Kriterien fallen, verpflichtet, ein internes Meldesystem zu implementieren. Die Form der Meldung ist nicht von Bedeutung, so kann dies elektronisch über ein digitales Hinweisgebersystem, schriftlich, telefonisch oder persönlich geschehen.

2. Nach einem missglückten Versuch, zum Beispiel wenn eine Rückmeldung durch das Unternehmen auf einen Hinweis ausbleibt, kann sich der Hinweisgeber an die zuständige Behörde wenden.

3. Als letztes Mittel besteht die Möglichkeit, die Informationen an die Öffentlichkeit zu bringen.

Des Weiteren müssen Rückmeldefristen nach Eingang der Meldung zu geplanten oder bereits ergriffenen Maßnahmen gewährleistet und idealerweise dokumentiert werden. Das Meldeverfahren muss für alle in Frage kommenden internen und externen Hinweisgeber leicht zugänglich sein.

Mit der Umsetzung in nationales Recht soll auch eine Regelung über eine Beweislastumkehr bei arbeitsrechtlichen Maßnahmen (Kündigungen, Versetzungen o.ä.) eingeführt werden. Arbeitgeber müssen demnach künftig nachweisen, dass ergriffene Maßnahmen zum Nachteil von Hinweisgebern nicht im Zusammenhang mit der Aufdeckung von Missständen stehen.

Die einfachste Lösung, die Einrichtung einer internen E-Mail-Adresse für die anonyme Meldung von Hinweisen, stellt keine richtlinienkonforme Umsetzung dar, da nicht garantiert werden kann, dass Administratoren nicht in das System eingreifen und die Identität des Meldenden feststellen können.

Die Einrichtung einer internen Hinweisgeber-Telefonnummer, Voicebox oder Ombudsperson kommt bei international

tätigen Konzernen in der Praxis ebenfalls schnell an ihre Grenzen. Die Sicherstellung von Eingangsbestätigungen an den Meldenden, die permanente Erreichbarkeit (eventuell noch über verschiedene Zeitzonen) und die Verfügbarkeit in allen relevanten Sprachen werden nur schwer umsetzbar sein und durchaus nicht unerhebliche Kosten verursachen.

Damit verbleibt Ihrem Unternehmen als bestmögliche Option die Einrichtung eines internen digitalen Hinweisgebersystems. Grund genug, sich intensiver mit den Chancen eines digitalen Hinweisgebersystems auseinander zu setzen.

Chancen eines digitalen Hinweisgebersystems für Ihr Unternehmen

Die Implementierung eines internen digitalen Hinweisgebersystems stellt, neben der Umsetzung der rechtlichen Anforderungen, ein deutliches Signal dar sowohl an die eigenen Mitarbeiter und an die Geschäftspartner als auch nicht zuletzt an die Öffentlichkeit, Fehlverhalten in Ihrem Unternehmen nicht tolerieren zu wollen, sondern vielmehr eine wertorientierte und positive Unternehmenskultur zu schaffen.

Es stellt sich zudem die Frage, an wen sich Hinweisgeber wenden, wenn sie Unregelmäßigkeiten in einem Unternehmen vorfinden und keine interne und anonyme Meldestelle vorhanden ist. Umfragen im Auftrag der Europäischen Kommission haben ergeben, dass die Mehrzahl der Befragten negative persönliche Folgen durch Meldung von Missständen im Arbeitsumfeld befürchtet und deshalb im Zweifel eine Meldung an öffentliche Stellen bevorzugt. Für den Erfolg eines internen Hinweisgebersystems ist es somit erforderlich, das Vertrauen der Hinweisgeber in die zweckgemäße Verwendung ihrer Hinweise sicherzustellen. Überdies ist die transparente und erfolgreiche Bearbeitung gemeldeter Fälle sowie die anonyme Kommunikation mit dem Hinweisgeber ausschlaggebend für den Erfolg. Die Erfahrungen aus der tatsächlichen Anwendung haben gezeigt, dass durch die Einrichtung eines internen digitalen Hinweisgebersystems, welches die Anonymität des Hinweisgebers garantiert, die Quantität und Qualität der Meldungen deutlich erhöht.

Wir sehen ein internes digitales Hinweisgebersystem als zwingenden Bestandteil eines funktionierenden Compliance-Management-Systems. Wir empfehlen daher, bei der Einrichtung des Hinweisgebersystems die thematische Reichweite der eingehenden Hinweise für Ihr Unternehmen

zu analysieren und in Schwerpunktthemen zu definieren.

Mit der Eingrenzung der für Sie relevanten Themenschwerpunkte können somit die gezielte Erfassung von Hinweisen in einem System und die interne Klärung der Meldungen ermöglicht werden. Aus Sicht der Hinweisgeber, aber auch der betroffenen Unternehmen, spricht vieles für eine interne Aufklärung der Vorfälle, bevor Missstände in der Presse oder durch öffentliche Kanäle bekannt werden und dadurch Mitarbeiter und Unternehmen gleichermaßen schädigen.

Im Fall von dolosen Handlungen zum Nachteil des Unternehmens und Compliance-Verstößen können interne digitale Hinweisgebersysteme zur Exkulpation der Geschäftsführung beitragen. Des Weiteren ergibt sich aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis, dass mit einer internen Aufklärung von Rechtsverstößen erhebliche Reduzierungen von Unternehmensgeldbußen möglich sind.

Durch Einführen eines internen anonymen Hinweisgebersystems wird proaktiv eine positive Unternehmenskultur gefördert und unternehmerische Verantwortung von jedem Mitarbeiter gefordert. Dadurch unterstreichen Sie die Wertschätzung gegenüber

Ihren Mitarbeitern, was zugleich die Identifikation und Bindung der Mitarbeiter an Ihr Unternehmen fördert und sich wiederum positiv auf das Ansehen des Unternehmens in ihren Geschäftsbeziehungen und in der öffentlichen Wahrnehmung auswirkt.

Ausblick

Mit der Umsetzung der EU-Hinweisgeber-Richtlinie in nationales Recht sehen wir durch die rechtzeitige Einrichtung eines internen digitalen Hinweisgebersystems eine Chance, Missstände frühzeitig zu erkennen, Unregelmäßigkeiten aufzudecken und diese intern zu klären. Durch den besseren Schutz von Hinweisgebern und der Präsenz in den Medien kann dies dazu führen, dass mehr Hinweisgeber ermutigt werden, Verstöße aufzudecken bzw. zu melden. Letztendlich liegt es nun in der Hand der Unternehmen, sich entsprechend vorzubereiten, um interne Meldekanäle einzurichten und die Chancen, welche die Richtlinie und deren Transformation in nationales Recht mit sich bringt, zu nutzen.



Energiepolitik, Nationaler Emissionshandel und Auswirkungen auf Unternehmen



Dr. Boris Scholtka,
Rechtsanwalt, Partner,
Head of Energy Law GSA (Berlin),
Ernst & Young Law GmbH



Dr. Christian Trottmann,
Rechtsanwalt, Director (Eschborn),
Ernst & Young Law GmbH

Deutschland hinkt den Klimazielen hinterher. Kommende Regierungen werden den Druck auf Energieverbraucher erhöhen (müssen). Der Nationale Emissionshandel, der seit 2021 insbesondere Wärme und Verkehr belastet, ist hierzu ein wichtiger Schritt. Was bedeutet dies für deutsche Unternehmen und deren Geschäftsführung?

Die Ausgangssituation

Die letzten Jahre waren vom Ausstieg aus der Kernenergie und Kohle hin zu den Erneuerbaren geprägt („Erzeugungswende“). Bemerkenswert war die gesetzgeberische Entscheidung, die notwendigen Investitionen weniger über Steuern (Bundeshaushalt) und stattdessen über eine Vielzahl von Energie-Umlagen, insbesondere die EEG-Umlage, zu finanzieren. Eine Verteuerung vor allem der Strompreise war die Folge und wohl auch gewollt.

Um eine Verlagerung energieintensiver Industrien und Arbeitsplätze in Länder mit geringeren Umweltstandards zu verhindern (sog. Carbon Leakage), sind verschiedene Privilegien für Unternehmen im internationalen Wettbewerb geschaffen worden. Konkret zu nennen ist in diesem Zusammenhang die sog. „Besondere Ausgleichsregelung“ (§§ 63 ff. EEG), nach der zuletzt rund 2.000 besonders stromkostenintensive Unternehmen weitgehend von ihrer Verpflichtung zur EEG-Umlage (und nach § 27 KWKG von der KWKG-Umlage) befreit wurden. Des Weiteren existieren Beihilfen für indirekte CO₂-Kosten (sog. Strompreiskompensation). Hintergrund dieser Privilegien ist, dass bei vielen Tätigkeiten, insbesondere der Herstellung vieler Grund- und Ausgangsstoffe (beispielsweise Aluminium, Stahl oder Zement) der Energieverbrauch physikalisch vorgegeben ist. Steigende Energiekosten können hier nur bis zu einem gewissen Grad Effizienzsteigerungen anreizen.

Ein wesentlich größerer Kreis von Unternehmen kann sich für ein reduziertes Netzentgelt für den aus dem Netz bezogenen Strom nach § 19 StromNEV (und ggf. für Gas nach § 20 GasNEV) qualifizieren. Ähnliches gilt für die Strom- und Energiesteuer, welche fossile Energieerzeugnisse belastet. Hier ist es bereits ausreichend, dass ein Unternehmen zum „Produzierenden Gewerbe“ im Sinne der statistischen Klassifikation der Wirtschaftszweige gehört, um die Steuerlast um 25 % zu reduzieren (§ 9b StromStG, § 54 EnergieStG). Im Strom profitieren hiervon rund 33.000 und im Gas fast 15.000 Begünstigte. Eine deutlich höhere Reduzierung ist möglich, wenn Unternehmen am sog. „Spitzenausgleich“ (§ 10 StromStG und § 55 EnergieStG) teilnehmen. Dies erfordert u.a. ein Energiemanagementsystem. Dies betrifft im Strom rund 9.000 und im Gas über 5.000 Unternehmen. Das Steueraufkommen kommt als Zuschuss in die Rentenkassen allen Unternehmern zugute. Eine Überarbeitung der strom- und energiesteuerlichen Entlastung für Unternehmen des Produzierenden Gewerbes ist für die Zeit ab 2023 angekündigt.

Neben den vorgenannten Privilegien für Unternehmen im Wettbewerb hat insbesondere die Eigenversorgung mit Strom- und Wärme (ggf. auch Dampf, Kälte etc.) enorm an Bedeutung gewonnen. Auch hier bestehen mehrere gesetzliche Anreize, welche die Investitionskosten kompensieren. Bei hocheffizienten Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen (Blockheizkraftwerke) ist regelmäßig die Inputenergie Erdgas von der Energiesteuer befreit. Weiter unterliegt der Output Strom in Anlagen bis 2 MW elektrischer Leistung keiner Stromsteuer. Vor allem aber ist auf den selbst erzeugten und verbrauchten Strom nur eine EEG-Umlage in Höhe von 40 % zu entrichten. Schließlich fallen auf eigenerzeugten Strom auch keine Netzentgelte und verbundene Umlagen an.

Dies gilt selbstverständlich auch für die Eigenversorgung über PV. Weitere Optimierung kann durch den Einsatz von Stromspeichern erfolgen.

Mehr denn je können Unternehmen ihre Verbrauchs- und Kostensituation auf vielfältige Weise optimieren und so Wettbewerbsvorteile generieren. Viele Marktteilnehmer haben dementsprechend in den letzten Jahren das notwendige Know-How aufgebaut und häufig neben der eigenen Stromerzeugung weitere Aufgaben „klassischer“ Energieversorger übernommen, beispielsweise „börsennahe“ Beschaffung und Weiterverteilung elektrischer Energie im Firmen-Areal. Hiermit einher ging die Notwendigkeit, die entsprechenden gesetzlichen Vorgaben gegenüber dem Hauptzollamt (Strom- und Energiesteuer), dem Netzbetreiber (EEG-Umlage etc.), dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (Besondere Ausgleichsregel und KWK-Förderung) und der Bundesnetzagentur (Marktstammdatenregister) zu erfüllen. Spätestens an dieser Stelle sollte klar geworden sein: Die Herausforderung für Unternehmen liegt insbesondere darin, die auf verschiedene Gesetze, Behörden und Sachverhalte „verstreuten“ Optimierungsmöglichkeiten als Ganzes zu erfassen und in der eigenen Organisation abzubilden.

Auswirkungen des nationalen Brennstoffhandels – „Effizienzwende“

Der zu Januar 2021 eingeführte nationale Emissionshandel wird die Komplexität nochmals erhöhen. So wird über das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) nunmehr der CO₂-Ausstoß in den Sektoren Wärme und Verkehr erfasst und betrifft hierüber auch Gewerbe und Industrie mit allen Produktionsanlagen, sofern diese nicht aufgrund ihrer Anlagengröße bereits am Europäischen Emissionshandel teilnehmen. Von der anfangs beschriebenen „Erzeugungswende“ verschiebt sich der Fokus somit nunmehr auf eine „Effizienzwende“. Die Energieverbraucher werden verstärkt angehalten, den Energieverbrauch zu reduzieren.

Das BEHG verpflichtet den Energielieferanten, entsprechende Emissionszertifikate zu erwerben und abzugeben. Der Preis für eine Tonne CO₂-Emission (etwa aus Benzin, Gas oder Erdöl) wird bis 2025 auf 55 € steigen. Dies bedeutet Mehrkosten je GWh Erdgas von rund 10.000 €. Für das Jahr 2026 wird ein Preiskorridor zwischen 55 € und 65 € pro Zertifikat festgelegt. Ab 2027 erfolgt dann eine freie Preisbildung.

Die meisten Unternehmen werden das BEHG zunächst lediglich als weitere Kostenposition auf ihrer Öl- oder Gasrechnung wahrnehmen. Eine Reduzierung der Belastung für energieintensive Unternehmen in exportintensiven Branchen ist zwar ähnlich wie im EEG in einer „Carbon-Leakage-Verordnung“ vorgesehen, auch eine Härtefallregelung soll im Verordnungswege entstehen. Die diesbezüglichen Anforderungen werden aller Voraussicht nach zunächst aber nur wenige Unternehmen erfüllen. Indirekt könnten aber auch die übrigen Unternehmen über eine Entlastung der Strompreise profitieren: Das BEHG-Aufkommen soll als Bundeszuschuss in den EEG-Wälzungsmechanismus zu einer Reduzierung der EEG-Umlage – und damit der Strompreise – führen. Schon für das Jahr 2021 soll im Rahmen des Corona-Konjunkturpakets ein Bundeszuschuss in Höhe von 10,8 Mrd. € erfolgen, welcher die EEG-Umlage auf 65 € je MWh stabilisiert (aufgrund von Sondereffekten wäre die EEG-Umlage andernfalls auf rund 96 € je MWh gestiegen).

Was folgt hieraus allgemein?

Der unter dem Begriff „Dekarbonisierung“ angestoßene Totalumbau der deutschen Volkswirtschaft hat gerade erst begonnen. Eine Abkehr von fossilen Brennstoffen wird nur durch weitere regulatorische Maßnahmen, insbesondere auch eine Verteuerung klimaschädlicher Emissionen, erfolgen. Schon heute sind die Stellschrauben erkennbar, an denen der Gesetzgeber im Zusammenspiel von EEG und BEHG justieren kann: Belastung fossilen Verbrauchs über das BEHG, Entlastung zunehmend erneuerbar erzeugten Stroms über den EEG-Zuschuss und „Feinabstimmung“ über weitere Ausnahmen exportorientierter Unternehmen, welche beispielsweise in der Carbon-Leakage-Verordnung angelegt sind. Wirtschaftsminister Peter Altmeier hat sich sogar Anfang des Jahres dafür ausgesprochen, Erneuerbare Erzeugungsanlagen zukünftig direkt aus dem Bundeshaushalt zu fördern und das bestehende EEG auslaufen zu lassen. Weitere Maßnahmen werden vor allem auch in den Bereichen erfolgen, die bisher nicht so sehr im Fokus standen: im Gebäudebestand über das neue Gebäudeenergiegesetz und beim Ausbau der Elektromobilität.

Und was bedeutet das für das einzelne Unternehmen (und dessen Geschäftsführung)?

Unternehmen stehen aktuell vor der Frage, ob sie strategisch wie organisatorisch auf die beschriebenen Herausforderungen eingestellt sind:

- Werden alle energierechtlichen Anforderungen erfüllt und insbesondere alle (oftmals jährlich notwendigen) Anträge, Meldungen und Testate gegenüber der jeweils zuständigen Behörde bzw. dem zuständigen Netzbetreiber abgegeben? Besteht ein entsprechendes Compliance-System, welches u.a. 4-Augen-Prinzip, Fristenkalender, Vertreter-Regeln und Fortbildungen beinhaltet?
- Besteht das notwendige unternehmensinterne Know-How, den eigenen energiespezifischen Bedarf zu definieren, auch um geeignete Energiedienstleister auszuwählen und zu überwachen?

- Ist die innerbetriebliche Organisation so ausgelegt, dass unternehmensspezifische Querverbindungen und Interdependenzen bewältigt werden? Hierzu gehören beispielsweise Auswirkungen von Umstrukturierungen auf bestandsgeschützte Erzeugungsanlagen, Auswirkungen von Produktionsverlagerungen auf die EEG-Umlage im Rahmen von §§ 63 ff. EEG und die Notwendigkeit, bei (konzerninternen) Untervermietungen Energie zu messen oder zu schätzen?

- Vor allem: Hat das Unternehmen eine mittel- und langfristige Planung, welche die Entwicklung der Energiekosten allgemein, die Mehrkosten bzw. Kostenverlagerung durch das BEHG und ggf. (zukünftige) Privilegien, beispielsweise über die Carbon-Leckage-Verordnung, nachhält?

Eins ist klar: Jede Investition in eine CO₂-emittierende Technologie mit einem Amortisationszeitpunkt nach 2030 erfolgt in einem schrumpfenden Markt. Energie bleibt deshalb Chefsache. ■



Moderne Konzernsteuerung und die Konzernrichtlinie als flexibles Instrument



Dr. Tobias Grau,
Rechtsanwalt, Partner,
CMS Deutschland



Militsa Decheva,
Rechtsanwältin, Senior Associate,
CMS Deutschland

I. Einleitung

Unternehmen bedienen sich zunehmend kreativer Instrumente, um den eigenen Bedürfnissen gerecht zu werden und klare Organisationsstrukturen zu schaffen, mit dem Ziel, die Agilität der Unternehmensgruppe zu steigern. Dabei werden Instrumente gesucht, die der eigenen Unternehmensstruktur und -kultur am besten entsprechen. Dadurch sollen die Prozesse in der Gruppe – von Einkauf über Produktion bis Jahresabschlusserstellung – vereinfacht und optimiert werden. Dies gilt insbesondere für die Konzernsteuerung. Ohne strukturierte Konzernsteuerung wird in den meisten Unternehmensgruppen je nach Größe entweder ad hoc oder aufgrund umfangreicher Zustimmungskataloge auf Ebene jeder Konzerngesellschaft zeitintensiv kaskadenförmig gelebt.

II. Moderne Konzernsteuerung

Die Ineffizienzen und Langatmigkeit dieser Prozesse vor allem vor dem Hintergrund der heutigen schnellen Marktentwicklungen haben dazu geführt, dass immer mehr Unternehmensgruppen eine Veränderung ihrer Strukturen wagten und neue Formen von Konzernsteuerung und -leitung suchten. Nicht nur große weltweit tätige Konzerne, sondern auch mittelständische Unternehmensgruppen haben ihr Bedürfnis nach flexiblen und klaren Lösungen erkannt. Das klassische Top-down Prinzip hat daher im Laufe der Zeit neue Ausprägungen erhalten. Es bestehen diverse Möglichkeiten, die Entscheidungs- und Berichtswege zu verkürzen und dadurch die Prozesse im Konzern zu vereinfachen und beschleunigen.

1. Matrixstrukturen

Viele Unternehmensgruppen bedienen sich Matrixstrukturen¹. Bei diesen werden Matrixmanager, die bei der Muttergesellschaft oder bei einer anderen Konzerngesellschaft angesiedelt sind, mit gesellschaftsrechtlichen und/oder arbeitsrechtlichen Weisungsbefugnissen gegenüber Geschäftsführern und/oder Arbeitnehmern der Gruppengesellschaften ausgestattet. Die Matrixmanager sind zentral für bestimmte Bereiche im Konzern zuständig und steuern diese Bereiche direkt und konzernweit. Dabei wird die Dimension der gesellschaftsrechtlich vorgegebenen Strukturen zugunsten der Effizienz und Sachkunde verlassen. Diese mehrdimensionale Organisationsstruktur bringt gewisse rechtliche und tatsächliche Herausforderungen und Risiken mit sich, die im Einzelfall zu prüfen und neutralisieren sind.

2. Verselbstständigung von Sparten oder Unternehmensteilen

Andere Unternehmensgruppen sind einen Schritt weiter gegangen und haben sich für die rechtliche und organisatorische Verselbstständigung von Sparten und Unternehmensteilen entschieden. Durch die Ausgliederung von Unternehmensteilen wird eine Holdingstruktur geschaffen, bei der unterhalb der Holdingmuttergesellschaft mehrere selbstständige Tochtergesellschaften entstehen. Der Vorteil dieser Lösung ist, dass Fachwissen und Zuständigkeit in einer Person vereint werden, indem etwa der Bereichsleiter gleichzeitig Geschäftsführer der verselbstständigten Einheit ist.² Dadurch kann sichergestellt werden, dass die verselbstständigte Einheit rechtlich in der Lage ist, schnell auf neue Entwicklungen in ihrem Marktsegment zu reagieren, den Kerngeschäfts- und Kundenfokus zu stärken und damit konkurrenzfähig zu bleiben.

¹ Näher zum Begriff der Matrixstrukturen vgl. Kort, NZA 2013, 1318; Maschmann/Fritz, Matrixorganisationen, Kapitel 1.A, Rn. 3 ff.

² Vgl. Kamlah, BB 2003, 109.

3. Konzernrichtlinie

Ein weiteres effektives Instrument der modernen Konzernsteuerung ist die Konzernrichtlinie. Bei der Konzernrichtlinie handelt es sich um eine Sammlung von Regeln und Entscheidungswegen und -prozessen, die den Zweck hat, ein einheitliches Handlungsmuster in den gesamten Konzern einzuführen. Im Vergleich zu den anderen zwei beschriebenen Möglichkeiten ist die konzerninterne Richtlinie im Zusammenhang mit der Konzernleitung eher ein Novum. Bisher werden Konzernrichtlinien regelmäßig in anderen Bereichen eingesetzt, z.B. für die Einführung von einheitlichen Compliance- und Verhaltensvorgaben, den sog. Code of Conduct.³ In der Maschinenbauindustrie werden sie oft für die Beschreibung und Festlegung von einheitlichen Entwicklungs- und Freigabeprozessen verwendet. Die Konzernrichtlinie ist aber vor allem ein flexibles Instrument und eignet sich damit hervorragend für die Implementierung von Konzernsteuerungsstrukturen. Unabhängig davon, ob es sich um rein nationale Konzerne oder internationale Unternehmensgruppen handelt, ermöglicht die Konzernrichtlinie eine einfache und einheitliche Umsetzung der Konzernsteuerung. Bei einer Mehrzahl von betroffenen Jurisdiktionen ist dies ein wesentlicher Vorteil.

III. Konzernrichtlinie zur Konzernsteuerung

1. Inhaltliche Ausgestaltung

In einer Konzernsteuerungsrichtlinie können alle für den Konzern relevanten Themen abgebildet werden. Sie kann Weisungszuständigkeiten und Berichtswege definieren, einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte enthalten, Eskalationsmechanismen beschreiben sowie die Grundsätze für die Strategieentwicklung, Projektdurchführung und Planung im Konzern festlegen. Dabei wird in der Regel auf lange rechtliche Ausführungen zugunsten von Klarheit und Transparenz verzichtet. Durch die Konzernrichtlinie sollen gerade die umfangreichen, schwer verständlichen gesellschaftsrechtlichen Regelwerke, die für jede Konzerngesellschaft gelten, praktikabel für das Tagesgeschäft „übersetzt“ werden.

2. Form

Die Konzernsteuerungsrichtlinie kann in Textform ähnlich wie eine Geschäftsordnung ausgestaltet werden. Da aber – mangels gesetzlicher Regelungen – kein bestimmtes Formerfordernis besteht, ist die Unternehmensgruppe in der Ausgestaltung frei. Häufiger wird daher die optisch ansprechende Form einer Präsentation gewählt, die vorwiegend aus Schaubildern und Grafiken besteht. Auf wenigen Folien können alle für

die Entscheidungsprozesse im gesamten Konzern wesentlichen Grundsätze komprimiert dargestellt und jedem zugänglich gemacht werden. Dieses Format überzeugt mit seiner Übersichtlichkeit, Verständlichkeit und Alltagstauglichkeit.

3. Umsetzung

Neben der einfachen Handhabung ist die einfache Umsetzung ein weiterer Vorteil der Konzernsteuerungsrichtlinie. Diese wird in der Regel von der Konzernspitze erarbeitet und anschließend einmalig konzernweit eingeführt. Die Anforderungen an die erstmalige Einführung richten sich nach der jeweiligen Rechtsordnung. Nach deutschem Recht wird sie üblicherweise auf Ebene jeder Konzerngesellschaft durch Gesellschafterbeschluss oder durch eine Regelung in der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung oder einem anderen gesellschaftsrechtlichen Dokument eingeführt. Dabei wird in der Praxis nicht statisch auf die von der Konzernspitze erlassene Konzernrichtlinie verwiesen, sondern dynamisch auf die jeweils gültige Fassung. Dies hat zur Folge, dass durch die Konzernspitze später vorgenommene Änderungen der Konzernrichtlinie automatisch für jede Konzerngesellschaft gelten. Sie müssen dann nicht kaskadenförmig zeitintensiv und aufwändig unter Beachtung der Anforderungen der jeweiligen Jurisdiktion erneut implementiert

werden. Die Zulässigkeit einer dynamischen Verweisung und die rechtliche Verbindlichkeit einer Konzernrichtlinie sind im Einzelfall in jeder Jurisdiktion zu prüfen.

IV. Fazit

Es wird deutlich, dass Konzerne immer mehr nach einer pragmatischen Lösung suchen, um ihre Agilität und damit ihren Erfolg am Markt zu steigern. Die Konzernrichtlinie zur Regelung der Konzernsteuerung stellt eine solche pragmatische Lösung dar, bei der die faktische Macht der Konzernspitze und nicht die rechtliche Grundlage und Erzwingbarkeit im Vordergrund steht. Von der Transparenz und Flexibilität dieses Instruments profitieren schließlich alle Beteiligten. ■



³ Vgl. Hölters/Hölters, 3. Aufl. 2017, AktG § 93, Rn. 101

Warum Lebenslauf, Gespräche und Bauchgefühl bei Personalentscheidungen nicht mehr reichen



Michael Kühner,
Geschäftsführer,
Strametz & Associates Deutschland GmbH

Personaldiagnostik als Investition in den Unternehmenserfolg

Diagnostische Verfahren werden von kleinen und mittelständischen Unternehmen bisher selten für Personalentscheidungen herangezogen. Erfahrene GmbH-Geschäftsführer verlassen sich bei der Auswahl geeigneter Kandidaten gerne auf ihre Menschenkenntnis. Selbst Schlüsselpositionen werden häufig auf Basis von Lebensläufen und persönlichen Gesprächen besetzt. Teilweise trifft der Geschäftsführer seine Entscheidung allein, ohne das Team oder geschulte Beobachter mit einzubeziehen. Wer sich allerdings bei Personalentscheidungen ausschließlich auf Sympathie-Gehalt, Bauchgefühl und biografische Eckpunkte verlässt, erhält keine valide Aussage darüber, wie erfolgreich ein Kandidat die neue Position ausfüllen wird. Im ungünstigsten Fall erhält der Blender den Zuschlag: jener Bewerber, der sich am besten verkaufen kann, und nicht derjenige, der sich am besten für die freie Position eignet.

Personalentscheidungen und die Folgen

Wie Studien belegen, ist jede dritte ausgeschriebene Stelle fehlbesetzt. Die Kosten für Fehlentscheidungen bei der Mitarbeiterauswahl belaufen sich je nach Position zwischen 30.000 und 100.000 € (Quelle: Recruiting-Trends 2014). Die Neubesetzung verschlingt bis auf das Dreifache eines Mitarbeitergehalts. Auf Management-Ebene liegen die Kosten für den Einstellungs- und Einarbeitungsprozess bei durchschnittlich 140.000 €. Personalentscheidungen wirken sich direkt auf das Betriebsergebnis eines Unternehmens aus und schaden unter Umständen dem Unternehmensimage. Kandidaten teilen ihre Erfahrungen heute öffentlich in

Social-Media-Kanälen und auf Arbeitgeber-Bewertungsplattformen. Bei steigenden Ansprüchen erwarten externe Bewerber und interne Talente nachvollziehbare und faire Entscheidungen. Unternehmen sollten daher Recruiting-Prozesse als Chance begreifen, sich als attraktiver Arbeitgeber zu positionieren.

Im gesamten Recruiting steckt jede Menge Marketingpotenzial, das GmbH-Geschäftsführer für sich nutzen können. Ein Mix aus strukturiertem Interview, Übungen/Arbeitsproben und psychometrischen Verfahren minimiert das Risiko einer Fehlbesetzung und ist in Anbetracht der Kosten für eine Neubesetzung, insbesondere auf Führungsebene, eine sinnvolle Investition in den zukünftigen Unternehmenserfolg.

Es geht nicht darum, Menschenkenntnis und Intuition bei Personalentscheidungen zu ersetzen, sondern den persönlichen Eindruck mit einer validierten, diagnostischen Beurteilung zu verbinden. Diagnostische Verfahren sind komplexe, verobjektivierte Analysen, die Kompetenzen, Erfahrungen, Eigenschaften und Persönlichkeitsmerkmale eines Kandidaten messen.

Wie internationale Studien zeigen, liegt die Nutzung von personaldiagnostischen Verfahren in Großbritannien, Skandinavien und anderen europäischen Ländern bei mehr als 80 %, in Deutschland nur bei knapp über 50 %. Insbesondere in kleineren Unternehmen kommen personaldiagnostische Instrumente noch seltener zum Einsatz. Das könnte an einer Vielzahl von Vorbehalten liegen, die eine sachliche Auseinandersetzung verhindern.

Vorbehalte abbauen, Chancen nutzen

Maßgeschneiderte Recruiting-Verfahren eignen sich, entgegen der vorherrschenden Meinung, auch für kleinere und mittlere Unternehmen. Psychometrische Online-Tests sind schnell und kostengünstig einsetzbar, haben eine hohe Aussagekraft bezüglich Kompetenzen und Potenziale und manche lassen sich zudem kaum manipulieren. Es ist wissenschaftlich belegt, dass seriöse Eignungstests Fähigkeiten und Potenziale sehr gut abbilden und damit die Erfolgchancen eines Kandidaten im Beruf treffsicher vorhersagen können. Sie wirken zudem weniger abschreckend auf Bewerber als viele Entscheider annehmen, vorausgesetzt, sie werden von einer geschulten Fachkraft begleitet. Und bei der Besetzung einer Position aus den eigenen Reihen können transparente Testergebnisse und entwicklungsbasierte Stellungnahmen dazu beitragen, dass die Motivation des Mitarbeiters trotz Jobabsage erhalten bleibt, wenn alternative Perspektiven aufgezeigt werden. Strukturierte, standardisierte Verfahren helfen zudem dabei, Kandidaten besser vergleichen zu können. Auch Assessment Center wirken eher motivierend als einschüchternd, sofern sie interaktiv gestaltet sind. Und jeder Kandidat freut sich abschließend über ein Feedback,

um zu erfahren, an welcher Stelle er noch Entwicklungsmöglichkeiten hat.

In der Tat reduzieren Eignungstests und andere Verfahren die Alltagswirklichkeit und können weder alle Facetten der Persönlichkeit noch des Jobprofils abbilden, aber sie können als wichtige objektive Entscheidungshilfe den subjektiven Eindruck absichern. Eine internationale Unternehmensberatung hat herausgefunden, dass etwa 62 % der Unternehmen Schwierigkeiten haben, vakante Stellen zu besetzen, was nicht zuletzt an einem unzureichenden Recruitingprozess liegt. Professionelle und zugleich wertschätzend angewandte personaldiagnostische Verfahren können für Bewerber sogar ausschlaggebend sein, sich für ein Unternehmen zu entscheiden.

Zielgerichtete Anwendungsmöglichkeiten

Voraussetzung, damit Personaldiagnostik im Recruiting-Prozess funktioniert, ist eine präzise Definition des Tätigkeitsprofils, das die notwendigen Kompetenzen, Eigenschaften und Motive benennt. Auch die Frage, ob eher ein Kandidat mit Potenzial für zukünftige Aufgaben bzw. Kompetenzen oder ein Kandidat mit Kompetenzen für eine eng definierte Position gesucht wird, sollte an dieser Stelle beantwortet werden.

Aus dem Anforderungsprofil lassen sich Suchkriterien ableiten, die man in zentrale Must-have- und optionale Nice-to-have-Anforderungen unterteilt. Auf diese Weise spricht man genau jene Kandidaten an, die ein echtes Interesse an der verfügbaren Stelle haben, mit großer Wahrscheinlichkeit die passenden Kompetenzen aufweisen und im besten Fall auch noch ein entsprechendes Potenzial für zukünftige Rollen mitbringen. Der demografische, gesellschaftliche Wandel verschärft die Suche nach dem passenden Talent. Umso wichtiger ist es, mit einem klaren Jobprofil seinen Wunschkandidaten direkt am Markt abzuholen.

Passgenaues Recruiting-Konzept

Auf Grundlage des Anforderungsprofils wird ein individuelles Recruiting-Konzept entwickelt, das eine multimodale Diagnostik berücksichtigt. Gemäß der spezifischen Zielsetzung kann sich ein Methodenmix im Rahmen des Auswahlverfahrens als sinnvoll erweisen. Den größten Mehrwert für ein Unternehmen hat die Kombination aus Online-Tests, um die persönlichen Charaktereigenschaften zu erfassen, Reality-Simulationen, um Verhaltenspotenziale zu bestimmen, spezifische Übungen und Arbeitsproben, um die Kompetenzen ab-

zuklopfen sowie biografische Interviews, die Aufschluss über gemachte Erfahrungen geben. Über die Critical Incident Technique (CIT) in Interviews und Übungen können selbst Verhaltensweisen in kritischen Situationen sichtbar gemacht werden. Dies erlaubt eine Prognose darüber, ob ein Bewerber schwierige Herausforderungen erfolgreich meistern wird.

Für kurzfristige Auswahlentscheidungen von internen und externen Talenten steht eine Vielzahl von schlanken online basierten Tools bereit. Diese sollten möglichst wissenschaftlich fundiert aktuelle oder potenzielle Fähigkeiten eines Talents messen. Es gibt heutzutage ausgefeilte psychometrische Tools, die verborgene Werte und Einstellungen messen, also keine Verhaltenspräferenzen aufgrund von oberflächlichen Selbsteinschätzungen erfassen, sondern tiefergehende Persönlichkeitsmerkmale im Rahmen eines Personal Profiling. Am Ende des Online-Tests sollte ein aussagekräftiger Report stehen, der die Wahrnehmungs-, Denk- und Handlungsmuster, innere Einstellungen und Reaktionen auf Problemstellungen zusammenfasst.

Potenziale erkennen und fördern

Karrieren verlaufen heutzutage kaum noch stringent. Stetige Veränderungen und neue Jobprofile prägen den Mitarbeiterlebenszyklus. Um Zukunftsträger zu identifizieren und die richtigen Köpfe zu fördern, tragen Potenzialanalysen oder Development Center zu einem zunehmend wichtigen Personal-Entwicklungsinstrumentarium bei. Während Auswahlverfahren auf die Eignung eines Kandidaten für eine bestimmte Stelle abzielen, fokussieren solche perspektivisch orientierten Verfahren auf die Potenziale eines Talents.

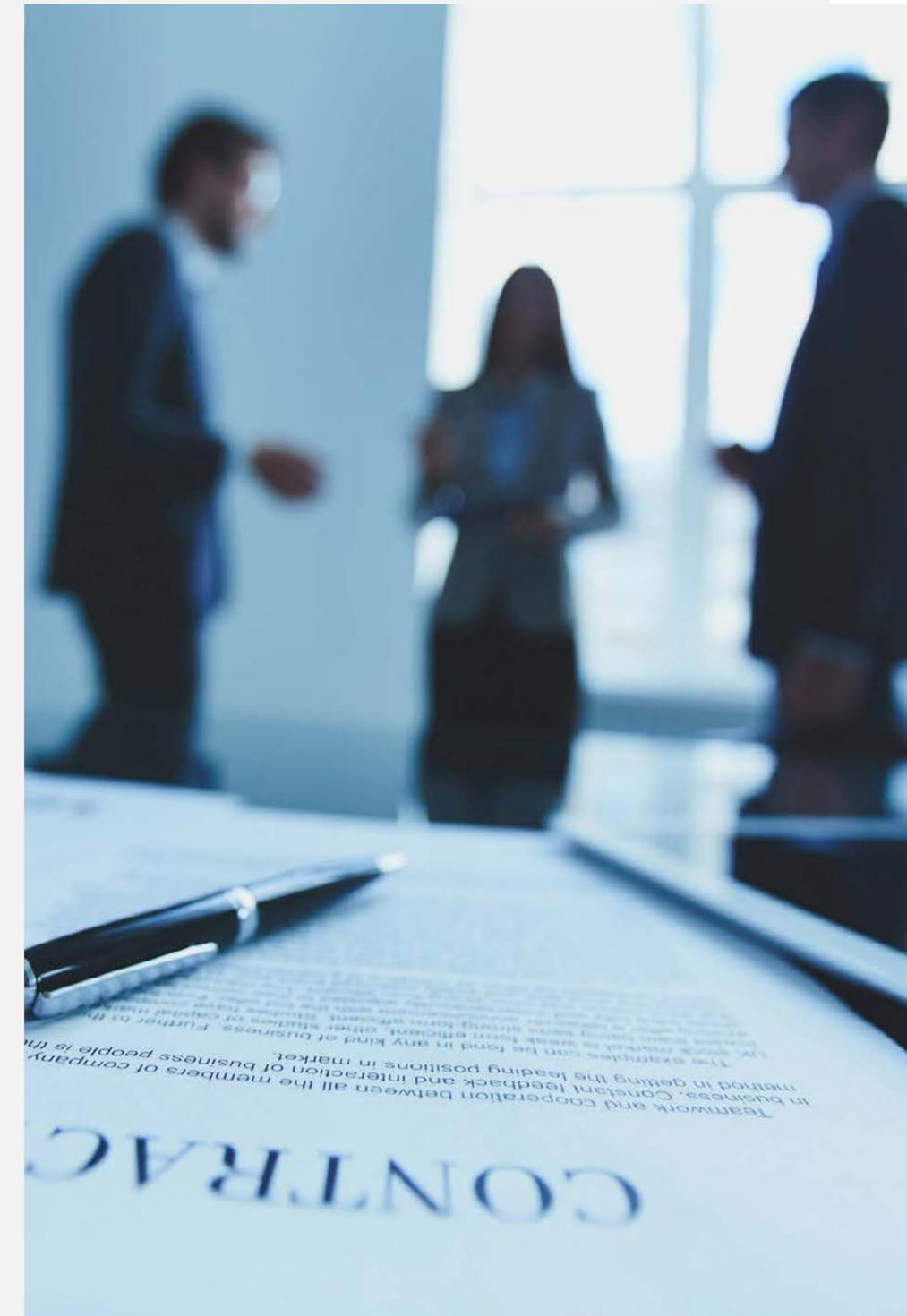
Potenzial beschreibt die Diskrepanz zwischen aktuellen Kompetenzen und die Möglichkeit, bei gezielter Förderung, bestimmte Kompetenzen zu entwickeln. Potenzialanalysen messen nicht nur die langfristigen Basisfähigkeiten wie emotionale, kognitive und soziale Kompetenzen. Sie erfassen auch stabile Parameter wie Motive, Werte, Orientierungen, Charaktereigenschaften und Affinitäten, die teils genetisch mitgegeben oder in der Kindheit verankert wurden und hinsichtlich der langfristigen Entwicklungspotenziale eine hohe Aussagekraft aufweisen.

Das wissenschaftlich am besten begründete Modell der Big Five geht davon aus, dass sich Persönlichkeiten durch ein Mischungsverhältnis von fünf Faktoren beschreiben lassen: Offenheit, Gewissenhaftigkeit, Extraversion, Verträglichkeit (Kooperationsbereitschaft) und Neurotizismus (Emotionale Stabilität). Aus einer genauen Analyse der Big Five mit entsprechend differenzierten Unterfacetten lassen sich Rückschlüsse ziehen, ob sich beispielsweise eine Persönlichkeit für gewisse Rollen (z.B. Führung) oder Aufgabenfelder (z.B. Konzeptionsaufgaben) eignet.

Gerade bei internen Karriereplanungen können Potenzialanalysen ein wichtiges Tool sein, um Risiken auszuschalten: beispielsweise Mitarbeiter zu fördern, die zwar aktuell gewisse Kompetenzen aufweisen, aber wenig Potenzial für weitergehende Verantwortungsbereiche besitzen. Oder jene zu übersehen, die zwar aktuell unter ihren Möglichkeiten bleiben, aber großes Potenzial besitzen und in anderen Rollen aufblühen würden.

Fazit und Ausblick

Im Zuge des digitalen Wandels verändern sich Jobrollen auf dynamische Weise. Teams arbeiten in immer agileren Strukturen zusammen. Jobs, die jahrzehntelang die gleichen Kompetenzen erforderten, werden zunehmend von Automatisierungsprozessen abgelöst. In einer flexiblen Arbeitswelt gewinnen Potenziale als neue Konstante an Bedeutung. Sie beschreiben die Fähigkeit und Motivation, sich in neue Rollen einzufinden und Herausforderungen anzunehmen. Moderne Personaldiagnostik ist dabei ein hervorragendes Mittel, Talente zu identifizieren, Kompetenzen und Potenziale der Kandidaten zu erfassen und Personalentscheidungen abzusichern. Je stärker die Interessen, Motive und Werte von externen Kandidaten und internen Talenten mit denen des Unternehmens übereinstimmen, desto stärker werden sie sich einbringen und desto erfolgreicher werden beide, Unternehmen und Menschen, am Markt agieren.



Managementbeteiligung des GmbH-Geschäftsführers



Dr. Benedikt Hohaus,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht,
Partner, POELLATH

Bei der Suche nach Top-Managern für die Geschäftsführung von Mittelstandsunternehmen stehen deren Eigentümer immer öfter im Wettbewerb mit Private Equity-Fonds. Diese bieten ihren Bewerbern nicht nur attraktive Gehaltspakete, sondern auch die Möglichkeit einer Beteiligung am Unternehmen. Insofern bieten immer häufiger Mittelstandsunternehmen ihren Geschäftsführern eine Beteiligung an ihrem Unternehmen an. Ziel ist die Schaffung einer Interessenshomogenität zwischen Manager und Gesellschafter des Unternehmens und eine höhere Identifikation des Managers mit „seinem“ Unternehmen.

1. Wesentliche Kennzeichen einer Managementbeteiligung durch Private Equity

Bei Erwerb eines Unternehmens sieht der Private Equity-Investor üblicherweise zwischen 10 und 15 % der Gesellschaftsanteile an dem Holdingvehikel für den Erwerb durch das Management vor.

Neben der Finanzierung mit „echtem“ Eigenkapital (ca. 10 – 15 %) gibt der Finanzinvestor einen wesentlichen Teil des benötigten Kapitals als Vorzugsinstrumente in Form von Gesellschafterdarlehen oder Vorzugskapital (85 – 90 %) in das Holdingvehikel. Beide Kapitalinstrumente sind im Vergleich zum echten Eigenkapital vorrangig zurückzuzahlen und gewähren keine Beteiligung an den stillen Reserven des Unternehmens, sind aber mit einer fixen Rendite zwischen 6 – 10 % p.a. ausgestattet. Im Vergleich zum echten Eigenkapital verfügen sie außerdem über eine Liquidationspräferenz in Höhe des eingezahlten Kapitals.

Der Geschäftsführer kann zum einen eine Beteiligung am klassi-

schen Eigenkapital erwerben. Investiert der Manager nicht oder in einem geringeren Verhältnis als der Finanzinvestor in diese vorrangigen Finanzinstrumente, steht seine Beteiligung höher im Risiko. Das höhere Risiko korrespondiert aber im Falle eines erfolgreichen Exits in Bezug auf das eingesetzte Kapital mit einem (wirtschaftlich betrachtet) höheren Anteil am Erlös auf das klassische Eigenkapital (sog. Sweet Equity). Letztlich entspricht das jedem mit Fremdkapital finanziertem Investment.

Zur Vereinfachung der Verwaltung (z.B. Ausübung von Stimmrechten etc.) wird ab einer gewissen Anzahl von Personen die Beteiligung über eine Personengesellschaft oder Treuhand gehalten. Für den Fall, dass die Manager vor dem Exit aus dem Unternehmen ausscheiden (sog. Leaver), besteht in der Regel ein Ankaufsrecht des Hauptgesellschafters. Die Beteiligung soll regelmäßig einem Nachfolger in der Position angeboten werden können (Rotationsgedanke).

Im Falle eines Exits erhalten die Co-Investoren den auf den Verkauf der von ihnen gehaltenen Beteiligungsinstrumente entfallenden Veräußerungserlös. Laufende Dividendenausschüttungen finden in der Regel nicht statt, da die Kreditverträge der Bankenfinanzierung dies üblicherweise nicht zulassen.

2. Steuerliche Behandlung einer Private Equity Managementbeteiligung

Steuerlich handelt es sich bei solchen Beteiligungen mit Verlustrisiko anerkanntermaßen um Kapitalbeteiligungen. Veräußerungserlöse (bei einer Beteiligung von unter 1% am Stammkapital) daraus unterliegen dann der Abgeltungssteuer von 25% (zuzüglich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer) und nicht der Lohnversteuerung. Der BFH hat dies in seiner in 2016 ergangenen Entscheidung (IX R 43/15 vom 4. Oktober 2016) zu einer klassischen Managementbeteiligung nochmals bestätigt. Ein Leaver Scheme mit Rückkaufsoptionen, ein Vesting und die Ausgabe nur an vom Unternehmen beschäftigte Mitarbeiter führen nach der Entscheidung des BFH nicht zu einer anderen Beurteilung. Der BFH betont lediglich die Bedeutung eines effektiven Verlustrisikos sowie der Fremdüblichkeit von Einstiegspreis und Verkaufspreis für die Qualifizierung als Kapitaleinkünfte. Bei einer Beteiligung von 1% oder mehr am Stammkapital gilt das Teileinkünfteverfahren; insofern sind 60% des Gewinns mit dem persönlichen Steuersatz zu versteuern (zuzüglich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer).

3. Übertragung auf ein Unternehmen ohne Private Equity-Hintergrund?

Während Finanzinvestoren anlässlich des Unternehmenserwerbs eine Beteiligungsstruktur nach ihren Bedürfnissen entwerfen können, ist die Gesellschaftsstruktur von Eigentümer- oder familiengeführten Unternehmen in der Regel historisch gewachsen und nicht für Zwecke einer Managementbeteiligung optimiert. Außerdem stellt sich immer wieder die Frage nach Mitsprache- und Informationsrechten bei Implementierung einer Managementbeteiligung, die häufig vom Mehrheitsgesellschafter nicht gewollt sind.

Vergleichbar ist die Interessenlage von Mittelstandsunternehmen und Private Equity-geführten Unternehmen im Hinblick auf die Regelung von Ankaufsrechten für den Fall, dass ein beteiligter Manager das Unternehmen wieder verlässt. Das ist einer Managementbeteiligung systemimmanent.

Schwierigkeiten machen ausgerechnet zwei für den Manager sehr wichtige Parameter: die Gestaltung eines Hebeleffekts und die Darstellung eines mittelfristigen Exit-Szenarios. Sie lassen sich bei einer Beteiligung an einem familien- oder eigentümergeführten Unternehmen nicht so ohne weiteres darstellen.

4. Simulation des Exits

Eine langfristige Unternehmensbeteiligung ohne ein Exit-Szenario, allein mit Beteiligung an den laufenden Erträgen, hat auf Dauer keine ausreichende Incentivierungswirkung. Dies wird vermieden durch die Festlegung eines mittelfristigen Ziels mit einem attraktiven Liquiditätsereignis, wie es ein Exit darstellen kann. In der Praxis geht man von einer Laufzeit von 4 bis 6 Jahren aus.

Im Rahmen eines Exits fließt den Gesellschaftern für ihre Beteiligung am Kapital ein Kaufpreis zu, der sich an dem Unternehmenswert orientiert. Der Kaufpreis entspricht dann einem am Markt zwischen zwei fremden Dritten gebildeten Wert für das verkaufte Unternehmen. Von diesem werden nach Abzug von Verbindlichkeiten und Kosten die vorrangigen Finanzinstrumente einschließlich aufgelaufener Vorzugsrendite bedient. Der Restbetrag wird dann im Verhältnis der am klassischen Eigenkapital gehaltenen Beteiligungen verteilt.

Einen solchen Unternehmenswert kann man aber auch formelhaft bestimmen: Das zuletzt erwirtschaftete EBITDA des Unternehmens wird mit einem bestimmten, am Markt erzielbaren Vergleichsmultiple multipliziert und davon werden die Nettofinanzverbindlichkeiten der Gesellschaft

abgezogen. Gesellschafterdarlehen oder Vorzugskapital zuzüglich aufgelaufener Zinsen bzw. Vorzugsdividende mindern als Finanzverbindlichkeiten den Unternehmenswert.

Realisieren kann der Manager eine solche Wertsteigerung aber nur dann, wenn er die Beteiligung dann auch verkaufen kann. Insofern braucht er eine Put-Option entweder gegen den Hauptgesellschafter oder gegen die Gesellschaft selbst. Der Hauptgesellschafter muss insofern sicherstellen, dass er zum gegebenen Zeitpunkt auch entsprechende Geldmittel zur Verfügung hat, um den Manager auszuzahlen. Eine Put-Option gegenüber der Gesellschaft selbst unterliegt hingegen gesellschaftsrechtlichen Restriktionen (Kapitalerhaltungsvorschriften), so dass ein Ankauf eigener Anteile ohne weiteres nicht möglich ist.

Arbeitsrechtlich ist zu beachten, dass sog. Bad Leaver Klauseln aufgrund der Stichtagsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtshofs nicht ohne weiteres einer AGB-rechtlichen Kontrolle standhalten.

5. Zusätzliche virtuelle Beteiligung

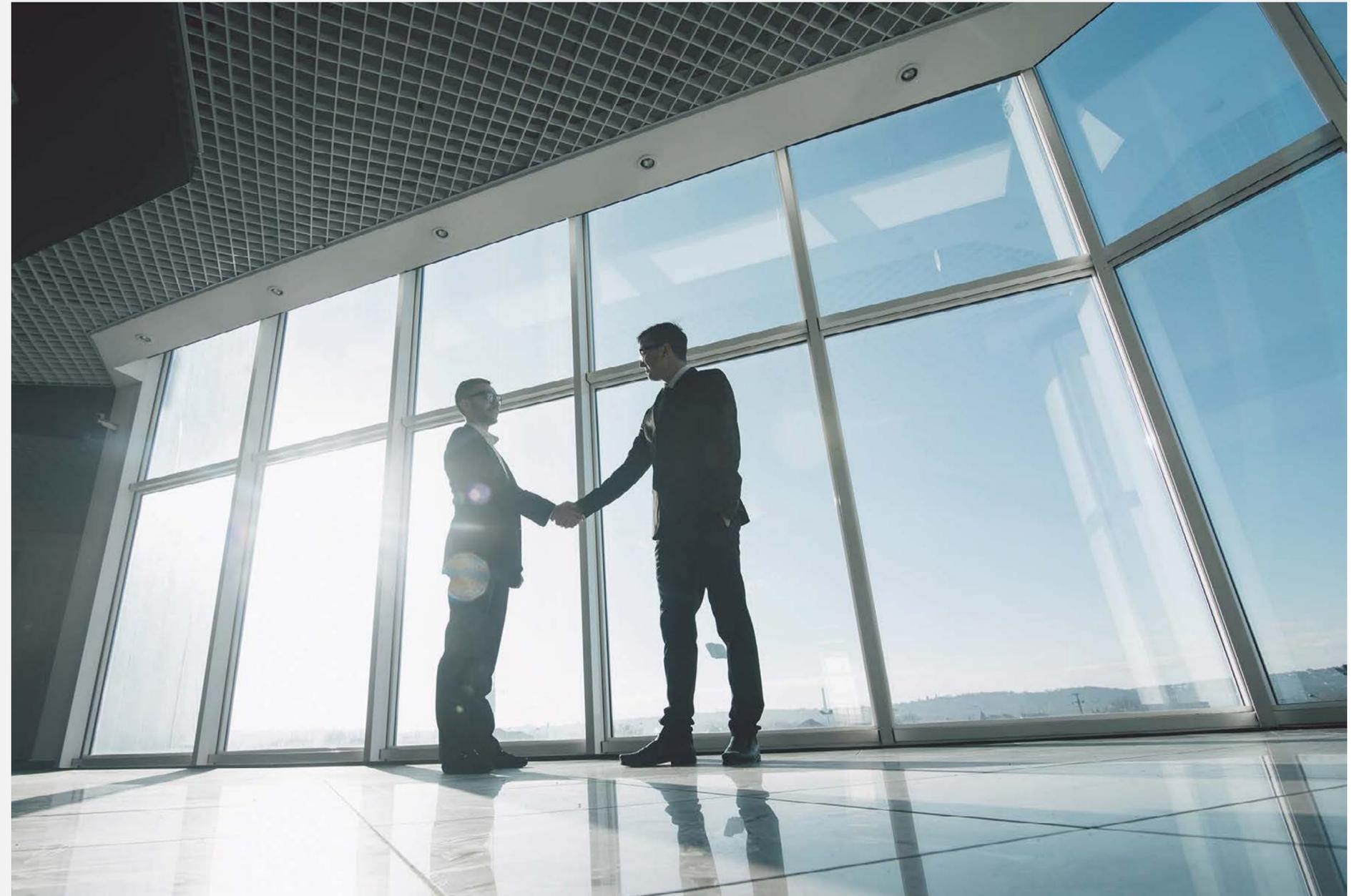
Wenn in einer bestehenden Struktur der einer klassischen Managementbeteiligung innewohnende Hebel nicht abgebildet werden kann, kombiniert man häufig eine echte Kapitalbeteiligung mit einer virtuellen Beteiligung des Geschäftsführers. Dieser wird dann über eine separate Bonusvereinbarung so gestellt, als sei er zusätzlich am Eigenkapital der Gesellschaft beteiligt. Die Auszahlung erfolgt dann zum Zeitpunkt des „fingierten“ Exits. Sogenannte Leaver Regelungen gelten dann auch für die virtuelle Beteiligung.

Steuerlich unterliegt eine virtuelle Beteiligung der Lohnsteuer und ist beim Empfänger voll mit dem individuellen Steuersatz zu versteuern. Hierbei wird die virtuelle Beteiligung vertraglich separat geregelt, um die steuerliche Trennung zwischen Kapitalbeteiligung einerseits und virtueller Beteiligung als Bonuskomponente andererseits zu dokumentieren.

Dem steuerlichen Nachteil steht aber die Flexibilität in der möglichen Ausgestaltung einer solchen virtuellen Beteiligung gegenüber.

6. Fazit

Die Gestaltung von Managementbeteiligungen hat seit ihrem Beginn Ende der 90er-Jahre erheblich an Komplexität gewonnen. Sie ist zu einem eigenständigen Rechtsgebiet geworden, der von Investor oder Gesellschafter und Management Zeit und Aufmerksamkeit, aber auch rechtliche, wirtschaftliche und steuerliche Sachkunde verlangt. ■



Beteiligung am Unternehmen durch den Geschäftsführer



Kay Klöpping,

Rechtsanwalt und Steuerberater, Partner,
KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
sowie KPMG Law
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Der Erfolg jedes Unternehmens hängt im großen Maße von der Qualität und Motivation seiner Mitarbeiter ab. Gleichzeitig stellen das Recruiting qualifizierter Fachkräfte und deren langfristige Bindung an das Unternehmen eine zunehmende Herausforderung dar. Mitarbeiterbeteiligungsmodelle sind ein vielversprechendes Instrument, das sowohl für Unternehmen als auch für die Mitarbeiter Vorteile mit sich bringt. Das Gleiche gilt natürlich auch und ganz besonders für den oder die Geschäftsführer als Leitungs- und Leistungsspitze des Unternehmens. Das Angebot einer Kapitalbeteiligung am Unternehmen ist insofern ein unternehmerisch wichtiges Instrument, das sowohl aus Sicht des Gesellschafters als auch aus Sicht des Geschäftsführers diskutiert werden sollte.

Der folgende Beitrag konzentriert sich auf die Fragen der Beteiligung des Geschäftsführers. Viele der angesprochenen Fragen sind aber auch für Mitarbeiter der zweiten Führungsebene oder aber auch weiterer Mitarbeiter relevant.

Virtuelle oder echte Beteiligung

Eine klare Grundentscheidung betrifft die Frage, ob dem Geschäftsführer eine Beteiligung am Kapital des Unternehmens gegeben wird oder ob er nur über eine virtuelle Beteiligung incentiviert wird. Von einer echten Beteiligung wird gesprochen, wenn diese durch eine Kapitalbeteiligung des Geschäftsführers unterlegt ist, ggfs. mit vollem anteiligen Gewinn- und Stimmrecht.

Virtuelle Beteiligungen sind bei börsennotierten Gesellschaften z.B. als sogenannte Phantom Stocks bekannt, sind aber auch im Mittelstand praktikabel.

Während die echte Beteiligung im Regelfall eine Gesellschafterstellung mit Kapitalrisiko und Stimmrechten vermittelt, ist die virtuelle Beteiligung nur ein Instrument der Vergütung. Über eine Vergütungssystematik, die sich an der Wertentwicklung fiktiver Kapitalanteile bemisst, wird dem Geschäftsführer eine zusätzliche erfolgsorientierte Incentivierung gegeben. Dies hat für das Unternehmen den Vorteil, dass Änderungen des Gesellschaftsvertrages, der Stimmrechtssituation und eine Mitsprache „Fremder“ auf Gesellschafterebene unnötig sind und alle Regelungen im Ergebnis auf Ebene der Vergütung erfolgen. Für den Geschäftsführer ist dies insofern eine zusätzliche Einkommenskomponente mit langfristiger Orientierung.

Gerade im Mittelstand tun sich Familiengesellschaften aber häufig schwer mit dem Gedanken, familienfremde Manager am Kapital des Unternehmens zu beteiligen. Dies spricht für die virtuelle Beteiligung. Es muss aber kein Ausschlusskriterium sein. Die rechtlichen und wirtschaftlichen Gestaltungsmöglichkeiten einer Mitarbeiterbeteiligung sind groß. Die Wahrung der Interessen der Altgesellschafter kann auf vielfältige Weise erfolgen, so über eingeschränkte Gesellschaftsrechte, eine Genussrechtsregelung oder die Vereinbarung von Pflichten in Nebenvereinbarungen. Aber auch ohne solche Sonderregelungen ist die finanzielle Beteiligung des Geschäftsführers selten so hoch, dass sein Stimmrechtsanteil tatsächlich eine wirtschaftlich bedeutsame Stimmrechtsposition verschafft. Aus Sicht des Geschäftsführers sind solche Beschränkungen dennoch häufig akzeptabel, wenn man das Primat der Familie akzeptiert, im Übrigen aber die Bedingungen die eigene Position nicht zu sehr in Frage stellt.

Die Erfahrung zeigt, dass sich Mitarbeiterbeteiligungen sowohl in einem mittelständischen Betrieb mit 50 Mitarbeitern als auch in einem großen Unternehmen mit 4.000 Mitarbeitern individuell und erfolgreich umsetzen lassen.

Die Beteiligung von Führungskräften als Vorteil für das Unternehmen

Bei Führungskräften liegt der Fokus auf der Motivation und Bindung ausgewählter wichtiger Mitarbeiter. Unternehmer beschreiben regelmäßig, dass es ihnen nicht möglich ist, motivierte Mitarbeiter aus der Großindustrie abzuwerben, wenn diesen nicht neben einem attraktiven Gehalt auch eine Beteiligung angeboten wird.

Dieses Argument kann aber auch jede Führungskraft beim Einstieg aktiv nutzen. Wer eine Beteiligung einfordert, zeigt, dass er bereit ist, sich mit den Interessen der Unternehmensinhaber zu identifizieren. Er macht sich das Ziel eines je nach Familie gelobten oder gescholtenen „shareholder value“ zu eigen.

Dabei zeigt die Bereitschaft, eine Kapitalbe-

teiligung einzugehen, ein deutliches Commitment zum Unternehmen, denn mit einer echten Kapitalbeteiligung geht der Mitarbeiter auch finanziell ins Risiko. „Was nichts kostet, ist auch nichts wert“, zeigt die Erfahrung aus zahlreichen Projekten. Auch wenn dies etwas pointiert ist, beweist die Bereitschaft, sich auch finanziell zu engagieren, das unternehmerische Denken.

Wie tatsächlich dann dieses finanzielle Engagement umgesetzt werden kann, hängt von vielen Faktoren ab. Dies sind unter anderem der Wert des Unternehmens, die geplante Höhe der Beteiligung, die Finanzkraft des Geschäftsführers. Hier gilt aber, wo ein Wille ist, ist auch ein Weg. So kann

- eine direkte Kapitalbeteiligung mit einer externen Darlehensfinanzierung unterstützt werden. Über den Leverageeffekt kann sich auch die Rendite der Beteiligung deutlich verstärken.
- der Kapitalanteil durch die Umwandlung von Bonus- und Tantiemehzahlungen angespart werden,
- die Kapitalbeteiligung ratierlich aufgebaut werden,
- die Beteiligung durch den Arbeitgeber vergünstigt werden, um den Einstieg zu erleichtern.

Welcher Wert ist der richtige?

Die Wertfindung hat hohe Bedeutung sowohl für den Einstiegspreis als auch für den Wert, den der Beteiligte bei Ausscheiden aus dem Unternehmen erhält. Daher ist die Bestimmung einer geeigneten und praktikablen Bewertungstechnik ein Essentialia jeder Beteiligung.

Ausgangspunkt der Bewertung wird regelmäßig ein Ertragswert sein. Dieser bestimmt sich aus den zukünftig zu erwartenden normalisierten Ertrags- oder Liquiditätsüberschüssen des Unternehmens, die mit einem branchenspezifischen Faktor kapitalisiert werden.

Voraussetzung einer tragfähigen zukunftsorientierten Bewertung ist aber eine tragfähige valide Finanzplanung des Unternehmens. In der Praxis zeigt sich aber, dass viele Beteiligungen auf einer reinen Vergangenheitsbewertung aufbauen. Auch wenn dies betriebswirtschaftlich falsch ist, gibt es dafür viele plausible Gründe. Einer kann die fehlende Finanzplanung oder ein fehlendes Vertrauen in die bestehende Planung sein. Gerade außenstehende Gesellschafter haben die Befürchtung, der Geschäftsführer könne die Planung seinen eigenen finanziellen Interessen unterordnen. Der Zugriff auf die Vergangenheitszahlen begründet sich

ferner häufig mit dem Argument, dies seien die Ergebnisse, die der Geschäftsführer tatsächlich erwirtschaftet habe. Aus Berater-sicht ist hier darauf hinzuweisen, dass gerade der Geschäftsführer zu verantworten hat, ob es eine valide Finanzplanung gibt und ob er Vertrauen bei den Gesellschaftern einfordert. Der Wert eines Unternehmens begründet sich nicht aus den Ergebnissen der Vergangenheit. Die Bewertung spiegelt immer die Zukunft des Unternehmens wider. Daher ist richtigerweise der Bewertungsansatz zukunftsorientiert, sowohl beim Einstieg als auch beim Ausstieg.

Entscheiden sich die Beteiligten für einen Vergangenheitswert, trifft man im Mittelstand häufig das von der Finanzverwaltung regelmäßig angewendete sog. vereinfachte Ertragswertverfahren an. In diesem Verfahren wird der Durchschnitt des normalisierten steuerlichen Gewinns der letzten drei abgeschlossenen Jahre um eine pauschale Ertragsteuerbelastung von 30 % gemindert und mit einem Faktor von 13,75 kapitalisiert. Eine Bezugnahme auf das steuerliche Verfahren kann den Vorteil haben, dass dieser Wert regelmäßig von der Finanzverwaltung akzeptiert und eine verbilligte Überlassung der Anteile an den Arbeitnehmer nicht anzunehmen sein wird.

Steuerliche Folgen der Beteiligung

Ob die Beteiligung beim Geschäftsführer lohnsteuerpflichtige Einkünfte auslöst, ist eine Frage der Gestaltung. Eine Lohnsteuerpflicht begründet sich regelmäßig aus einer vergünstigten Überlassung von Anteilen. Sie kann sich aber auch aus anderen geldwerten Vorteilen begründen, so z.B. aus einer vergünstigten Darlehensfinanzierung.

Ein wesentliches steuerliches Kriterium jeder Managementbeteiligung ist die Frage des wirtschaftlichen Eigentums. Wird der Manager als wirtschaftlicher Eigentümer der von ihm gehaltenen Beteiligung anerkannt, so zählen Einkünfte aus diesen Anteilen nicht zum Arbeitslohn, sondern bei einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft als Dividenden oder bei Rückgabe der Anteile als Veräußerungsgewinn. Dies hat den Vorteil, dass auf die Dividenden die gegenüber der Einkommensteuer nur 25 %ige Abgeltungssteuer anfällt und auch ein späterer Veräußerungsgewinn nur der Abgeltungssteuer oder bei einer Beteiligung von über 1 % dem sog. Teileinkünfteverfahren unterfällt, also nur zu 60 % steuerpflichtig ist.

Besonderheiten sind allerdings bei der Beteiligung an einer Personengesellschaft zu beachten, also z.B. bei der in Deutsch-

land beliebten GmbH & Co. KG. Ist der Geschäftsführer hier direkt beteiligt, so gilt er steuerlich als Mitunternehmer. Sein Gehalt unterliegt nicht mehr der Lohnsteuer, sondern alle Einkünfte aus dem Unternehmen einschließlich Gehalt und Gewinnanteil sind steuerliche gewerbliche Einkünfte, die auf Ebene der Gesellschaft gewerbsteuerlich nicht mehr abzugsfähig sind.

Das wirtschaftliche Eigentum des beteiligten Geschäftsführers an seinen Anteilen dürfte bei einer Beteiligung regelmäßig gegeben sein. Es wird von der Finanzverwaltung aber in Frage gestellt, wenn die Rechte des Beteiligten zu stark eingeschränkt sind. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn die Regelungen über die Rückgabe der Anteile oder die Stimmrechtsausübung sehr restriktiv ausgestaltet sind, sodass sie nicht mehr dem Bild eines autarken Gesellschafters entsprechen. Eine Absicherung kann hier beispielsweise über eine Lohnsteuer-Anrufungsauskunft erreicht werden.

Steuerliche Förderung für eine Belegschaftsbeteiligung

Die Mitarbeiterbeteiligung wird durch einen jährlichen Steuerfreibetrag von 360 € gefördert. Dieser Freibetrag soll ab diesem Jahr auf 720 € verdoppelt werden. Für die Beteiligung des Geschäftsführers dürfte

dies wenig interessant sein. Hier sollte man das Augenmerk auf eine entsprechende Gewinn- und Wertsteigerungskomponente legen.

Bündelung in einer Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft

Eine separate Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft bietet sich bei allen kapitalorientierten Beteiligungsformen mit breiter Mitarbeiterbeteiligung an. Dennoch sollte man auch bei einer reinen Managementbeteiligung mit mehreren Managementbeteiligten dieses Instrument erwägen.

Die Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft bietet den Vorteil, dass bei einer stimmberechtigten Beteiligung alle Mitarbeiter mit einer einheitlichen Stimme in der Gesellschafterversammlung des Unternehmens vertreten werden. Es gewährleistet aber auch, dass externe Gläubiger keinen direkten Zugriff auf die Unternehmensanteile haben. Ein wesentliches Argument ist aber auch die Absicherung der Altgesellschafter vor der Angst, dass ein einzelner querulatorischer Mitarbeiter sich in der Gesellschafterversammlung sperrt und damit die Arbeit der Gesellschaft behindert. Auch ist damit sichergestellt, dass die Inhaber-Familie in der Führung des Unternehmens bleibt. Der

Vertreter der Mitarbeiter ist ein wichtiger Diskussionspartner; er kann im Ergebnis aber nicht die Stammgesellschafter überstimmen.

Kapitalverstärkung des Unternehmens

Jede echte Mitarbeiterbeteiligung bietet gleichzeitig auch die Möglichkeit, das Kapital des Unternehmens zu stärken. Dabei ist eine Kapitalerhöhung dem Verkauf von Anteilen vorzuziehen. Die Kapitalerhöhung schafft Vertrauen und stärkt die Eigenkapitalbasis des Unternehmens.

Allerdings ist anzumerken, dass die Beteiligung nur des Geschäftsführers in nahezu allen Fällen eher der Incentivierung des Geschäftsführers als der Kapitalverstärkung dient. Erst die Beteiligung wesentlicher Führungskräfte der zweiten Ebene oder auch eine breite Belegschaftsbeteiligung ist in der Regel geeignet, größere Kapitalbeträge aufzubauen, die einen signifikanten Eigenkapitaleffekt haben.

Vorteile bei der Unternehmensnachfolge

Die Mitarbeiterbeteiligung kann ein Baustein der Nachfolgeregelung sein. Die höhere Identifikation der beteiligten Mitarbeiter mit den unternehmerischen Interessen verbessert die Chance für einen Rückzug des Unternehmers. Sollen Familienangehörige des Unternehmers in die Geschäftsleitung eintreten, so haben sie mit den beteiligten Management-Gesellschaftern eine Unterstützung, die im eigenen Interesse an dem Wohlergehen des Unternehmens interessiert sind. Findet sich kein geeigneter Nachfolger innerhalb der Familie, so kann es sogar eher gelingen, qualifizierte Mitarbeiter für eine Fremdgeschäftsführung zu gewinnen oder die Mitarbeiter sogar von einer Übernahme des Unternehmens im Rahmen eines Management Buy-Outs zu überzeugen.

Genussrechte und virtuelle Beteiligungen

Unternehmer, die sich gegen eine echte Kapitalbeteiligung entscheiden, aber dennoch ihren Mitarbeitern eine motivierende Beteiligung anbieten wollen, arbeiten beispielsweise mit stimmrechtslosen Genussrechten oder aber auch mit virtuellen Anteilen. Auch solche Lösungen sind im Mittelstand umsetzbar.

Die Beendigung der Mitarbeiterbeteiligung

Verlässt der Geschäftsführer das Unternehmen, wird er ein Interesse daran haben, seine Anteile zurückzugeben. Gleichzeitig möchte aber auch das Unternehmen sich regelmäßig von diesen Mitarbeitern trennen können. Beides muss verbindlich geregelt sein. Die Bewertungssystematik für die Rückgabe der Anteile wird sich im Regelfall an der bei Einstieg orientieren, sodass die tatsächliche Wertentwicklung des Unternehmens die Preisbildung bestimmt.

Weitere Aspekte sind Mitverkaufsrechte und Mitverkaufsverpflichtungen beispielsweise für einen Fall des Unternehmensverkaufs (drag along, take along). ■



Kündigungsschutz für Fremdgeschäftsführer und die Anwendbarkeit anderer arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften



Georg Kalenbach,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Arbeitsrecht, Partner,
rugekrömer Fachanwälte
für Arbeitsrecht

Fremdgeschäftsführer unterliegen im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft häufig zahlreichen Beschränkungen und dürfen insbesondere bei größeren Gesellschaften oder in Konzernen oft nur wenig selbst entscheiden. Ihre Aufgaben und Befugnisse unterscheiden sich dabei häufig nicht von sonstigen Angestellten in leitender Funktion. Auch ihre soziale Schutzbedürftigkeit ist nicht selten mit der sozialen Schutzbedürftigkeit anderer Arbeitnehmer im Unternehmen vergleichbar. Dennoch genießen Fremdgeschäftsführer in aller Regel keinen allgemeinen Kündigungsschutz, und arbeitsrechtliche Schutzvorschriften sind auf sie nicht anwendbar. Es bestehen jedoch Ausnahmen. Hiervon handelt der nachfolgende Beitrag.

1. Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz

Der Geschäftsführer wird in der Regel auf Grundlage eines **Dienstvertrages** für die Gesellschaft tätig. Dienstnehmer genießen keinen allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Dieser besteht nach § 1 Abs. 1 KSchG nur bei einer Kündigung eines Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer.

Möglich ist auch, dass die Tätigkeit des Geschäftsführers auf Grundlage eines **Arbeitsvertrages** erfolgt. Aber selbst dann besteht für das der Geschäftsführertätigkeit zugrundeliegende Arbeitsverhältnis kein allgemeiner Kündigungsschutz, da § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG bestimmt, dass die Vorschriften über den allgemeinen Kündigungsschutz in Betrieben einer juristischen Person für die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist, nicht gelten.

Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Ausschlussbestand des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nach bisher herrschender Meinung nur dann greift, wenn die **Organstellung zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung noch besteht**. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG greift dagegen nicht ein, wenn der Geschäftsführer vor Zugang der Kündigung bereits abberufen wurde oder sein Amt als Geschäftsführer vorher niedergelegt hat. In dieser Konstellation kann sich der Geschäftsführer, der seine Tätigkeit auf Grundlage eines Arbeitsvertrages erbringt, auf den allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG berufen. Ob dies auch noch in Zukunft gilt, ist allerdings offen, denn das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 21.9.2017 – 2 AZR 865/16 ausgeführt:

„Es bedarf im Streitfall keiner Entscheidung, ob die negative Fiktion des § 14 I 1 KSchG auch dann eingreift, wenn die Organstellung bereits vor Zugang der Kündigung geendet hat. Nach dem Gesetzeswortlaut erscheint es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass sich die Fiktion uneingeschränkt auf dasjenige Anstellungsverhältnis bezieht, das schuldrechtliche Grundlage für die Organstellung ist oder gegebenenfalls auch war, solange es um die Kündigung allein dieses Vertragsverhältnisses geht. Darauf wäre es dann gegebenenfalls ohne Einfluss, wenn das Organmitglied sein Amt selbst durch Niederlegung aufgegeben hat oder wenn ihm die Kündigung des zugrundeliegenden Anstellungsverhältnisses erst nach dem Widerruf seiner Bestellung durch die Gesellschaft zugeht.“

§14 Abs.1 Nr. 1 KSchG schließt den allgemeinen Kündigungsschutz nur dann aus, wenn lediglich ein Schuldverhältnis existiert und dieses mit der Gesellschaft besteht, bei der der Geschäftsführer seine Organstellung innehat. Existiert daneben ein weiteres Schuldverhältnis und handelt es sich hierbei um ein Arbeitsverhältnis, besteht in diesem Arbeitsverhältnis Kündigungsschutz. Dasselbe gilt, wenn die Anstellungsgesellschaft und die Gesellschaft, bei der der Geschäftsführer seine Organstellung innehat, nicht identisch sind.

a) **Drittanstellung im Konzern**

Die Konstellation, dass die Anstellungsgesellschaft und die Gesellschaft, bei der der Geschäftsführer seine Organstellung innehat, nicht identisch sind, kommt insbesondere in Konzernen häufig vor. Hierbei steht zum Beispiel ein leitender Angestellter in einem **Arbeitsverhältnis zur Konzernobergesellschaft** und soll **bei einer Tochtergesellschaft zum Geschäftsführer bestellt** werden.

Erfolgt die Bestellung zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft und wird mit der Tochtergesellschaft **kein eigener Anstellungsvertrag** abgeschlossen, sondern erbringt der Geschäftsführer seine Geschäftsführertätigkeit auf Grundlage des mit der Konzernobergesellschaft bestehenden

Arbeitsvertrages, genießt der Geschäftsführer in diesem Arbeitsverhältnis weiter allgemeinen Kündigungsschutz. Dieser wird durch §14 Abs.1 Nr. 1 KSchG nicht ausgeschlossen, weil die Vorschrift nur im unmittelbaren Verhältnis der GmbH zu ihrem Geschäftsführer gilt.

Schließt der Geschäftsführer mit der Tochtergesellschaft hingegen einen **eigenen Dienstvertrag** ab, stellt sich die Frage, ob hierdurch das Arbeitsverhältnis zur Konzernobergesellschaft entweder ausdrücklich oder konkludent aufgehoben wird. Die Rechtsprechung geht zwar im Regelfall von einer konkludenten Aufhebung des bestehenden Arbeitsverhältnisses aus, wenn die Parteien des Arbeitsvertrages einen Geschäftsführerdienstvertrag schließen, der die nach § 623 BGB erforderliche Schriftform wahrt. Ein schriftlicher Geschäftsführerdienstvertrag, den eine von der Arbeitgeberin (Konzernobergesellschaft) verschiedene Gesellschaft (Tochtergesellschaft) mit dem Arbeitnehmer schließt, wahrt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 24.10.2013 – 2 AZR 1078/12) jedoch nicht das Form Erfordernis des § 623 BGB für eine Vereinbarung über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Es fehlt an einem schriftlichen Rechtsgeschäft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dies führt dazu, dass zwei

Vertragsverhältnisse bestehen: ein (ruhen-des) Arbeitsverhältnis mit der Konzernobergesellschaft und ein Geschäftsführerdienstvertrag mit der Tochtergesellschaft. Wird der Geschäftsführerdienstvertrag von der Tochtergesellschaft gekündigt, lebt das ruhende Arbeitsverhältnis mit der Konzernobergesellschaft wieder auf. In diesem Arbeitsverhältnis besteht allgemeiner Kündigungsschutz.

b) **Beförderungsfälle**

Die Beförderungsfälle sind dadurch gekennzeichnet, dass der Geschäftsführer **zunächst** als **Arbeitnehmer** für die Gesellschaft tätig war und dann **zu deren Geschäftsführer „befördert“** wird. Schließen der Geschäftsführer und die Gesellschaft in diesem Zusammenhang einen **schriftlichen Geschäftsführerdienstvertrag** ab, heben sie hiermit das zuvor zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis zumindest konkludent auf. Die Rechtsprechung nimmt in diesem Zusammenhang an, dass nach dem Willen der Parteien in aller Regel neben dem Dienstverhältnis nicht noch ein Arbeitsverhältnis (ruhend) fortbestehen soll. In dem Dienstverhältnis besteht kein allgemeiner Kündigungsschutz.

Wird ein schriftlicher Geschäftsführerdienstvertrag nicht abgeschlossen, ist zu klären, ob ein solcher **mündlich oder zu-**

mindest konkludent zustande gekommen ist. In diesem Fall würde die Aufhebung des zuvor bestehenden Arbeitsverhältnisses an dem Schriftformerfordernis des § 623 BGB scheitern. Das Arbeitsverhältnis würde fortbestehen und der allgemeine Kündigungsschutz für das Arbeitsverhältnis greifen. §14 Abs.1 Nr. 1 KSchG fände keine Anwendung auf das Arbeitsverhältnis, weil es nicht die Grundlage der Geschäftsführertätigkeit wäre, sondern der mündlich oder konkludent geschlossene Geschäftsführerdienstvertrag. Die Rechtsprechung geht in diesen Konstellationen jedoch davon aus, dass beim Fehlen von Anhaltspunkten kein konkludenter Geschäftsführerdienstvertrag geschlossen wurde, sondern das Arbeitsverhältnis die schuldrechtliche Grundlage für die Geschäftsführertätigkeit bildet, so dass §14 Abs.1 Nr. 1 KSchG Anwendung findet und kein Kündigungsschutz besteht. Für Anhaltspunkte, die zur Annahme eines mündlich oder konkludent geschlossenen Geschäftsführerdienstvertrages führen, ist der Geschäftsführer darlegungs- und beweisbelastet.

c) GmbH & Co. KG

Ob der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH, der in einem Arbeitsverhältnis zur Kommanditgesellschaft steht, allgemeinen Kündigungsschutz genießt oder ob dieser nach § 14 Abs. 1 KSchG ausgeschlossen ist, ist umstritten. In älteren Entscheidungen hat der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts den Kündigungsschutz bejaht, da eine nur mittelbare Stellvertretung für den Ausschluss des Kündigungsschutzes nach § 14 Abs. 1 KSchG nicht ausreichend sei. Hiergegen wird eingewandt, dass der Geschäftsführer auch der KG gegenüber als Organvertreter anzusehen sei, da er als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auch für die KG handle.

2. Andere Arbeitnehmerschutzvorschriften

Neben der Frage, ob der Geschäftsführer sich auf den allgemeinen Kündigungsschutz berufen kann, stellt sich die Frage, ob auch andere arbeitsrechtliche Schutzvorschriften, insbesondere Vorschriften über den besonderen Kündigungsschutz z.B. für Schwangere, Schwerbehinderte etc., eingreifen können.

Das Eingreifen arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften setzt das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraus. Abgesehen von

den Konstellationen, in denen ausdrücklich ein Arbeitsverhältnis abgeschlossen wurde, geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass der Geschäftsführer kein Arbeitnehmer ist. Das Bundesarbeitsgericht geht außerdem davon aus, dass der Geschäftsführer grundsätzlich auf Grundlage eines Dienstvertrages tätig wird und daher nur in Ausnahmefällen als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist. Abweichend hiervon ist der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff weiter. Nach dem EuGH ist Arbeitnehmer, wer für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt und als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Dies trifft auch auf den Fremdgeschäftsführer zu, der den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterliegt.

Soweit die Arbeitnehmerschutzvorschrift der Umsetzung Europarechtlicher Vorgaben dient und deshalb der **unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff** maßgeblich ist, findet diese auch auf den Fremdgeschäftsführer Anwendung, selbst wenn dieser nach nationalem Verständnis als Dienstnehmer und nicht als Arbeitnehmer zu qualifizieren wäre.

Dies gilt nach der „Danosa“-Entscheidung des EuGH beispielsweise für das **Kündigungsverbot** gegenüber einer Frau während der **Schwangerschaft** und der Schutzfristen des § 17 Mutterschutzgesetz (MuSchG).

Im Gegensatz hierzu ist für den Kündigungsschutz nach § 18 BEEG (**Elternzeit**) und nach § 168 SGB IX (**Schwerbehinderte**) der nationale Arbeitnehmerbegriff maßgeblich.

Dasselbe gilt auch für den Kündigungsschutz nach § 5 PflegeZG (**Pflegezeit**). Allerdings gilt das PflegeZG auch für Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 PflegeZG), wovon bei Fremdgeschäftsführern regelmäßig ausgegangen werden kann.

Im Rahmen des **Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes** (AGG) ist § 6 Abs. 3 AGG von Bedeutung. Danach gelten die Vorschriften über den Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung auch für Organmitglieder, soweit es die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg betrifft. Dabei wird das Merkmal des Zugangs zur Erwerbstätigkeit weit verstanden und erfasst auch die (Nicht-)Fortsetzung eines befristeten Dienstverhältnisses nach Fristablauf als Fall des erneuten Zugangs aufgrund eines Diskriminierungsmerkmals (Alter, Geschlecht, Behinderung, etc.).

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass es zahlreiche Ausnahmen von der Regel gibt, dass Fremdgeschäftsführer keinen Kündigungsschutz haben und sich daher nicht selten gegen eine beabsichtigte Entlassung zur Wehr setzen können.



Zeugnis und Zwischenzeugnis des GmbH-Geschäftsführers



Dr. Karl von Hase,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Handels- und Gesellschaftsrecht,
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Von der Grundschule an werden wir an die Bewertung durch Zeugnisse gewöhnt. Auch im späteren Erwerbsleben werden unsere Fachkenntnisse, unser Arbeits- und Sozialverhalten und unsere Leistung von Vorgesetzten bewertet und in Zeugnissen verschriftlicht. Als Geschäftsführer wird man häufig derjenige sein, der für das Arbeitszeugnis von (ausscheidenden) Mitarbeitern verantwortlich ist. Arbeitszeugnisse sind heute größtenteils standardisiert: Sowohl für deren äußere Form als auch den inhaltlichen Aufbau sowie die verwendete Sprache hat sich eine Übung herausgebildet, nicht zuletzt bedingt durch eine Vielzahl von Gerichtsentscheidungen. Geheimcodes sind unzulässig, die Zeugnisse sollen wohlwollend, aber doch möglichst wahrheitsgemäß und transparent Auskunft über Arbeitsverhalten und Leistungen der betroffenen Person geben.

Auch ein GmbH-Geschäftsführer selbst kann bei Beendigung seiner Tätigkeit Interesse an einem wahrheitsgemäßen, möglichst hervorragenden oder zumindest guten Zeugnis haben. Die Rechtsprechung erkennt ein solches Bedürfnis ausdrücklich an. Dennoch wird der Personenkreis, dem ein Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses zustehen soll, eingeschränkt – entgegen dem Wortlaut der gesetzlichen Norm (§ 630 BGB). So wird bei Vorständen einer Aktiengesellschaft ein Zeugnisanspruch im Regelfall verneint, weil Vorstände die Geschäfte leiten, ohne dass sie dabei Weisungen Dritter unterliegen. Für sie spreche angeblich allein der Erfolg der von ihnen geführten Gesellschaft. Dementsprechend soll auch ein GmbH-Geschäftsführer, der eine Mehrheitsbeteiligung an der GmbH mittelbar oder unmittelbar hält und somit die weisungsbefugte Gesellschafterversammlung beherrscht, kein Zeugniserteilungsanspruch haben. Anders bei Fremdgeschäftsführern und bei Gesellschafter-Geschäftsführern mit einer Minderheitsbeteiligung. Diesen

wird ein Zeugnisanspruch zuerkannt. Für diese Personen lohnt sich ein Blick auf den sehr erhellenden Beitrag „Geschäftsführerzeugnis: Denken Sie an ein Zwischenzeugnis!“ (abrufbar im Internet unter: www.weka.de/unternehmensfuehrung/geschaeftsfuehrerzeugnis/). Der Beitrag behandelt sowohl die inhaltlichen Besonderheiten von Zeugnissen für Geschäftsführer als auch die Empfehlung, sich möglichst regelmäßig ein Zwischenzeugnis zusammen mit der jährlichen Entlastung durch die Gesellschafterversammlung ausstellen zu lassen. Zwar besteht im Zusammenhang mit der Entlastung kein Anspruch auf ein Zwischenzeugnis, aber solange das Verhältnis zum Mehrheitsgesellschafter gut ist, sollte man die Gelegenheit nutzen, eine solche Anfrage zu stellen. Dasselbe wird nach erfolgreicher Beendigung eines wichtigen Projekts empfohlen.

Im Internetbeitrag wird erwähnt, dass es einen gesetzlichen Anspruch auf ein Zwischenzeugnis nicht gibt. Das ist richtig, allerdings gestehen die Gerichte Arbeitnehmern einen solchen Anspruch zu, wenn es dafür einen triftigen Grund gibt; dies wird aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers abgeleitet. Diese Rechtsprechung dürfte auf die Dienstverhältnisse von solchen Geschäftsführern, die überhaupt einen Zeugnisanspruch haben, übertragbar sein. Triftige Gründe wären z.B., dass eine Kündigung im Raume steht, die Änderung des Verantwortungsbereichs (z.B. bei einer Ressortänderung oder einer Beförderung innerhalb eines Konzerns), die Umstrukturierung der Gesellschaft oder der Wechsel des Mehrheitsgesellschafters (change of control).

Zwischenzeugnisse können sehr hilfreich sein, nicht nur, um sich aus ungekündigter Stellung heraus anderweitig zu bewerben. Vielmehr sind sie eine Art Versicherung, wenn sich im Verlauf der Tätigkeit das ehemals gute Vertrauensverhältnis zum Hauptgesellschafter eintrüben sollte und dann eine Beendigung der Tätigkeit erfolgt, die ein Endzeugnis notwendig macht. Das Endzeugnis soll die Gesamtdauer des Tätigkeitsverhältnisses abbilden. Wer eine Kette von Zwischenzeugnissen mit guter oder hervorragender Beurteilung vorweisen kann, hat erhebliche bessere Karten, um eine spätere schlechtere Beurteilung anzugreifen. Zwischenzeugnisse können nämlich Indizwirkung für die Gesamtbeurteilung liefern. Je näher das Datum des letzten Zwischenzeugnisses zur Beendigung der Tätigkeit liegt, desto stärker ist dessen Indizwirkung.

Prozessual ist eine Tücke zu beachten. Besteht Streit über die wirksame Beendigung des Dienstverhältnisses, wenn etwa die Gesellschafterversammlung sich auf einen angeblichen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung beruft, so wird der Geschäftsführer darauf klagen, dass das Dienstverhältnis nicht wirksam beendet wurde. Gleichzeitig wird er sich häufig schon nach einer neuen Tätigkeit umsehen, weshalb die Ausstellung eines Zwischenzeugnisses (falls er keines vorliegen hat) von Vorteil wäre. Ein

Arbeitnehmer hat nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, solange noch ein Kündigungsschutzprozess läuft, ein Wahlrecht, ob er ein Endzeugnis oder ein Zwischenzeugnis verlangt. Gleiches dürfte für den Geschäftsführer gelten. Dazu folgender Fall (Urteil des OLG München vom 18.04.2012 – 7 U 3882/12): Ein Geschäftsführer konnte sich im Prozess erfolgreich gegen die fristlose Kündigung wehren. Gleichzeitig hatte er auf ein Zwischenzeugnis geklagt. Bis jedoch das Berufungsurteil erging, war sein Dienstverhältnis aufgrund einer Befristung auf mehrere Jahre bereits ausgelaufen. Das Gericht entschied, dass mit regulärer Beendigung des Dienstverhältnisses aufgrund des Fristablaufs ein Zwischenzeugnis überhaupt nicht mehr in Frage käme, sondern nur noch ein Endzeugnis. Auf ein Endzeugnis hätte der Geschäftsführer einen Anspruch gehabt. Da er aber auf ein Zwischenzeugnis geklagt hatte, müsse er nunmehr mit diesem Antrag unterliegen. Auf eine solche Änderung der Prozesslage hätte man mit einer Klageänderung oder einem Hilfsantrag reagieren können. Dieser (anwaltliche) Fehler war für den betroffenen Geschäftsführer besonders ärgerlich, denn das Berufungsurteil erging mehr als 4 Jahre nach Ablauf des Dienstverhältnisses. Nun ist aber anerkannt, dass ein Endzeugnis zeitnah nach Beendigung der Tätigkeit verlangt werden muss. In der Regel wird ein Zeitraum von

ungefähr 10 Monaten angenommen. Wird Jahre später ein Zeugnis verlangt, kann dessen Ausstellung verweigert werden, weil der Vorgang zu lange zurück liegt und die notwendige Erinnerung an die Tätigkeit notwendigerweise verblasse.

Abschließend ist darauf zu verweisen, dass Aufhebungsvereinbarungen oder Beendungsvergleiche die Ausstellung eines bestimmten Endzeugnisses berücksichtigen sollten. Um künftigen Streit zu vermeiden, sollte das zu erteilende Endzeugnis mit seinem gesamten Wortlaut der Vereinbarung als Anlage beigefügt werden. Dabei ist es sicher eine gute Idee, als betroffener Geschäftsführer selbst einen mit fachkundiger Hilfe erstellten Formulierungsvorschlag als weitere Verhandlungsbasis zu unterbreiten.



Haftungsrisiken bei Zeitarbeit: Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz europarechtskonform?



Bernhard Groß,
Rechtsanwalt, Fachanwalt
für Arbeitsrecht,
Altenburg Fachanwälte
für Arbeitsrecht

Zeitarbeitnehmer haben nach dem Equal-Pay-Grundsatz Anspruch auf die gleiche Vergütung wie vergleichbare Stammarbeitnehmer im Einsatzbetrieb. Weit überwiegend macht die Branche von einer gesetzlichen Ausnahme Gebrauch, die eine niedrigere Vergütung für Zeitarbeitnehmer durch Tarifvertrag erlaubt. Über die Zulässigkeit dieser in der Praxis enorm wichtigen Abweichungsmöglichkeit vom Equal-Pay-Grundsatz wird nun der Europäische Gerichtshof entscheiden. Erkennt das Gericht einen Verstoß gegen das Recht der Europäischen Union, drohen Personaldienstleistern wie Personal entleihenden Unternehmen gravierende Haftungsfolgen. Betroffene Unternehmen sollten den Gang der Rechtsprechung verfolgen und jetzt vorsorgende Maßnahmen treffen.

Gleichstellungsgrundsatz und tarifliche Abweichung

In der Zeitarbeit ist der Personaldienstleister nach § 8 Abs.1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) verpflichtet, dem Zeitarbeitnehmer für die Dauer der Überlassung die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen zu gewähren (Gleichstellungsgrundsatz). Der Zeitarbeitnehmer ist wie eine vergleichbare Stammkraft des Entleihers zu behandeln (equal treatment), insbesondere mit Blick auf die Vergütung (equal pay). Davon kann gemäß § 8 Abs. 2, 4 AÜG durch Tarifvertrag abgewichen werden. Eine abweichende Bezahlung der Zeitarbeitnehmer durch Tarifvertrag ist für die ersten neun Monate des Einsatzes zulässig. Wird ein Branchentarifvertrag angewendet, ist eine Abweichung über 15 Monate zulässig. Voraussetzung hierfür ist, dass nach 15 Monaten mindestens ein als gleichwertig definiertes Arbeitsentgelt erreicht wird und nach einer Einarbeitungszeit von

längstens sechs Wochen eine stufenweise Heranführung an dieses Entgelt erfolgt. Das Modell ist weit verbreitet. Die mit Zeitarbeitnehmern abgeschlossenen Arbeitsverträge nehmen regelmäßig auf eines der Tarifwerke der Zeitarbeit Bezug, um den Gleichstellungsgrundsatz auszuschließen.

Verstößt die tarifliche Abweichung gegen Europarecht?

Die Zeitarbeit ist europarechtlich überformt. Nationale Regelungen müssen die europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2008/104/EG (Zeitarbeitsrichtlinie) beachten. Nach Art. 5 Abs.1 der Zeitarbeitsrichtlinie müssen die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Zeitarbeitnehmer während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen entsprechen, die für sie gelten würden, wenn sie von dem Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären. Abweichungen von diesem Gleichbehandlungsgrundsatz sind allerdings nach Art. 5 Abs. 3 Zeitarbeitsrichtlinie in Tarifverträgen „unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“ zulässig. Seit Längerem in der Diskussion ist, wie der „Gesamtschutz“ zu verstehen ist und ob der deutsche Gesetzgeber diese Vorgaben verletzt hat, indem er im AÜG tarifliche Abweichungen zu Lasten der Zeitarbeitnehmer zugelassen hat. Bisher haben die Instanzgerichte das abgelehnt und konnten keinen Verstoß gegen das Recht der Europäischen Union erkennen.



Vorlage an den EuGH

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat die Frage, inwieweit durch Tarifvertrag vom Equal-Pay-Grundsatz abgewichen werden darf, nun dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorgelegt (Beschluss vom 16. Dezember 2020 – 5 AZR 143/19 (A)). Im konkreten Fall wurde eine Zeitarbeiterin von ihrem Personaldienstleister nach den Tarifverträgen bezahlt, die der Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen mit mehreren Gewerkschaften des DGB geschlossen hat. Diese lassen eine Abweichung vom Equal-Pay-Grundsatz zu, insbesondere eine für die ersten neun Monate der Überlassung gegenüber Stammarbeitnehmern im Einsatzbetrieb geringere Vergütung. Die Zeitarbeiterin verlangt dagegen ab dem ersten Tag der Überlassung die gleiche Bezahlung wie die Stammarbeitnehmer des Einzelhandelsunternehmens, in dem sie eingesetzt war. Die für sie einschlägigen Tarifverträge seien nicht mit Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 der Zeitarbeitsrichtlinie vereinbar. Das BAG hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH mehrere Fragen zum Gleichbehandlungsgrundsatz vorgelegt. Der EuGH soll insbesondere Klarheit darüber schaffen, wie die in Art. 5 Abs. 3 der Zeitarbeitsrichtlinie verlangte „Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“ zu verstehen ist.

Folgen einer europarechtswidrigen Abweichungsmöglichkeit

Kommt der EuGH zu dem Schluss, dass § 8 AÜG nicht europarechtskonform ausgelegt werden kann bzw. gegen Europarecht verstößt, sind die Auswirkungen durchaus gravierend. Erteilt der EuGH der bisherigen Auslegung eine Absage, hätte das weitreichende Folgen für die gesamte Branche. Der Gleichstellungsgrundsatz wäre durch eine Anwendung der Tarifverträge zur Zeitarbeit nicht wirksam ausgeschlossen. Zeitarbeiter könnten die Anwendung des Gleichstellungsgrundsatzes ab dem ersten Tag einer Überlassung fordern und ihren Arbeitgeber auf Nachzahlungen in Anspruch nehmen. Das würde auch für Zeiträume vor einer Entscheidung des EuGHs gelten. Abzuwarten bliebe, ob die zuständige Deutsche Rentenversicherung Bund im Rahmen von Prüfungen Sozialversicherungsbeiträge nachverlangt. Die Behörden könnten dem Personaldienstleister die Zahlung der Lohnsteuer sowie der Sozialversicherungsbeiträge des Zeitarbeitnehmers und des Personaldienstleisters auferlegen, die während der Überlassung hätten gezahlt werden müssen. Daneben könnten Säumniszuschläge treten.

Praxishinweise

Derzeit lässt sich nicht vorhersagen, wie der EuGH und nachgehend das BAG entscheiden werden. Es bleibt zu hoffen, dass sich die überzeugenden Argumente für die Zulässigkeit einer Ausnahme vom Gleichstellungsgrundsatz durch Tarifvertrag weiter durchsetzen. Sowohl Personaldienstleistern als auch Personal entleihenden Unternehmen ist bis dahin zu raten, proaktiv Vorkehrungen für den Fall zu treffen, dass der EuGH die Ausnahme vom Gleichstellungsgrundsatz in § 8 AÜG ablehnt.

- **Entleiher** haften neben den Personaldienstleistern für nachzuentrichtende Sozialversicherungsbeiträge (§ 28e Abs. 2 SGB IV). Personal entleihende Unternehmen sollten sich nach Möglichkeit vertraglich gegen eine gegebenenfalls drohende Inanspruchnahme durch die Sozialversicherungsträger absichern, beispielsweise durch ein Einbehaltungsrecht bei der Überlassungsvergütung oder durch die Gewährung von Bankbürgschaften. Bestehende und zukünftige (Rahmen-)Verträge sind ergänzend auf Haftungsregelungen und Garantien zu untersuchen.
- **Personaldienstleister** sollten ihre Arbeitsverträge mit den Zeitarbeitnehmern und dort insbesondere die sog. Ausschlussfristen prüfen. Danach verfallen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht

innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Monaten nach Fälligkeit geltend gemacht werden. Auch die Tarifwerke der Zeitarbeit enthalten solche Ausschlussfristen, die das Risiko von Nachforderungen der Zeitarbeitnehmer auf die letzten drei Monate begrenzen können. Umsichtige Personaldienstleister werden in Vorbereitung auf mögliche Gerichtsentscheidungen jedoch zusätzlich ihre arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen prüfen. Durch gesetzliche Änderungen und neuere Rechtsprechung des BAG sind Ausschlussklauseln älteren Datums oft nicht wirksam vereinbart und sollten angepasst werden. Zudem kann vom Gleichstellungsgrundsatz aufgrund einer Bezugnahme im Arbeitsvertrag nur dann abgewichen werden, wenn das jeweilige Tarifwerk für die Zeitarbeit vollständig und nicht nur teilweise anwendbar ist (BAG, Urteil vom 16. Oktober 2019 – 4 AZR 66/18). Das hat das BAG jüngst noch einmal bestätigt. Im Licht dieser Rechtsprechung sind Ausschlussfristen und sonstige Regelungen in den Arbeitsverträgen mit Zeitarbeitnehmern sorgfältig auf Abweichungen von den jeweils in Bezug genommenen Tarifverträgen zu untersuchen und sachgerecht anzugleichen. ■

Mitarbeiterdatenschutz – Was Geschäftsführer im Blick haben müssen



Dr. Jan Heuer,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Arbeitsrecht, Kliemt.Arbeitsrecht



Michael Agalarov,
Wissenschaftlicher Mitarbeiter,
Kliemt.Arbeitsrecht

Das Thema Datenschutz hat als Compliance-Risiko bekanntlich in den letzten Jahren Fahrt aufgenommen. Das betrifft vor allem den Umgang mit Bewerber- und Mitarbeiterdaten. Wo ist in diesem Zusammenhang Vorsicht geboten? Was droht Unternehmen und Geschäftsführern? Wie sollten Geschäftsführer mit dem Thema umgehen? Dieser Beitrag gibt einen Überblick.

Risikobereiche bei Bewerber- und Mitarbeiterdaten

Mittlerweile haben sich einige „klassische Risikobereiche“ beim Umgang mit Bewerber- und Mitarbeiterdaten herauskristallisiert. Diese ergeben sich nicht nur aus der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) und den danach (theoretisch) drohenden Folgen, sondern insbesondere aus den Erfahrungen in der Praxis: Die nachfolgende Auflistung berücksichtigt, welche Fehler Unternehmen besonders häufig machen und worauf die Datenschutzbehörden gerne „anspringen“.

Keine (ausreichende) Rechtsgrundlage für vermeintliche Standardprozesse

Jede Verarbeitung von Mitarbeiterdaten muss auf einer rechtlichen Erlaubnis beruhen (Erlaubnistatbestand). Die Einwilligung des Arbeitnehmers, die früher häufig standardmäßig in den Arbeitsvertrag aufgenommen wurde, hilft hier meist nicht weiter. Sie gilt im Regelfall nicht als freiwillig erteilt, weil sich der Arbeitnehmer typischerweise in einer Drucksituation befindet: Ohne Erteilung der Einwilligung befürchtet er Nachteile im Arbeitsverhältnis oder dass es gar nicht erst zum Abschluss des Arbeitsvertrags kommt. Die fehlende Freiwilligkeit führt dazu, dass viele Datenverarbeitungsprozesse nicht auf die

Einwilligung gestützt werden können und damit nicht rechtmäßig sind. Das kommt zum Beispiel bei der Nutzung von Standard-Software im Bereich des HR-Managements vor. Unternehmen müssen daher auf andere Erlaubnistatbestände wie zum Beispiel Betriebsvereinbarungen zurückgreifen. Diese müssen aber sauber ausgearbeitet sein, um datenschutzrechtlichen Standards zu genügen.

Keine hinreichende Sicherung von Mitarbeiterdaten

Erfasste Mitarbeiterdaten müssen hinreichend gesichert sein. Das ist beispielsweise nicht der Fall, wenn der Arbeitgeber Personalakten in einer Cloud ablegt und der Cloud-Anbieter nicht die technischen Schutzstandards der DS-GVO einhalten kann. Dies muss vom Arbeitgeber regelmäßig überprüft werden.

Mitarbeiterinformationen nicht transparent gestaltet

Nach Art. 13, 14 DS-GVO sind Mitarbeiter über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu informieren, zum Beispiel über die Zwecke der Datenverarbeitung. Diese Information muss unter anderem dem Gebot der Transparenz gerecht und daher für Mitarbeiter verständlich und nachvollziehbar gestaltet werden.

Kein Löschkonzept

Mitarbeiterdaten dürfen nach der DS-GVO nur so lange gespeichert werden, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist. Zu löschende Mitarbeiterdaten können beispielsweise Arbeitszeitaufzeichnungen oder Leistungsbeurteilungen sein. Daten abgelehnter Bewerber dürfen regelmäßig nur wenige Monate aufbewahrt werden.

Falscher Umgang mit Mitarbeiteranfragen

Aus Art. 15 DS-GVO folgt ein generelles Recht der Mitarbeiter, Auskunft über die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten zu erhalten. Dies umfasst etwa Informationen zu den Zwecken der Verarbeitung und zur Speicherdauer. Unternehmen müssen regelmäßig innerhalb eines Monats auf entsprechende Anfragen von Mitarbeitern reagieren.

Falscher Umgang mit Datenpannen

Nach Bekanntwerden von Datenpannen muss die Aufsichtsbehörde unverzüglich, möglichst aber innerhalb von 72 Stunden, von der Datenschutzverletzung in Kenntnis gesetzt werden. Wenn ein hohes Risiko für die Verletzung der persönlichen Rechte und Freiheiten der Mitarbeiter besteht, müssen diese ebenfalls unverzüglich informiert werden.

Big-Data-Analysen zu weitgehend

Sogenannte Big-Data-Analysen spielen in Unternehmen eine immer größere Rolle. Dabei sollen aus vorhandenen Daten Schlüsse für die Zukunft gezogen werden. In erster Linie soll über solche Analysen der Betriebsablauf verbessert, insbesondere die Mitarbeiterzufriedenheit und die Produktivität gesteigert oder auch die Personalplanung optimiert werden. Hierbei werden

Daten wie zum Beispiel virtuelle und reale Arbeitsplatzdaten, Kontakte, Inhalte und Aktivitäten in sozialen Netzwerken (wie beispielsweise auf XING, LinkedIn, Facebook, Twitter usw.) oder auch Daten zu Verkaufsvorgängen, wie etwa bekannte Informationen von Kunden, ausgewertet. Unternehmen müssen hierbei genau hinschauen, ob entsprechende Rechtsgrundlagen für diese Analysen vorhanden sind.

Falsche Untersuchungsmethoden bei Fehlverhalten von Mitarbeitern

Die Untersuchung möglichen Fehlverhaltens von Mitarbeitern kann heikel sein. Wenn ein entsprechender Verdacht gegen einen Mitarbeiter aufkommt, müssen zunächst Aufklärungsmaßnahmen erfolgen. Häufig ist es notwendig, Datenscreenings von E-Mail-Postfächern und Unterlagen durchzuführen. Wer hierbei zu weit geht und zum Beispiel private Daten von Mitarbeitern mit „abfischt“, kann diese Daten später möglicherweise nicht verwerten. Zudem drohen Schadensersatzansprüche des Mitarbeiters (dazu sogleich).

Drohende Bußgelder und Schadensersatzzahlungen gering halten

Wenn es zu einem Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorgaben kommt, drohen

Bußgelder seitens der Datenschutzbehörde sowie Schadensersatzansprüche der (ehemaligen) Mitarbeiter. Mit Blick auf Bußgelder machen die Datenschutzbehörden langsam auch in Deutschland ernst: So hat der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit vor kurzem ein Bußgeld wegen Datenschutzverstößen bei der Verarbeitung von Mitarbeiterdaten in Höhe von 35,3 Millionen € gegen ein Unternehmen verhängt. Der Arbeitgeber hatte Details aus dem Privatleben von Beschäftigten in Datenbanken festgehalten und von Führungskräften auswerten lassen. Hinsichtlich Schadensersatzansprüchen hat das Arbeitsgericht Düsseldorf zuletzt einem Mitarbeiter 5.000 € zugesprochen, weil der Arbeitgeber verspätet und nicht vollständig auf einen Auskunftsantrag nach Art. 15 DS-GVO geantwortet hatte. Wie sollte man sich also verhalten?

Kooperatives Verhalten gegenüber der Datenschutzbehörde

Oftmals wird ein kooperatives Verhalten gegenüber der Datenschutzbehörde empfehlenswert sein. Denn die Datenschutzbehörde hat nach der DS-GVO kooperatives Verhalten bei der Bemessung der Höhe des Bußgeldes mildernd zu berücksichtigen. Zudem besteht durch einen offensiven Umgang mit dem Datenschutzverstoß, als Teil des kooperativen Ansatzes, die Möglichkeit,

die negative Außenwahrnehmung gering zu halten. Allerdings kann allzu kooperatives Verhalten auch Risiken mit sich bringen. Eine zu umfangreiche Auskunft gegenüber der Datenschutzbehörde kann natürlich ungewollte Folgefragen provozieren. Hier ist eine Abwägung im Einzelfall zu treffen.

Abstellen des Datenschutzverstoßes

Daneben ist es wichtig, dass das Unternehmen den Datenschutzverstoß umgehend abstellt. Im besten Fall können Unternehmen schon in ihrer ersten Stellungnahme gegenüber der Datenschutzbehörde darauf hinweisen, dass sie Sofortmaßnahmen getroffen haben, die weitere Verstöße dieser Art verhindern. Das kann zum Beispiel in Fällen unzureichender Sicherung von Mitarbeiterdaten durch Maßnahmen zur Verbesserung der IT-Sicherheit gelingen. Da die Dauer des Datenschutzverstoßes und positives Nachtatverhalten bei der Bemessung der Höhe des Bußgeldes und etwaiger Schadensersatzzahlungen eine Rolle spielen, können Unternehmen hier an Stellschrauben drehen, welche die Höhe der Zahlungen zu ihren Gunsten beeinflussen können.

Haftungsrisiken des Geschäftsführers von vornherein vermeiden

Der Sorgfaltsmaßstab von Geschäftsführern erfasst auch die Ergreifung geeigneter Maßnahmen zur Gewährleistung von Datenschutz und Datensicherheit. Falls Geschäftsführer dieser Verpflichtung nicht ausreichend nachkommen, kommt sowohl eine Haftung gegenüber der Gesellschaft (§ 43 Abs. 2 GmbHG) als auch – unter bestimmten Voraussetzungen – die Verhängung eines Bußgeldes direkt gegen den Geschäftsführer selbst in Betracht (hierzu ausführlich Kroll, E-Book GmbH-Geschäftsführer 2020, S. 126 f.).

Geschäftsführer sollten daher in besonderem Maße darauf achten, durch organisatorische Maßnahmen die oben skizzierten Risiken im Bereich des Mitarbeiterdatenschutzes zu verringern. Das Compliance-Management-System sollte in dieser Hinsicht vor allem folgende Elemente enthalten:

- Festlegen von **Verantwortlichkeiten**, insbesondere Bestellung des (internen oder externen) Datenschutzbeauftragten;

- Ordnungsgemäße **Dokumentation der Datenverarbeitungstätigkeiten** über ein Verarbeitungsverzeichnis einschließlich Überprüfung der Rechtsgrundlagen;
- Festlegung von Datenschutzgrundsätzen für die Mitarbeiter in einer **Datenschutzrichtlinie**;
- **Schulung** der HR-Abteilung und Verpflichtung zur Vertraulichkeit (Datengeheimnis);
- Überwachung der Einhaltung der **Datenschutzvorgaben beim Einsatz von Software und Hardware** durch Mitarbeiter (E-Mail, Mobile Devices, HR-Management-Systeme) – Regelungen hierzu finden sich häufig in einer Betriebsvereinbarung, die zugleich Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung sein kann;
- Festlegung von **Berichts- und Meldewegen** bei möglichen oder tatsächlichen Datenschutzverstößen;
- Ordnungsgemäße Erstellung eines **Löschkonzepts**, welches ins HR-Management-System eingepflegt werden kann. ■



Altersversorgung für Gesellschafter-Geschäftsführer mittelständischer Unternehmen – aktuelle Trends und clevere Alternativen



Jochen Messner,
Bankfachwirt und Vorstand,
WBA Wirtschaftskanzlei für betriebliche
Altersversorgung AG

Eine Versorgungszusage an Geschäftsführer bzw. Vorstände von Kapitalgesellschaften, unabhängig ihrer Beteiligungsverhältnisse an der Gesellschaft, gehört heute im Rahmen des Dienstvertrages zum Standard. Zumeist wird eine Gesamtvergütung (Fixgehalt, Dienstwagen, Tantieme, Altersversorgung) vereinbart. In den meisten Fällen sind diese Versorgungszusagen für diesen Personenkreis und deren Versorgung im Alter von erheblicher Bedeutung, da sie nicht oder nur unzureichend über die gesetzliche Rentenversicherung abgesichert sind. Hohe Einkommen und die häufig sehr niedrigen Anwartschaften aus den gesetzlichen Versorgungseinrichtungen führen zu einem „Muss“ für die Absicherungen der Risiken Alter (Langlebigkeit), Invalidität und Tod. Folgerichtig findet sich bei ca. 80 % der GmbHs in Deutschland eine betriebliche Altersversorgung (BAV) zugunsten des Gesellschafter-Geschäftsführers. Auch bei „Fremd“-Geschäftsführern ist dies häufig der Fall.

Genau dieser Personenkreis und dessen (steuer-)rechtlichen Berater sind mit immer komplexer werdenden Rahmenbedingungen konfrontiert. So gehört zur „optimalen“ Beratung, neben den Bestimmungen des eigentlichen Versorgungsbedarfs, die rechtlichen, steuerrechtlichen und produktseitigen Besonderheiten zu betrachten. Die laufende Änderung der Rechtsprechung und den von den Finanzverwaltungen übernommenen Spezialvorschriften müssen ebenso Beachtung finden, um gesellschaftsrechtlich veranlasste Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen zu vermeiden.

Letztlich müssen sowohl bei der Einrichtung der Versorgung als auch bei der weiteren Begleitung im Laufe der Zeit, die Berater der Firma und des GGF's sich eng miteinander abstimmen. Dies auch schon vor

den kontinuierlich veränderten Rahmenbedingungen, sei es steuerlicher, gesellschaftsrechtlicher oder finanztechnischer Natur.

Es spielen weitere Faktoren, wie z.B. die Finanzierbarkeit und die Auswirkungen auf die Bilanz und damit auch auf das Rating und die Kreditwürdigkeit oder die Unternehmensnachfolge gewichtige Rollen. Diese ändern sich, teils durch exogene Einflüsse, teils durch geänderte Sichtweisen des GGF's. Wenn der GGF Mitte 50 Jahre alt ist, ist er mitten in seinem Schaffensdrang und denkt selten an seine Nachfolge. Das erweist sich immer öfter als strategische Fehleinschätzung. Denn eine nicht ausfinanzierte BAV mit schwer kalkulierbaren Finanzierungsrisiken führt immer häufiger zur Unveräußerbarkeit der Firma. Der Firmenwert stellt für viele Inhaber allerdings eine erhebliche Altersversorgungsquelle dar, die damit zum Ende des Berufslebens möglicherweise komplett wegbricht. Die gedachte „vorhandene“ Altersversorgung wird zum Luftschloss.



In der BAV sind die Durchführungswege: Direktversicherung, Pensionskasse, Pensionsfonds, Unterstützungskasse und die Direktzusage (Pensionszusage). Diese unterscheiden sich in der Art der Zusage, in den steuerlichen Rahmenbedingungen und im Dotierungsrahmen. Bei GGF's sind die am meisten verwendeten Durchführungswege die Direktversicherung, die Direktzusage und die UKassen-Zusage. Der Dotierungsrahmen für die Direktversicherung bemisst sich an der Beitragsbemessungsgrenze BBG. In 2021 können bis zu 8% der BBG dotiert werden. Damit alleine kann man keine adäquate Altersversorgung aufbauen. Die Direktzusage und die UKassen können grundsätzlich unbegrenzt dotiert werden. Hier gelten andere Vorschriften. Darüber hinaus müssen hier weitere Bedingungen eingehalten werden. Dazu gibt es ein ganzes Prüfschema, ab wann überhaupt eine Zusage gemacht werden kann, die Ernsthaftigkeit und die Finanzierbarkeit müssen ebenfalls gegeben und nachvollziehbar sein.

Eine wesentliche Unterscheidung zwischen Direktzusage und UKasse besteht in der Bilanzberührung. Bei der Direktzusage müssen nach § 6a EStG in der Bilanz Pensions-Rückstellungen gebildet werden. Diese werden nach einem Verfahren von Prof. Heubeck errechnet. Diese Berechnung

ändert sich von Zeit zu Zeit, so dass es während des Zusagezeitraums schon einige Verschiebungen geben kann. Aktuell werden die HEUBECK-RICHTTAFELN 2018 G verwendet. In diese Berechnung fließt die Langlebigkeit als einer der wesentlichen Faktoren mit ein. Die durchschnittliche Lebenserwartung ist in der Vergangenheit laufend gestiegen, so dass die Pensionsverpflichtungen immer teurer wurden und damit höhere Rückstellungen gebildet werden mussten. Werden Pensionszusagen in der Steuerbilanz mit einem Zinssatz von 6% berechnet, so ist dieser in der Handelsbilanz jedoch nur bei 2,23%. Hier orientiert man sich am Marktzins vergleichbarer Anleihen. Bsp.: Beläuft sich die Rückstellung bei einem im Jahr 1969 geborenen Pensionsberechtigten für eine Altersrente von 1.000 € p.M. gem. dem steuerlich Heubeck-Barwert auf rd. 136.000 €. In der Handelsbilanz ist dieser Wert aufgrund des deutlich niedrigeren Zinssatzes mit 194.000 € anzusetzen. Und diese Differenz wird sich in den nächsten Jahren noch deutlich ausweiten, weil die Zinsen für Anleihen in den letzten Jahren weiter stark gesunken sind. Rechnet man weiter mit einem sog. Versicherungsbarwert dann benötigt man nochmals deutlich mehr Kapital: rd. 300.000 €.

Dieser Problematik ist es geschuldet, dass die in der Vergangenheit so beliebte Direktzusage für GGF's immer wenig Anklang findet. In den 1970er bis Anfang der 1990-Jahre war es üblich, die Finanzierung der Zusagen auf den Heubeck-Wert abzustellen. Somit konnte man einen höheren steuerlichen Effekt erzielen. Die Leistungszeitpunkte rückten näher und man stellte fest, dass die Zusagen nicht ausreichend finanziert waren. Die Unternehmen waren auch deshalb nicht mehr veräußerbar. Wenn man die unterschiedlichen Werte miteinander vergleicht, möchte kein Käufer dieses unkalkulierbare Risiko eingehen. Deshalb versucht man verstärkt, die Pensionszusagen aus den Firmenbilanzen zu „entsorgen“. Hier schlummern viele versteckte Gefahren, die im übelsten Fall sogar zu einem Verzicht und somit zu einer verdeckten Einlage führen können. Der GGF verzichtet auf seine Pension, damit das Unternehmen verkauft werden kann und muss diesen Verzicht dann auch noch im Privaten versteuern!

Um dieser Problematik zu entgehen, wurde in den letzten Jahren eher die UKasse gewählt. Der Hauptunterschied besteht darin, dass die Zusage über einen externen Versorgungsträger (die UKasse) durchgeführt wird und man somit eine Bilanzberührung verhindert. Es sind also nur die Dotierun-

gen für die Finanzierung der Zusage als Betriebskosten abzugsfähig.

Die Einrichtung einer firmeneigenen UKasse ist nicht ganz so einfach und für einen einzelnen auch zu kostspielig. Als weiterer Punkt kommt hinzu, dass UKassen i.d.R. als eingetragene Vereine gegründet werden, die keine Gewinnerzielungsabsicht haben. Somit sind die Erträge der Kapitalanlagen steuerfrei. Für die steuerliche Anerkennung ist eine Voraussetzung, dass Arbeitgeber (sprich der GGF) nicht in der Mehrzahl der Begünstigten sind. Falls diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, übersteigt auf Ebene der UKasse das sog. zulässige Kasernenvermögen und der Betriebskostenabzug nach § 4d EStG entfällt.

Dem Ganzen entgeht man dadurch, dass die Zusagen über Gruppen-UKassen, bei der mehrere Trägerunternehmen ihre Versorgung durchzuführen, genutzt werden. Gruppen-UKassen werden hauptsächlich von Lebensversicherern geführt. Die Finanzierung der Zusagen erfolgt durch den Abschluss von Rentenversicherungen. Man nennt diese „kongruent rückgedeckte UKassen“, bei der die Zusage durch eine Rentenversicherung rückgedeckt wird.

Im o.g. Beispiel eine Rentenversicherung mit einer Rentenzahlung von 1.000 €. Da die Lebensversicherer in dem aktuellen Zinsumfeld nicht mehr so hohe Verzinsungen erzielen können und sie das Langlebigkeitsrisiko voll übernehmen, ist die Einrichtung einer solchen Zusage teurer geworden. Bei dem Beispiel muss man hierfür mtl. rd. 1.400 € für eine Altersrente von 1.000 € aufwenden. Spätestens hier stellt sich bei vielen die Frage, ob sich das überhaupt lohnt. Das stimmt so nicht ganz, ist die Ansparzeit noch rund 15 Jahre (Alter bei Zusage 52 Jahre, Rentenbeginn mit 67), während die Leistungserfüllung voraussichtlich deutlich länger ist. Die Lebenserwartung eines in 15 Jahren 67-jährigen ist länger als bis zum 82. Lebensjahr.

Dass wir in Kürze wieder deutlich steigende Zinsen haben werden, wage ich mal zu bezweifeln, können sich allein die Staatshaushalte mit ihrer Verschuldung höhere Zinsen schlichtweg nicht leisten. Auch die EZB macht derzeit nicht den Anschein, dass sie eine hohe Inflationserwartung hätte und sie bald eine Korrektur ihrer Geldpolitik einleiten würde. Die Suche nach cleveren Alternativen wird deshalb größer. Es geht ja nicht nur um den GGF allein, sondern häufig auch um die Altersversorgung des (Ehe-) Partners, der in familiengeführten mittelständischen Unternehmen meist mitarbei-

tet und ebenso eine Altersversorgung aufbauen muss.

Welche Alternativen es noch gibt, dazu soll dieser Artikel Anregungen geben. Ganz wichtig ist, gleich welche Möglichkeit bevorzugt wird, es gibt nicht DIE LÖSUNG. Jede Versorgung ist individuell und muss wie in einer Manufaktur auf die Anforderungen und Wünsche zusammengesetzt werden.

Wenn ein Unternehmer-Ehepaar für beide eine Versorgung aufbauen möchten, dann kann dies durch eine Direktzusage gemacht werden, und die Finanzierung dieser Zusagen erfolgt über den Aufbau eines Kapitalstocks, der beide Versorgungen finanziert. Ein Vorteil ist, dass beim vorzeitigen Ableben einer der Partner der Kapitalstock immer noch voll vorhanden ist. Die Anlage des Kapitalstocks kann z.B. durch eine Immobilie erfolgen. Die Mietrenditen sind derzeit höher als bei reinen Rentenversicherungen und eine langlaufende Rentenzahlung ist ebenfalls finanziert. Die Hinterbliebenenversorgung entfällt, weil ja die Immobilie immer noch vorhanden ist. Im Falle eines späteren Verkaufs der Firma kann die Pensionszusage und die Immobilie auf eine „Rentner“-GmbH übertragen werden. Eine Direktzusage ist nicht immer nur schädlich und hinderlich, zumeist liegt es schlicht daran, dass nicht ausreichend Kapital geschaffen wurde.

Ein Kapitalstock kann natürlich auch mit anderen Anlagen aufgebaut werden, z.B. mit Aktien, deren Langfristrenditen deutlich höher liegen. Aktien unterliegen stärkeren Volatilitäten und diese möchte man nicht in der eigenen GmbH-Bilanz jährlich abbilden müssen. Das kann ein operatives Ergebnis z.T. stark beeinflussen. Ferner ist es aus Unternehmer-Sicht so, dass das Geld im eigenen unternehmerischen Risiko verdient wird. Wenn es einmal im unternehmerischen Risiko war, dann sollte es nicht unbedingt wieder ins unternehmerische Risiko (und eine Aktienanlage ist die Beteiligung an anderen Unternehmen) gestellt werden. Eine andere Form ist die „pauschal-dotierte UKasse“. Bei der pUK handelt es sich um einen versicherungsfreien Durchführungsweg der BAV. Häufig gewährt die UKasse dem Trägerunternehmen ein Darlehen. Die Firma kann über die Gelder frei verfügen. Die Regel ist die Verwendung im Unternehmen selbst, z.B. zur Ablösung von teuren Bankkrediten oder zur Investition im Anlagevermögen. Damit kann quasi eine eigene Unternehmensbank aufgebaut werden. Allerdings ist zu beachten, dass zum Zeitpunkt der Pensionsleistung auch wirklich ausreichend Kapital zur Verfügung steht. Dies ist leider nicht immer der Fall, so dass es zu hohen Nachschuss-Finanzierungen kommt.

In den letzten Jahren sind weitere Formen zum Aufbau der Altersversorgung für GGF auf den Markt gekommen, die u.a. diese unterschiedlichen Instrumentarien miteinander kombinieren. Es gibt Anbieter, die „mischen“ Kapital- und Rentenzusage, kongruent-rückgedeckte und pauschal-dotierte UKassen. Während Versicherungsunternehmen mit einer sehr langen Lebenserwartung kalkulieren, gibt es Anbieter, die rechnen mit einer Lebenserwartung kleiner 100 Jahre. Wenn man das Kapital auf einen kürzeren Zeitraum ausbezahlt, dann steigen die Rentenzahlungen. So kann eine um rund 30 – 50 % höhere Rentenleistung ausbezahlt werden.

Fazit: Den einen Königsweg gibt es leider nicht. Jede Versorgungsform hat Vor- und leider auch Nachteile. Auch ist jedes Unternehmen unterschiedlich und hat unterschiedliche Zahlungsströme und schwankende Gewinne. Deshalb sollten sich Unternehmer von ihren Beratern individuelle Lösungen erarbeiten lassen. Diese müssen dann von Zeit zu Zeit auf den Prüfstand gestellt und nachjustiert werden. ■

Neue Risiken für die Altersversorgung geschäftsführender Gesellschafter in der Insolvenz



Dr. Marco Arteaga,
Rechtsanwalt und Partner,
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH



Dr. Annetrin Veit,
Rechtsanwältin, Steuerberaterin, Partnerin,
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Für geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH ist die innerbetriebliche Pensionszusage meist die einzige realistische und steuerlich sinnvolle Möglichkeit zum systematischen Aufbau einer angemessenen eigenen Altersversorgung.¹ Die Sicherung dieser Altersversorgung auch im Insolvenzfall des Unternehmens hat daher eine überragende Bedeutung. Die für die Insolvenzsicherung seit vielen Jahren etablierten Instrumente werden in der jüngeren Vergangenheit jedoch immer häufiger durch Insolvenzverwalter angegriffen, die das Versorgungskapital in die Insolvenzmasse ziehen möchten. Eine zusätzliche Sicherung ist daher notwendig. Und sie ist glücklicherweise auch möglich.

Große Bedeutung der eigenen betrieblichen Altersversorgung für geschäftsführende Gesellschafter

Die GmbH ist für viele Unternehmer die bevorzugte Rechtsform. Sie sorgt für eine klare Trennung der privaten und der betrieblichen Vermögenssphären und schafft zudem für den geschäftsführenden Gesellschafter (GGF) im Regelfall einen vernünftigen Schutz des Privatvermögens vor finanziellen Risiken im Falle einer Insolvenz des Unternehmens. Steuerlich wird ein beherrschend beteiligter GGF wie ein Angestellter behandelt. Seine Bezüge unterliegen dem Lohnsteuerabzug, was vielen auch die Ordnung der privaten Finanzen erleichtert, da die Bezüge netto, also nach Abzug der Lohnsteuer ausgezahlt werden. Es besteht daher wie für einen Arbeitnehmer stets Klarheit darüber, wieviel Geld für die Privatausgaben zur Verfügung steht.

Auch im Hinblick auf seine Altersversorgung wird ein GGF steuerlich wie ein Angestellter behandelt. Das bedeutet, dass die Aufwendungen der GmbH für eine angemessene Altersversorgung des GGF Betriebsausgaben sind. Angemessen sind Monatsrenten von bis zu 75 % der Aktivenbezüge. Eine solche Altersversorgung wird meist durch eine entsprechende Pensionszusage erreicht, also eine vertragliche Vereinbarung zwischen GmbH und GGF, in der sich die GmbH verpflichtet, z.B. ab Vollendung des 65. Lebensjahres eine entsprechende monatliche Altersrente zu zahlen. In der Regel sind auch Invaliditätsrenten und Hinterbliebenenrenten für Ehegatten und Kinder vorgesehen. Die steuerlichen Wirkungen sind beträchtlich. Für eine durchaus typische Versorgungszusage mit einer monatlichen Altersrente von 5.000 € werden im Laufe der Jahre steuerliche Rückstellungen („Pensionsrückstellungen“) von rund 750.000 € gebildet.

Wegen dieser erheblich ins Gewicht fallenden steuerlichen Wirkungen solcher Ruhegeldvereinbarungen zwischen GmbH und Gesellschafter-Geschäftsführer haben Finanzverwaltung und -gerichtsbarkeit über die Jahre eine ganze Reihe von Anforderungen für ihre steuerliche Anerkennung entwickelt. Aber diese Gestaltungen sind grundsätzlich zulässig und erkennen die besondere Bedeutung dieser Personengruppe für unser Wirtschaftsleben sowie ihre speziellen Bedürfnisse im Bereich der Altersversorgung an.

¹ Rentenversicherungsbericht 2020 v. 1.12.2020, BT-DruckS. 19/24925, S. 105, Rz. 29.

Insolvenzversicherung für GGF-Pensionszusagen

Die für die Altersversorgung benötigten Gelder werden meist in einer geeigneten Rückdeckungsversicherung angesammelt. Deren Wert ist meist noch höher als die steuerlichen Rückstellungen. Die Ansprüche aus der von der GmbH abgeschlossenen Rückdeckungsversicherung werden meist an den GGF zur Sicherung seiner Ansprüche aus der Pensionszusage verpfändet. Dieses sog. „Verpfändungsmodell“² wurde bislang als sinnvolle und ausreichende Insolvenzversicherung angesehen und auch insolvenzrechtlich wie auch steuerlich anerkannt.³

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass Versorgungszusagen an Geschäftsführer, die nur minderheitlich beteiligt sind und keine beherrschende Stellung in der Gesellschaft innehaben, im Falle der Insolvenz ihrer GmbH gesetzlichen Insolvenzschutz durch den Pensions-Sicherungs-Verein (PSV) genießen. In diesem Fall erhält der (Minderheits-)GGF seine Betriebsrente bei Insolvenz der GmbH vom PSV. Der PSV deckt Monatsrenten bis zum Dreifachen der Bezugsgröße in der gesetzlichen Rentenversicherung. Im Jahr 2021 sind das 9.870 € (West) bzw. 9.345 € (Ost). Für beherrschend beteiligte GGF besteht dieser gesetzliche Insolvenzschutz jedoch nicht.

Für sie ist ein wirksames „Verpfändungsmodell“ deshalb unverzichtbar.

Neue Gefahren für das „Verpfändungsmodell“

Trotz der von der Rechtsprechung seit Jahren anerkannten Wirksamkeit des „Verpfändungsmodells“ mehren sich seit einiger Zeit die Berichte über zunehmende Angriffe auf die GGF-Altersversorgungen. Sie kommen meist von Insolvenzverwaltern, die angesichts der oftmals in Rede stehenden Beträge diese lieber in der Insolvenzmasse sähen. Für sie ist kraft ihres Amtes die Altersversorgung des früheren Geschäftsführers der insolventen GmbH nicht die oberste Priorität. Enthält die Versorgungszusage oder die Pfandrechtsvereinbarung rechtliche Mängel, so muss der Insolvenzverwalter kraft seiner amtlichen Pflichten die entsprechenden Ansprüche auch geltend machen und die Rückdeckungsversicherung zur Masse ziehen.

Es wurden aber auch schon Fälle bekannt, in denen Zweifel über die rechtzeitige Insolvenzanmeldung erhoben wurden. Diese wurden dann im Wege eines „informellen Vergleichs“ nicht weiterverfolgt, nachdem der GGF im Gegenzug auf seine Versorgungsansprüche verzichtete. Hierbei ist zu bedenken, dass die Äußerung solcher Zweifel durch einen Insolvenzverwalter in

der Regel bereits staatsanwaltliche Ermittlungen auslöst (§15a Abs.1 InsO). Deren Folgen sind oft unabsehbar. Die Einigungsbereitschaft eines betroffenen GGF ist daher mitunter groß. Denn es braucht für einen solchen „informellen Vergleich“ nur sein Einverständnis zur Aufhebung der Versorgungszusage und das Damoklesschwert des strafrechtlichen Vorwurfs einer Insolvenzverschleppung verschwindet. Aber mit der Aufhebung der Pensionszusage entfällt kraft Gesetzes das Pfandrecht, denn es ist ein unselbständiges, ein sog. „akzessorisches“ Sicherungsrecht. Ebenso gut können Insolvenzverwalter und GGF auch schlicht nur die Verpfändungsvereinbarung aufheben.

Inwieweit die anfänglich erhobenen Zweifel im Hinblick auf eine Insolvenzverschleppung begründet waren, wird man dabei oft nur schwer beurteilen können und man würde es erst am Ende eines langen Instanzenzuges wirklich wissen. Die finanziellen und die psychischen Belastungen eines solchen Rechtsstreits sind jedenfalls sehr ungleich verteilt: Für einen GGF ist eine solche Auseinandersetzung oftmals existenzbedrohend. Für den Insolvenzverwalter ist das schlicht ein weiterer Masseprozess.⁴



- 2 Der Verf. veröffentlichte in seinem Beitrag „Endlich Konkursicherheit für Unternehmer-Pensionszusagen“ in ZIP 1998, S. 276 (279) eine geeignete Muster-Verpfändungsvereinbarung
- 3 Vgl. Doetsch/Lenz: Versorgungszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer und -Vorstände, 11. A., 2020, S. 33
- 4 Vgl. die Schilderungen von Grell/Patzer in FAZ vom 14.10.2020: „Nach der Pleite kommen die Klagen“ und Veh in Leiter-bAV vom 11.1.2021: „Und immer lockt die GGF-Pensionszusage...“

Doppel-Treuhand zur endgültigen Reservierung des Vermögens für die Altersversorgung

Schon bisher wird nicht selten anstelle des „Verpfändungsmodells“ ein Treuhänder bemüht. Ihm werden die Verfügungsrechte im Hinblick auf die Rückdeckungsversicherung oder ggf. anderes Vorsorgevermögen eingeräumt (sog. „Verwaltungstreuhand“). Aber auch ein solches vertragliches Treuhandmodell („CTA“) bietet keinen endgültigen Schutz, denn im Falle der Aufhebung der Versorgungszusage wird der das Vermögen verwaltende Treuhänder keinerlei Grund mehr haben, die Rückgewähr des Vermögens (Rückdeckungsversicherung) an die Gemeinschuldnerin (die insolvente GmbH) zu verweigern.

Eine lückenlose Sicherung erfordert deshalb, dass sowohl die Verwaltungstreuhandvereinbarung als auch die Pensionszusage selbst einen Dritten einbeziehen, dessen Zustimmung für jedwede Vertragsänderung benötigt wird. Dieser Dritte, eine Art „Altersversorgungsaufpasser“ oder „Pensions Watchdog“, übernimmt es als eigene Aufgabe und verpflichtet sich unbefristet, seine Zustimmung zu Vertragsänderungen nur dann zu erteilen, wenn der originäre Versorgungszweck nicht beeinträchtigt wird.

Seine im eigenen Interesse übernommene und auch seinem Satzungszweck entsprechende Funktion ist der „Schutz des GGF vor sich selbst“. Der GGF gerät fortan nicht mehr in Versuchung, jemals das auf die Seite gelegte Vermögen für andere Zwecke einzusetzen. Damit stellt sich der GGF im Hinblick auf seine Altersversorgung wie jeder andere Versorgungsberechtigte auch, der Ansprüche aus der gesetzlichen Rentenversicherung oder der betrieblichen Altersversorgung besitzt: Der Versorgungsanspruch und das für die Erbringung der Versorgungsleistungen gebildete Versorgungskapital sind unantastbar. Weder für den Begünstigten noch für Dritte. Selbst Beamte können nicht über ihren Pensionsanspruch verfügen. Einer solchen Verfügungsbeschränkung unterwirft sich der GGF durch die Installation des „Pensions Watchdog“ freiwillig – und dauerhaft.

Es liegt auf der Hand: Diese „Pensions Watchdog“-Funktion kann nur eine geeignete juristische Person übernehmen. Wegen der nicht absehbaren Dauer der Begleitung der GGF-Versorgung darf dies keine natürliche Person sein.

Fazit

Die betriebliche Altersversorgung ist für GGF ein unverzichtbarer Baustein ihrer Altersvorsorge. Bei der Erteilung und Ausgestaltung der Versorgungszusage sind viele betriebsrentenrechtliche und steuerliche Rahmenbedingungen zu beachten. Besondere Aufmerksamkeit erfordert daher ihre Insolvenzsicherung. Hier schützt nur eine doppelte Treuhandkonstruktion vor planwidrigen Zugriffen. Es empfiehlt sich, für die Vertragsgestaltung kompetenten Rechtsrat einzuholen. ■



Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer



Dr. Constantin Axer,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Handels- und Gesellschaftsrecht,
Seitz Rechtsanwälte Steuerberater
Partnerschaftsgesellschaft mbB

1. Einleitung

GmbH-Geschäftsführern ist es während der Dauer ihrer Organstellung von Gesetzes wegen untersagt, zu ihrer Anstellungsgesellschaft in Wettbewerb zu treten. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, das erst nach Beendigung der Bestellung zum Geschäftsführer bzw. nach Beendigung des Anstellungsvertrages in Kraft tritt, gilt hingegen nicht von Gesetzes wegen, sondern bedarf einer besonderen Vereinbarung. An der Vereinbarung eines solchen nachvertraglichen Wettbewerbsverbots mit Führungskräften, die über besonderes Know-how verfügen, kann in bestimmten Konstellationen zum Schutz des Unternehmens ein überragendes Interesse bestehen.

Ein besonderes Ärgernis resultiert insoweit aus dem Umstand, dass durch neuere Tendenzen in der Rechtsprechung selbst dort, wo die Parteien bewusst ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart haben, dieses wegen der zunehmend strengen Rechtsprechung im Fall der Fälle nicht verbindlich wird. Dies mag für den einen – in privater Sache unverhofft vom Wettbewerbsverbot befreiten – Geschäftsführer ein Segen sein; für den anderen, die Interessen der Muttergesellschaft vertretenden Konzern-Geschäftsführer ist die drohende Unwirksamkeit hingegen ein Fluch. Anlass genug für einen schlaglichtartigen Überblick.

2. Bisheriger Prüfungsmaßstab

Die gerichtliche Überprüfung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote gegenüber GmbH-Geschäftsführern erfolgt nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht anhand der – für Arbeitnehmer geltenden – §§ 74 ff. HGB. Zur Begründung führte der BGH seinerzeit interessanterweise aus, eine generalisierende Übertragung der §§ 74 ff. HGB auf Organmitglieder scheitere schon daran, dass diese nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch Arbeitgeber seien. Dergestalt repräsentiere der Geschäftsführer das Unternehmen weit mehr als ein Angestellter. Eine Konkurrenztätigkeit, die er nach seinem Ausscheiden aufnehme, begründe dementsprechend auch in viel stärkerem Maße als bei einem Arbeitnehmer die Gefahr, dass das Unternehmen Schaden erleide. Als flexiblerer Prüfungsmaßstab sei daher die Sittenwidrigkeitskontrolle des § 138 BGB heranzuziehen, in deren Rahmen die Wertungen der §§ 74 ff. BGB berücksichtigt werden könnten.

Dieser vermeintlichen Flexibilität stand in der Praxis schon seit jeher das Erfordernis gegenüber, das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in Einklang mit der Berufsfreiheit des Geschäftsführers zu bringen. Wirksam vereinbar sind hiernach nur nachvertragliche Wettbewerbsverbote, die „dem Schutze eines berechtigten Interesses des Gesellschaftsunternehmens dienen und nach Ort, Zeit und Gegenstand die Berufsausübung und wirtschaftliche Betätigung des Geschäftsführers nicht unbillig erschweren“ (vgl. BGH, Urteil v. 26.03.1984 – II ZR 229/83, NJW 1984, 2366, 2367).

3. AGB-Kontrolle

Neben die Sittenwidrigkeitskontrolle tritt allerdings auch in diesem Bereich eine – auch hier zunehmend ausufernde – AGB-Kontrolle, da nachvertragliche Wettbewerbsverbote typischerweise in arbeitgeberseitig vorformulierten Geschäftsführer-Anstellungsverträgen vereinbart werden. Sie stellen daher regelmäßig AGB dar und unterliegen insoweit einer Inhaltskontrolle am Maßstab der „unangemessenen Benachteiligung“, was per se eine erhebliche Verschärfung gegenüber der eigentlich vom BGH intendierten flexiblen Sittenwidrigkeitskontrolle bedeutet. Im AGB-Recht werden zudem Unklarheiten einer Klausel stets zu Lasten der GmbH ausgelegt. Eine Intransparenz führt ohnehin zur Unwirksamkeit der Klausel. Abgerundet wird diese „Abwärtsspirale“ durch das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. In ein gegenständlich zu weitgehendes Verbot darf hiernach als Minus kein weniger weitreichendes – zulässiges – Verbot hineingelesen werden. Die Klausel ist vielmehr insgesamt unwirksam.

4. Entscheidung des OLG München

Welch weitreichende Folgen dies für die Praxis hat, verdeutlicht eine jüngere Entscheidung des OLG München. Das OLG München hat in einem einstweiligen Verfügungsverfahren die Ansicht vertreten, dass eine Klausel, nach der jede Art von Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen verboten ist, zu weit gefasst und damit unwirksam ist. Denn darunter falle nach dem Wortlaut etwa auch eine „Tätigkeit als Hausmeister“. Eine solche Tätigkeit habe aber keinerlei Bezug zur vorherigen Tätigkeit des dortigen Geschäftsführers und werde daher nicht durch die berechtigten Interessen der beklagten GmbH gerechtfertigt.

In Anbetracht des Umstands, dass der dortige Geschäftsführer nicht etwa eine untergeordnete Tätigkeit bei einem Konkurrenzunternehmen anstrebte, sondern Geschäftsführer eines unmittelbaren Wettbewerbers der vorherigen Anstellungsgesellschaft werden wollte, zeigt sich die Skurrilität der Rechtsprechung auf den ersten Blick. Durch eine denkbar abwegige Auslegung des Wettbewerbsverbots wird das – zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von beiden Seiten anerkannte und schützenswerte – Interesse der Gesellschaft selbst dann mit einem Federstrich beseitigt,

wenn der Geschäftsführer beabsichtigt, gegen den vollkommen unstreitigen Kernbereich des Verbots zu verstoßen.

Dies ist umso bedenklicher, als nachvertragliche Wettbewerbsverbote für GmbH-Geschäftsführer in der Praxis meist ganz ähnlich formuliert werden bzw. wurden wie im Fall des OLG München. Zudem „schwappt“ das – bewusst plakativ gewählte – Hausmeister-Beispiel nunmehr auf andere klassische Verbotsalternativen über. So wird der verbotsbetroffene Geschäftsführer, der zuvor – wie im Fall des OLG München – Brillen hergestellt und vertrieben hat und das Konkurrenzunternehmen genau zu diesen Themen beraten möchte, nunmehr gegen ein allgemeines Verbot der Beratung von Konkurrenzunternehmen einwenden, die Regelung sei unwirksam, weil sie ihm zum Beispiel auch die Beratung in Fragen des Arbeitsschutzes verbiete. Diese Rechtsprechung ist schon Juristen schwer zu vermitteln; Mandanten lässt sie recht sprach- und verständnislos zurück.

5. Geltungserhaltende Reduktion

Die Entscheidung des OLG München überzeugt im Ergebnis auch deswegen nicht, da bei einer Anwendung der vorstehenden Grundsätze ein höherer Schutzstandard für

GmbH-Geschäftsführer festgeschrieben wird als für Arbeitnehmer. Während im Falle zu weit gefasster nachvertraglicher Wettbewerbsverbote gegenüber Arbeitnehmern eine geltungserhaltende Reduktion gesetzlich angeordnet ist, greift gegenüber Geschäftsführern das vorgenannte Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.

Als letzter Notanker bleibt auch gegenüber Geschäftsführern der sog. „blue pencil test“. Danach kann ein Wettbewerbsverbot teilweise aufrechterhalten werden, wenn die unwirksame Klausel teilbar ist und nach Streichung des abtrennbaren unwirksamen Teils noch eine sinnvolle restliche Klausel verbleibt. Ist das nachvertragliche Wettbewerbsverbot beispielsweise mit Blick auf das Tätigkeitsverbot wirksam formuliert, allerdings im Hinblick auf das Beratungsverbot zu weit, könnte das Beratungsverbot gestrichen werden, wenn der Sinn der Klausel hinsichtlich des Tätigkeitsverbots nicht darunter leidet. Schon gibt es aber Entscheidungen, die argumentieren, der Blue Pencil-Test sei nicht dafür gedacht, eine in sich geschlossene Wettbewerbsklausel so lange zusammenzustreichen, bis ein zulässiger Teilinhalt übrigbleibt. Das liefe wiederum auf eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion hinaus und würde zudem dem Transparenzgebot widersprechen.

6. Fazit und einstweiliger Rechtsschutz

Vorgehende Ausführungen zeigen, dass jedenfalls eine entsprechende Anwendung der in § 74a HGB für Arbeitnehmer festgeschriebenen geltungserhaltenden Reduktion für GmbH-Geschäftsführer zu befürworten ist. Die gegenteilige Rechtsprechung ist nicht zuletzt in Anbetracht der Ausgangsbegründung des BGH, die Interessen der Gesellschaft an einem wirksamen Verbot seien im Verhältnis zu einem Geschäftsführer schützenswerter als gegenüber einem Angestellten, wertungswidersprüchlich.

Solange der BGH die gebotene Korrektur seiner überholten Rechtsprechung noch nicht vorgenommen hat, ist allerdings besondere Vorsicht bei der vertraglichen Gestaltung von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten mit Organmitgliedern geboten. Das Wettbewerbsverbot steht unter dem Damoklesschwert des Unwirksamkeitsverdikts, falls es den zulässigen Umfang der Wettbewerbsbeschränkung überschreitet oder eine zu niedrige Karenzenschädigung vorsieht. Die Einholung eines anwaltlichen Expertenrats ist hier geradezu unerlässlich.

Geht es um die prozessuale Durchsetzung bzw. Aufhebung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots herrscht meist „Gefahr im Verzug“. Hier sind zusätzlich die Besonderheiten des einstweiligen Rechtsschutzes zu beachten, innerhalb dessen ein Gericht vorläufigen Rechtsschutz bis zur Entscheidung in der Hauptsache gewährt.

Der Entscheidung des OLG München lag insoweit die – tendenziell ungewöhnliche – Konstellation zu Grunde, dass der dortige Geschäftsführer das einstweilige Verfügungsverfahren (gerichtet auf die Feststellung der Unwirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots) anstrebte, nachdem ihm durch die Gesellschaft ordentlich gekündigt worden war. Die für den einstweiligen Rechtsschutz erforderliche Dringlichkeit bejahte das OLG München hier im Mai 2018, obwohl der Kläger schon im Juli 2017 mit Wirkung zum 31.7.2018 ordentlich gekündigt und sofort freigestellt worden war, und begründete dies schlicht damit, dass der Geschäftsführer zum 1.8.2018 eine Stelle als Geschäftsführer eines Konkurrenzunternehmens antreten könne. Für den umgekehrten Fall, in dem eine GmbH ihren Geschäftsführer abberuft und mit sofortiger Wirkung freistellt, weil ihr

Vorbereitungshandlungen des Geschäftsführers für die Aufnahme einer Konkurrenztaetigkeit bekannt geworden sind, sollte die Gesellschaft mit der Ergreifung einstweiligen Rechtsschutzes hingegen nicht zuwarten, bis die ordentliche Kündigungsfrist sich ihrem Ende nähert. Zwar droht erst dann eine Gefährdung ihrer Interessen, so dass nicht die Dringlichkeit, sehr wohl aber das Rechtsschutzbedürfnis verneint werden könnte. Angesichts der Dauer von Hauptsachverfahren hätte sich die Sache für die GmbH dann bereits aus prozessualen Gründen wohl erledigt. ■



Kundenschutzklauseln für GmbH-Geschäftsführer



Dr. Rolf Stagat,
Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht, Fachanwalt
für Arbeitsrecht,
GKD Gäng Kramer Döring Stagat,
Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB

I. Einführung

Scheiden Geschäftsführer aus ihrem Anstellungsverhältnis und als Organ einer GmbH aus, so ist es auf Seiten der Gesellschaft nicht gern gesehen, wenn der ausgeschiedene Geschäftsführer sofort bei einem Wettbewerber anheuert und ihr Konkurrenz macht. Typischerweise erfolgt der Wechsel ausgeschiedener Geschäftsführer aber gerade zu Konkurrenten, da der Geschäftsführer nur dort sein Branchen- und Erfahrungswissen sinnvoll einsetzen kann. So wird etwa der aus einer Steuerberatungsgesellschaft ausgeschiedene Geschäftsführer – gleich ob er selbst gekündigt hat oder gekündigt wurde – eine neue Position wiederum bei einer Steuerberatungsgesellschaft suchen und finden. Um Mandatsverluste zu vermeiden, enthalten Geschäftsführeranstellungsverträge deshalb häufig nachvertragliche Wettbewerbsverbote, die jedoch auch bei Geschäftsführern durch die Zusage einer Karenzentschädigung teuer erkaufte werden müssen. Als weniger kostenträchtige Alternative bieten sich Kundenschutz- oder Mandantenschutzklauseln an. Diese untersagen dem ausgeschiedenen Geschäftsführer nicht jegliche Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen, sondern lediglich Geschäfte mit Mandanten des bisherigen Anstellungsunternehmens. Mit einer solchen Mandantenschutzklausel kann sich das Unternehmen wirksam gegen die „Mitnahme“ von Mandanten schützen, ohne hierfür hohe Karenzentschädigungen bezahlen zu müssen.

II. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote, Mandantenschutzklauseln und Mandantenübernahmeklauseln

1. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Will ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern ein Wettbewerbsverbot für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auferlegen, so wird er mit § 74 HGB konfrontiert. Danach ist ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nur verbindlich, wenn sich der Arbeitgeber verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der letzten vertragsmäßigen Vergütung erreicht (§ 74 Abs. 2 HGB). Fehlt die Zusage einer Karenzentschädigung, so ist das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nichtig, das heißt der Arbeitnehmer muss sich nicht an das Wettbewerbsverbot halten und der Arbeitgeber kann die nachvertragliche Konkurrenzaktivität seines ehemaligen Mitarbeiters nicht verhindern.

Nun sind GmbH-Geschäftsführer – von höchst selten vorkommenden Ausnahmefällen abgesehen – keine Arbeitnehmer. Sie unterfallen daher nicht unmittelbar der Vorschrift des § 74 HGB. Der BGH hat deshalb entschieden, dass die an dem arbeitsrechtlichen Schutz von Handlungsgehilfen orientierten Vorschriften der §§ 74 ff. HGB auf Geschäftsführerverträge grundsätzlich keine Anwendung finden.¹ Das bedeutet aber nicht etwa, dass mit GmbH-Geschäftsführern ohne Weiteres nachvertragliche Wettbewerbsverbote ohne Zusage einer Karenzentschädigung vereinbart werden können.

¹ BGH NZG 2008, 753
² BGH NZG 1997, 3089

Der BGH wendet zwar auf Geschäftsführer §§ 74 ff. HGB nicht an, prüft aber, ob das Verbot einem berechtigten geschäftlichen Interesse der Gesellschaft dient und die Berufsausübung und wirtschaftliche Betätigung des Geschäftsführers nicht unbillig erschwert.² Liegt kein berechtigtes Interesse der Gesellschaft vor oder führt es trotz berechtigten Interesses zu einer unbilligen Erschwerung des beruflichen Fortkommens des Geschäftsführers, so ist es sittenwidrig und nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

Eine solch unbillige Erschwerung wird angenommen, wenn dem Geschäftsführer eine Karenzentschädigung als Gegenleistung für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot völlig versagt wird. Bei Geschäftsführern gilt nicht die starre Regelung des § 74 Abs. 2 HGB („mindestens die Hälfte der von dem Handlungsgehilfen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen“), die Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen des Geschäftsführers verlangt aber ebenso wie bei einem Arbeitnehmer eine im konkreten Fall angemessene wirtschaftliche Absicherung. Mangels einer gesicherten Rechtsprechung wird in der Praxis meist auch GmbH-Geschäftsführern eine Karenzentschädigung von 50 % der zuletzt bezogenen (Fest-)Vergütung zugesagt.

2. Kundenschutzklauseln

Im Gegensatz zu einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot verbieten Kundenschutzklauseln nicht generell die Tätigkeit des ausgeschiedenen Mitarbeiters für jeglichen Wettbewerber. Ihm wird lediglich untersagt, Kunden seines bisherigen Anstellungsunternehmens „mitzunehmen“. Das Verbot umfasst also nicht die Tätigkeit für Konkurrenten an sich, sondern nur die Ausnutzung der Kundenbeziehungen, die beim bisherigen Anstellungsunternehmen geknüpft wurden. Für die Kunden seines neuen Dienstgebers darf der Geschäftsführer dagegen uneingeschränkt tätig sein.

Das Phänomen der „Mitnahme“ von durch persönliche Betreuung aufgebauten Kundenkontakten zeigt sich besonders häufig bei Rechtsanwaltskanzleien und Steuerberatungsgesellschaften. Hier stellt sich der Kundenschutz als Mandantenschutz dar.

Lässt die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte allgemeine Mandantenschutzklauseln ohne Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung einer Karenzentschädigung regelmäßig an § 74 Abs. 2 HGB scheitern, so werden Mandantenschutzklauseln bei Geschäftsführern grundsätzlich für zulässig gehalten.³

3. Mandantenübernahmeklauseln

Eine Sonderform der Mandantenschutzklausel bildet die Mandantenübernahmeklausel. Eine Mandantenübernahmeklausel verbietet dem Geschäftsführer nicht die Mitnahme von Mandanten, sondern erlaubt sie ausdrücklich. Allerdings erlegt sie ihm im Gegenzug die Verpflichtung auf, für die übernommenen Mandate eine Ausgleichszahlung zu leisten. Solche Klauseln lauten bspw.:

„Übernehmen Sie bei oder im Zusammenhang mit Ihrem Ausscheiden aus den Diensten unserer Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar Mandate der Gesellschaft, so werden Sie als Entschädigung für einen Zeitraum von 5 Jahren seit dem Ausscheiden einen Betrag in Höhe von 20 % Ihres Gesamtumsatzes mit dem betreffenden Mandanten an die Gesellschaft abführen.“⁴

Solche Mandantenübernahmeklauseln enthalten keine Zusage zur Zahlung einer Karenzentschädigung. Gleichwohl sind sie selbst bei Arbeitnehmern grundsätzlich zulässig und verbindlich, soweit sie dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers dienen und das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers

nicht unbillig erschweren.⁵ Allerdings wird eine entschädigungslose Mandantenübernahmeklausel als Umgehung im Sinne von § 75 d Satz 2 HGB gewertet, wenn die Konditionen so ausgestaltet sind, dass sich die Bearbeitung der Mandate für den Arbeitnehmer wirtschaftlich nicht lohnt. Das BAG hat eine Mandantenübernahmeklausel ohne Karenzentschädigung, die einen angestellten Rechtsanwalt verpflichtet, bei einer anschließenden unselbständigen Tätigkeit einen Honoraranteil in Höhe von 20 % an seinen früheren Arbeitgeber abzuführen, deshalb als sog. **verdeckte Mandantenschutzklausel** für unwirksam erklärt.⁶

Bei Geschäftsführern besteht demgegenüber ein weiterer Spielraum. Für Geschäftsführer gelten die §§ 74 ff. HGB nicht, die Beschränkung ihrer Konkurrenzfähigkeit muss lediglich einem berechtigten Interesse des Dienstgebers entsprechen und darf keine unbillige Erschwerung ihres beruflichen Fortkommens sein. Wann diese Grenzen überschritten sind, ist immer eine Einzelfallentscheidung und durch die Gerichte nicht abschließend geklärt.

³ OLG Düsseldorf, NJW – RR 1994, 36; OLG Düsseldorf, GmbHR 1999, 120; OLG Düsseldorf, NZG 2000, 737

⁴ Sachverhalt gem. BAG, Urteil vom 07.08.2002 – 10 AZR 586/01

⁵ Ittmann in: beck-online Großkommentar Rn. 50 zu § 74 HGB

⁶ BAG, Urteil vom 10.12.2013 – 10 AZR 286/13, NZA 2014, 433

Um das Risiko der Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB zu minimieren, sollten Unternehmen folgende Schranken beachten:

- Mandantenübernahmeklauseln dürfen nicht von unbeschränkter Dauer sein, sondern höchstens für zwei Jahre nach Ausscheiden des Geschäftsführers vereinbart werden.⁷
- Der abzuführende Honoraranteil darf nicht höher sein als 25 % der aus den übernommenen Mandaten erzielten Umsätze.⁸

Werden diese Schranken in der Mandantenübernahmeklausel nicht berücksichtigt, neigen die Gerichte zu der Annahme, die Übernahme der Mandate lohne sich wirtschaftlich nicht und stelle deshalb eine unbillige Erschwerung des beruflichen Fortkommens des Geschäftsführers dar. Wird eine Honorarabführung von 20 % des Jahresumsatzes mit übernommenen Mandanten etwa für die Dauer von 5 Jahren nach Ausscheiden vereinbart, so ist das Verbleiben von Mandanten beim ehemaligen Mitarbeiter über einen derart langen Zeitraum nach Auffassung des BAG nicht auf den mitgegebenen „good will“ des ehemaligen Dienstgebers, sondern auf die eigene Leistung des ehemaligen Mitarbeiters zurückzuführen und die Vereinbarung deshalb unwirksam.⁹

III. Rettung zu weitgehender Mandantenübernahmeklauseln durch geltungserhaltende Reduktion?

Wird eine Mandantenübernahmeklausel für längere Zeit als zwei Jahre vereinbart oder der abzuführende Honoraranteil zu hoch angesetzt, stellt sich die Frage, ob sie durch eine geltungserhaltende Reduktion gerettet werden kann. Bei Arbeitnehmern scheidet ein Zurückführen der vereinbarten Regelung auf das noch zulässige Maß schon an § 75 d HGB. Stellt sich die Klausel als verdeckte Mandantenschutzklausel dar, die aufgrund zu lang andauernder oder zu hoher wirtschaftlicher Belastung für den Arbeitnehmer eine Übernahme der Mandate überhaupt infrage stellt, so liegt eine Umgehung der Pflicht zur Karenzentschädigung vor, die nicht durch eine geltungserhaltende Reduktion ungeschehen gemacht werden kann.¹⁰

Mandantenübernahmeklauseln für GmbH-Geschäftsführer liegen jedoch außerhalb des Schutzbereichs der §§ 74 ff. HGB, weshalb der BGH hier bei Wettbewerbsverboten mit zu langer Bindung eine geltungserhaltende Reduktion zulässt.¹¹ Erst recht muss dies für weniger einschränkende Mandantenübernahmeklauseln gelten. Höchststrichterlich ungeklärt ist aber weiterhin die Frage, ob

Mandantenübernahmeklauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen oder vorformulierte Vertragsbedingungen wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners unwirksam sind, weil sie entschädigungslos eine Honorarabführungspflicht vorsehen, obwohl mit der Beendigung des Anstellungsverhältnisses die Verpflichtung, dem Anstellungsunternehmen keinen Wettbewerb zu machen, grundsätzlich endet.¹² Da auch Fremdgeschäftsführer und Minderheitsgesellschaftergeschäftsführer nach der Rechtsprechung des BAG Verbraucher sind, besteht auch hier grundsätzlich das Risiko der AGB-Rechtswidrigkeit. Aus der Sicht von Geschäftsführern, die von ihren ehemaligen Anstellungsunternehmen aus einer Mandantenübernahmeklausel auf Zahlung von Honoraranteilen in Anspruch genommen werden, kann ein Blick auf den Umfang der zeitlichen und betragsmäßigen Bindung sowie auf die durch Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit durchaus lohnend sein.

IV. Zusammenfassung

Um zu verhindern, dass Geschäftsführer nach ihrem Ausscheiden sofort bei einem Wettbewerber anheuern und „ihrer“ bisherigen GmbH Konkurrenz machen, werden oft nachvertragliche Wettbewerbsverbote vereinbart, die jedoch durch Zahlung einer Karenzentschädigung in der Regel teuer

erkauft werden müssen. Als Alternative bieten sich gerade für Freiberufler-GmbHs sog. Mandantenschutz- bzw. Mandantenübernahmeklauseln an, die nicht die Konkurrenz per se, sondern nur bezogen auf den Mandanten- bzw. Kundenstamm einschränkt. Da für Geschäftsführer, anders als für Arbeitnehmer, die §§ 74 ff. HGB nicht anzuwenden sind, bietet sich hier ein deutlich größerer Spielraum. Auch bei solchen Vereinbarungen sollten jedoch stets die Grenze der Sittenwidrigkeit und die weitere Entwicklung der Rechtsprechung im Auge behalten werden. ■

⁷ BGH, Urteil vom 29.10.1990, GmbHR 1991, 16; BGH, Urteil vom 08.05.2000, ZIP 2000, 1337; OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.07.2008 – 17 U 140/07

⁸ Irtmann in: beck-online Großkommentar Rn. 51.4ff. zu § 74 HGB

⁹ BAG, Urteil vom 07.08.2002 – 10 AZR 586/01

¹⁰ BAG, Urteil vom 07.08.2002 – 10 AZR 586/01

¹¹ BGH, Urteil vom 29.10.1990 – II ZR 241/89

¹² vom Bundesarbeitsgericht ausdrücklich offengelassen im Falle eines angestellten Rechtsanwalts, BAG NZA 2014, 433

Achtung Falle! Steuerliche Risiken in der Krise der GmbH



Dr. Klaus Olbing,
Rechtsanwalt und Partner,
Fachanwalt für Steuerrecht,
Streck Mack Schwedhelm,
Partnerschaft mbB

I. Ausgangslage: Das deutsche Steuerrecht ist sanierungsfeindlich

Leider gehört es zu den Grundweisheiten, dass das Steuerrecht wenig mit betriebswirtschaftlicher Vernunft zu tun hat. Viele betriebswirtschaftlich sinnvolle oder rechtlich sogar vorgeschriebene Maßnahmen sind mit steuerlichen Nachteilen verbunden. Diese Grundregel gilt leider nicht nur dann, wenn es der Gesellschaft gut geht, sondern erst recht, wenn sie in einer wirtschaftlichen Krise ist. Betriebswirtschaftlich notwendige Sanierungsmaßnahmen können daher zu höchst unangenehmen Überraschungen führen: Das Finanzamt setzt Steuern fest, ohne dass eine entsprechende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gegeben ist. Die damit verbundenen wirtschaftlichen Belastungen können zur Insolvenz der GmbH führen und Grundlage von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer sein.

Daher muss der Geschäftsführer gerade in Krisenzeiten seine Entscheidungen zeitnah mit der Steuerabteilung bzw. dem Steuerberater/Fachanwalt für Steuerrecht abstimmen.

II. Beispiele: Ungewünschte Steuerfolgen von Sanierungsmaßnahmen

Die Risiken sollen nachfolgend an klassischen Sanierungsmaßnahmen beispielhaft verdeutlicht werden.

1. Schuldenerlass

Erklären sich die Gläubiger der GmbH bereit, ganz oder teilweise auf Forderungen zu verzichten, entsteht ein Buchgewinn, ohne dass neue Liquidität geschaffen wird. Der Buchgewinn reduziert den laufenden Verlust und kann in Extremfällen zu einem Gewinn führen, der bei der GmbH der regulären Besteuerung unterliegt. Dieser Sanierungsgewinn ist nicht per se von der Ertragsbesteuerung freigestellt. Vielmehr müssen die komplizierten Regelungen des § 3a EStG (der über § 8 KStG auch für GmbHs gilt) sowie § 7b GewStG zum steuerfreien Sanierungsgewinn beachtet werden.

2. Rangrücktrittsvereinbarung

Vor diesem Hintergrund wird häufig nicht zum Verzicht, sondern zum sog. „Rangrücktritt“ gegriffen. In einer solchen Vereinbarung erklärt sich der Gläubiger bereit, erst dann wieder Zahlungen zu erhalten, wenn die anderen Gläubiger aufgrund neuer Gewinne befriedigt sind. Zivilrechtlich bleibt die Forderung erhalten. Sie ist jedoch in der Krise nicht durchsetzbar. In der Regel erklären sich die Gesellschafter bzw. nahe stehende Unternehmen zu diesem Mittelweg bereit. Aber Achtung! Obwohl auf die Forderung nicht verzichtet wird, kann eine steuerliche Gewinnrealisierung eintreten. Nach § 5 Abs. 2a EStG (der ebenfalls über § 8 KStG bei der GmbH zur Anwendung kommt) führt der Rangrücktritt sogar in der Regel zu einer steuerlichen Gewinnrealisierung. Die Finanzrechtsprechung hat diese Problematik erkannt und akzeptiert Rangrücktrittsvereinbarungen ohne steuerliche Gewinnrealisierung dann, wenn die Verbindlichkeit nicht nur durch zukünftige Gewinne, sondern auch durch sog. „freies Vermögen“ zurückgeführt werden kann. Es kommt also auf die korrekte Formulierung der Vereinbarung an.

3. Stundung

Wird die Verbindlichkeit vom Gläubiger „nur“ gestundet, hat dies bei dem notleidenden Schuldner zunächst keine unmittelbaren steuerlichen Folgen. Wird die Stundung jedoch zinsfrei gewährt, können die Regeln zur sog. „Abzinsung“ zur Anwendung kommen (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EStG), was ebenfalls zu einem Buchgewinn führt, dem keine Liquidität entgegensteht.

4. Verkauf von Betriebsvermögen

Werden einzelne Vermögensgegenstände der notleidenden GmbH veräußert, führt dies für sich betrachtet zu den allgemein bekannten Folgen bezogen auf den veräußerten Gegenstand (bei Verkauf über Buchwert: Gewinnrealisierung). Diese Besteuerung gilt auch dann, wenn das notleidende Unternehmen von dem Veräußerungserlös nichts erhält (z.B. weil das verkaufte Grundstück mit Grundschulden belastet war, die durch den Veräußerungserlös abgelöst werden, da der Verkaufserlös an den Darlehensgeber geht).

Neben diesen unmittelbaren Steuerfolgen sind aber auch mittelbare Steuerfolgen zu beachten. Wurde z.B. die Immobilie einer 100%-igen Tochtergesellschaft zur Nutzung überlassen, lag eine sog. Betriebsaufspaltung vor. Der Verkauf des Grundstücks führt

zum Wegfall der für die Betriebsaufspaltung notwendigen „sachlichen Verflechtung“. Dieses kann zu weiteren mittelbaren Steuerfolgen führen.

5. Ausnutzung von Verlustvorträgen

Verluste der GmbH kommen den Gesellschaftern nicht zugute. Verluste darf die GmbH im Rahmen des Verlustrücktrags nach § 10d Abs. 1 EStG bis zu einem Jahr zurücktragen. Corona-bedingter Höchstbetrag ist derzeit 10 Mio. € (ansonsten 1 Mio. €). Ist der Verlust des laufenden Jahres höher als 10 Mio. €, ist ein weitergehender Verlustrücktrag nicht möglich. Vielmehr muss das Unternehmen auf die Zeit warten, in der wieder Gewinne erwirtschaftet werden. Hier kommt der Verlustvortrag nach § 10d Abs. 2 EStG zum Tragen. Aber auch dieser ist begrenzt.

Beträgt der Verlust im Jahr 2020 beispielsweise 50 Mio. €, ist ein Verlustvortrag in das Jahr 2019 in Höhe von bis zu 10 Mio. € möglich. Die verbleibenden 40 Mio. € sind in der Folgezeit nutzbar. Erwirtschaftet das Unternehmen im Jahr 2021 40 Mio. € Gewinn, kann der Verlustvortrag aber nicht vollständig mit diesem Gewinn saldiert werden. Dies ist nur hinsichtlich der ersten Millionen möglich und darüber hinaus in Höhe von 60 %. Im vorliegenden Fall wären

das 24.400.000 €. Die nicht ausgenutzten Verluste in Höhe von 15.600.000 € können erst in den Folgejahren ab 2022 mit weiteren Gewinnen – aber weiterhin mit den Beschränkungen des § 10 d Abs. 2 EStG – saldiert werden. Im Jahr 2021 wären daher 15,6 Mio. € zu versteuern, obwohl rechnerisch an sich ausreichend Verlustpotential vorhanden ist.

6. Erhalt des Verlustvortrags

Unabhängig von den Begrenzungen des § 10d EStG im Hinblick auf den Verlustrücktrag und den Verlustvortrag, ist der Verlust steuerlich ein hohes wirtschaftliches Gut, da – wenn auch mit einer zeitlichen Verzögerung – in einem entsprechenden Maße zukünftige Gewinne steuerfrei gestellt werden. Leider können in dieser Zwischenzeit – gerade bei einer GmbH – Verlustvorträge durch Sanierungsmaßnahmen untergehen.

Wird beispielsweise die verlustträchtige GmbH auf eine gut laufende GmbH verschmolzen, geht der Verlustvortrag der notleidenden GmbH nach § 12 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 2 UmwStG unter.

Gliedert man aus der notleidenden GmbH die positiven Assets auf eine neue Tochtergesellschaft aus, um z.B. mit deren Ver-

kaufserlös den notleidenden Teilbetrieb zu sanieren, geht der Verlustvortrag der notleidenden GmbH nach § 15 Abs. 3 UmwStG teilweise verloren.

Nimmt man einen Investor auf, um mit dessen neuer Liquidität die notleidende Gesellschaft zu sanieren, kann bei dessen Beteiligung von mehr als 50 % nach § 8c KStG der bis dahin noch nicht verbrauchte Verlustvortrag untergehen.

III. Schlussbetrachtung

Betriebswirtschaftlich ist es schon schwer genug, eine Krise zu überwinden und eine verlustträchtige Gesellschaft wieder in die Gewinnphase zu überführen. Leider muss dabei immer wieder auch auf das Steuerrecht geachtet werden, um unliebsame Überraschungen zu vermeiden. Bedauerlicherweise ist trotz der Corona-Krise nicht absehbar, dass der Gesetzgeber diese sanierungsfeindliche Grundhaltung des deutschen Steuerrechts aufgibt. Umso wichtiger ist es, gute Berater an der Seite zu haben. ■

Das Wertpapierportfolio in der Vermögensnachfolge – Der frühe Vogel fängt den Wurm!



Dr. Zacharias-Alexis Schneider, LL.B., LL.M., Director, Rechtsanwalt, Steuerberater, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Steuerrecht, Fachberater für Unternehmensnachfolge, KPMG Deutschland

Problemstellung: Privatvermögen kann regelmäßig nicht steuerneutral übertragen werden

Die schenkweise Übertragung von größeren Vermögen im Rahmen der Nachfolgeplanung löst regelmäßig Erbschaft- und Schenkungsteuer aus. Während das Betriebsvermögen zu einem Großteil meist steuerfrei auf die nächste Generation übertragen werden kann, reichen die Freibeträge bei der Übertragung von Privatvermögen oft nicht aus, um eine steuerneutrale Vermögensnachfolge gewährleisten zu können. Dies kann insbesondere bei der Übertragung von Wertpapierportfolios oder Barvermögen von Eltern auf ihre Kinder zu einer erheblichen steuerlichen Belastung führen, die der diesbezüglich bestehende persönliche Freibetrag i.H.v. 400.000 € nicht auffangen kann. Vielmehr ist das übergegangene Vermögen in dieser Konstellation mit bis zu 30 % zur Steuertilgung einzusetzen.

Bei einer lebzeitigen Schenkung desselben Wertpapierportfolios kann aber – wie auch das nachstehende Beispiel veranschaulicht – bspw. durch die gleichzeitige Vereinbarung eines Nießbrauchsvorbehalts der maßgebliche schenkungsteuerliche Wert des übertragenen Gegenstandes erheblich gemindert werden. Diese Gestaltung ermöglicht u.U. auch die steuerfreie Übertragung größerer Vermögen, indem die persönlichen Freibeträge steueroptimiert eingesetzt werden können.

Der Nießbrauch als Gestaltungsvariante bei der Vermögensübertragung

Durch die Einräumung eines Nießbrauchs wird dem Nießbraucher das Nutzungsrecht an einer Sache oder einem Recht überlassen. Hierbei können unterschiedliche Nießbrauchsarten vereinbart werden. Die am häufigsten in der Steuergestaltungspraxis anzutreffenden Formen des Nießbrauchs sind der Zuwendungsnießbrauch und der Vorbehaltsnießbrauch. Beim Zuwendungsnießbrauch bleibt das Eigentumsrecht an der jeweiligen Sache beim Schenker und nur ein Teil der Rechte wird in Form eines Nießbrauchsrechts auf die beschenkte Person übertragen. Im Gegensatz hierzu ist ein Vorbehaltsnießbrauch gegeben, wenn der Schenker eine Sache verschenkt, an der er sich selbst gegenüber dem neuen Eigentümer den Nießbrauch vorbehält. Da der Nießbrauch den Wert des übertragenen Gegenstands mindern kann, ist diese Form für eine Reduzierung der Schenkungsteuerbelastung besonders interessant.

Der Vorbehaltsnießbrauch im Überblick

Einen deutlich höheren Bekanntheitsgrad hat der Nießbrauch bei der Übertragung von Immobilien gewinnen können. Schenkt beispielsweise der Vater eine Immobilie unter Nießbrauchsvorbehalt an seine Tochter (Nießbrauchgeberin), so wird diese Eigentümerin der Immobilie. Die Mieteinnahmen gehören jedoch bis zu dessen Tod dem Vater (Nießbraucher). Der Vorteil: Die Immobilie gehört nach dem Ableben des Vaters nicht zu seinem Nachlass. Für die Erben fällt auf diese Immobilie keine Erbschaftsteuer an. Zusätzlich mindert der Nießbrauchsvorbehalt den Wert der übertragenen Immobilie im Rahmen der Ermittlung der Bemessungsgrundlage für die Schenkungsteuer.

Zur Veranschaulichung der steuerlichen Auswirkungen eines Vorbehaltsnießbrauchs im Rahmen einer Schenkung dient folgendes Beispiel:

Der Vater (V) möchte sein Wertpapierdepot im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge auf sein Kind (K) steueroptimiert übertragen. Daher möchte V im Rahmen der Übertragung des Depots vereinbaren, dass zu seinen Gunsten ein Vorbehaltsnießbrauch bestellt wird. Hierfür sollte V zunächst eine Bank auswählen, die auf die Verwaltung von Wertpapierportfolios, für welche ein Vorbehaltsnießbrauch besteht, spezialisiert ist. In Abhängigkeit der jeweiligen internen Bankenbestimmungen kann sich der nachfolgend skizzierte Verfahrensablauf leicht unterscheiden:

1. Im ersten Schritt ist ggfs. das bestehende Wertpapierdepot bei der alten Bank von V aufzulösen. Sofern die Aktien nicht in das neue Depot überführt werden können, sind diese zunächst zu veräußern. Die hierdurch realisierten Kursgewinne lösen Kapitalertragsteuer aus, sofern diese über dem jährlichen Sparerpauschbetrag i.H.v. 801 € liegen.

2. Im zweiten Schritt wird die schenkweise Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt am Kapitalvermögen vollzogen. Rechtlich sind dies grds. zwei für sich stehende Verträge, die aber in der Praxis parallel im Schenkungsvertrag abgelichtet werden. Der trennscharfen Vertragsausgestaltung kommt hierbei eine entscheidende Bedeutung zu, da die Rechte am Vermögensstamm (Wertpapiere bzw. Barvermögen) und den Erträgen (Dividenden etc.) klar definiert sein sollten. Diese Vorgaben sind zudem bankseitig umzusetzen und sollten entsprechend buchungstechnisch belegbar ausgewiesen werden können.

In der vorliegenden Konstellation könnte V dem K beispielsweise seinen Liquidationserlös aus der Veräußerung des „alten“ Wertpapierdepots mit der Auflage einer Investition dieses Betrags in Wertpapiere schenken. Gleichzeitig würde er sich ein Nießbrauchsrecht am „neuen“ Wertpapierdepot vorbehalten. V wäre schließlich als Nießbraucher, K als Nießbrauchgeber anzusehen.

Diese Konstellation hat gleich mehrere Vorteile:

Die Geldsumme ist nun mit einem Nießbrauch belastet und wird somit niedriger bewertet. Von der ursprünglichen Bemessungsgrundlage wird der Wert des Nießbrauchs abgezogen, der auf Basis von Vervielfältigern berechnet wird. Nach den Vorgaben des Bewertungsgesetzes ist der Jahreswert der Nutzungen von Barvermögen grds. mit 5,5% anzunehmen. Dieser standardisierte Jahreswert dürfte nicht selten über jenem für entsprechendes Wertpapiervermögen liegen, so dass eine Bargeldschenkung im Hinblick auf die Bewertung des Nießbrauchsrechts im Einzelfall attraktiver sein kann. Inwieweit die Finanzverwaltung diesen Prozentsatz oder aber einen niedrigeren anwenden möchte, weil das Bargeld zum Erwerb von Wertpapieren durch die Auflage bestimmt ist, kann nicht zweifelsfrei beurteilt werden. Im Optimalfall kann der Anfall von Schenkungsteuer für den Erwerb des Wertpapierportfolios vollständig vermieden werden. Im Ergebnis können auf diese Weise auch Barvermögen oberhalb der steuerlichen Freibeträge steuerfrei übertragen werden.

Das folgende Rechenbeispiel soll den steuerlichen Effekt eines Vorbehaltsnießbrauchs nochmals verdeutlichen:

Bemessungsgrundlage liquidiertes Wertpapierdepot = Schenkung	1.000.000 €
einjähriger Geldwert der Nutzung einer Geldsumme 1.000.000 € * 5,5%	55.000 €
Höchstbetrag nach Bewertungsgesetz	53.763,44 €
Vervielfältiger nach BMF 2021 (hier: 55jähriger Mann)	14,018
Abzugsbetrag = Höchstbetrag * Vervielfältiger	- 753.655,90 €
Wert der Bereicherung (Differenz)	= 246.344,10 €
Freibeträge pro Kind nach ErbStG, alle 10 Jahre	- 400.000 €
Steuerpflichtiger Erwerb	0

3. Nach der Schenkung ist das Stammvermögen bei der Bank auf dem Konto des K in einem neuen Wertpapierportfolio gebunden. Die laufenden Kapitalerträge aus dem Stammvermögen fließen auf das Konto des V. Zu beachten ist, dass dem V als Nießbraucher hinreichende Einflussmöglichkeiten gewährt werden sollten, da der Nießbraucher ein wirtschaftlicher Eigentümer sein muss. Bei Veräußerung von (Teilen des) Stammvermögens fließen die daraus erwirtschafteten Gewinne dem Nießbrauchbesteller K zu. Durch die Wahl der Anlagestrategie lässt sich hierbei auch beeinflussen, wie groß die Kapitalerträge des V sein werden. Wenn eine Anlagestrategie mit regelmäßigen Dividendenerträgen gewählt wird, wächst das Kapitalvermögen des Nießbrauchers V. Wird hingegen eine Strategie mit (thesaurierenden) Wertpapieren gewählt, durch die erst bei Veräußerung Kursgewinne erzielt werden, wächst insoweit das Stammkapital des Nießbrauchbestellers K an.

Der besondere Reiz des Vorbehaltsnießbrauchs ist die steueroptimierte Übertragung von Privatvermögen. Je früher mit der Nachfolgeplanung begonnen wird, desto größer ist in der Regel der Bewertungsvorteil durch den vom Alter des Nießbrauchers abhängigen Vervielfältiger und dementsprechend höheren Wert des Vor-

behaltsnießbrauchs. So würde der steuerpflichtige Erwerb im obigen Rechenbeispiel bei sonst gleichbleibenden Annahmen für einen etwa 15 Jahre älteren Mann auf etwa 62.000 € ansteigen und somit in die Schenkungsteuerpflicht „hineinwachsen“. Zudem können die Freibeträge des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes alle zehn Jahre erneut in Anspruch genommen werden. Hohe Sorgfalt sollte aber auf die konkrete Gestaltung des Schenkungsvertrags gelegt werden. Auf diese Weise kann mittels einer ganzheitlichen Lösung auch das Privatvermögen optimal und steuerkonform übertragen werden. ■



Aktuelles zum Zufluss beim beherrschenden Gesellschafter



Prof. Dr. Burkhard Binnewies,
Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Steuerrecht,
Streck Mack Schwedhelm Rechtsanwälte
Steuerberater Partnerschaft mbB

1. Zuflussfiktion bei beherrschendem Gesellschafter mit Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft ausländischen Rechts.

Der inländische Gesellschafter, der an einer Kapitalgesellschaft ausländischen Rechts beteiligt ist, ist mit einer aus dieser Gesellschaft resultierenden **Dividende** nach §§1, 20 Abs.1 Nr. 1 EStG **unbeschränkt steuerpflichtig**. Auch die DBA weisen das Besteuerungsrecht grundsätzlich dem Wohnsitzstaat des Gesellschafters zu.

Nach **§ 11 Abs. 1 Satz 1 EStG** sind Einnahmen im Privatvermögen innerhalb des Kalenderjahrs bezogen, indem sie dem Steuerpflichtigen zugeflossen sind. Geldbeträge fließen dem Steuerpflichtigen grundsätzlich dadurch zu, dass sie bar ausgezahlt oder einem Konto des Empfängers bei einem Kreditinstitut gutgeschrieben werden.

Hiervon macht die ständige Rechtsprechung des BFH eine Ausnahme **bei beherrschenden Gesellschaftern** einer Kapitalgesellschaft, wenn es um Forderungen des Gesellschafters gegenüber seiner Gesellschaft geht. Bei diesen wird angenommen, dass sie über eine von der Gesellschaft geschuldete Vergütung bereits im Zeitpunkt der Fälligkeit verfügen können und ihnen damit entsprechende Einnahmen zugeflossen sind. Gerechtfertigt wird dies damit, dass es der beherrschende Gesellschafter in der Hand habe, solche Beträge stehen oder sich auszahlen zu lassen. Auch bei Vereinbarung späterer Auszahlungszeitpunkte habe es der beherrschende Gesellschafter in der Hand, auch wenn er nicht selbst Geschäftsführer ist, den Geschäftsführer entsprechend anzuweisen.¹

Nach Auffassung des FG Münster² greift **die Fiktion des Zuflusses beim beherrschenden Gesellschafter** mit Fälligkeit der Forderung auch für den Auszahlungsanspruch auf Auszahlung einer Dividende aus einer ausländischen Kapitalgesellschaft.

Wenn wie im deutschen Gesellschaftsrecht der Dividendenanspruch des Gesellschafters der ausländischen Kapitalgesellschaft durch den entsprechenden Beschluss der Gesellschafterversammlung entsteht, bedarf es auch keiner expliziten Bestimmung eines Fälligkeitszeitpunkts. **Ab Beschlussfassung** habe es der beherrschende Gesellschafter in der Hand, für die Auszahlung des Anspruchs zu sorgen.³

2. Zuflussfiktion bei sog. gespaltener Gewinnausschüttung⁴

Beispiel: A ist Alleingesellschafter der A-GmbH. Er stellt den Gewinn für 2019 fest. Von diesem Gewinn i.H.v. 100.000 € werden 50.000 € an ihn ausgezahlt und 50.000 € in eine personenbezogene Gewinnrücklage eingestellt. Aus dieser kann nur ausgeschüttet werden, wenn ein Mehrheitsbeschluss gefasst wird, die Rücklage aufzulösen und auszukehren.

Mit Ablauf des Geschäftsjahrs einer GmbH entsteht gem. **§ 29 GmbHG** ein mitgliedschaftlicher Anspruch auf Feststellung des Jahresabschlusses und Auffassung eines Gewinnverwendungsbeschlusses.

¹ Vgl. nur BFH vom 2.12.2014 -- VIII R 2/12, BStBl. II 2015, 333, DStR 2015, 402; vom 14.2.1984 -- VIII R 221/80, BStBl. II 1984, 480, jeweils mVn.

² FG Münster vom 17.1.2020 -- 4 K 1526/16 E, EFG 2020, 525.

³ So das FG Münster vom 17.1.2020 -- 4 K 1526/16 E, EFG 2020, 525 für eine Beteiligung an einer polnischen Sp.z o.o.; vgl. auch das FG Baden-Württemberg für die Beteiligung an einer kroatischen Kapitalgesellschaft: FG Baden-Württemberg vom 23.7.2019 -- 8 K 1194/15, EFG 2020, 1513; Az.-BFH: VIII R 32/19.

⁴ FG Niedersachsen vom 4.7.2019 -- 10 K 181/17, DStRE 2019, 1445; Az.-BFH: VIII R 25/19.

Im Rahmen des **Gewinnverwendungsbeschlusses** wird über die Höhe der Thesaurierung und über die Höhe der Ausschüttung entschieden.

Sobald über die Verwendung des Gewinns entschieden wurde, muss in einem weiteren Schritt geklärt werden, in welchem Verhältnis der ausschüttungsfähige Gewinn an die einzelnen Gesellschafter verteilt werden soll. Mit dem **Gewinnverwendungsbeschluss** und der Aufteilung auf die Gesellschafter entsteht der Auszahlungsanspruch auf die auszuschüttende Dividende.⁵

Im Fall der **sog. gespaltenen Ausschüttung** wird in einem ersten Schritt über die Höhe des ausschüttbaren Gewinns und die Einstellung in die allgemeinen Gewinnrücklagen beschlossen. In einem zweiten Schritt erfolgt die Entscheidung, dass einzelne Gesellschafter nicht unmittelbar den ihnen zugewiesenen Gewinnanteil als Ausschüttung erhalten, sondern eine Einstellung in ausschließlich gesellschafterbezogene eigene Rücklagen erfolgt, also ihre Ausschüttung in die Zukunft verlagert wird. In dieser Konstellation haben wir vier Entscheidungen:

- Feststellung des Jahresabschlusses
- Entscheidung über die Höhe des ausschüttbaren Gewinns und die Einstellung in die allgemeinen Gewinnrücklagen,

- Entscheidung über den Verteilungsmaßstab des auszuschüttenden Gewinns auf die Gesellschafter,
- Entscheidung, dass einzelne Gesellschafter nicht unmittelbar den ihnen insgesamt zugewiesenen Gewinnanteil als Ausschüttung erhalten, sondern eine Einstellung in ausschließlich gesellschafterbezogene eigene Rücklagen erfolgt.

Steuerlich ist nach der Auffassung des **FG Niedersachsen** in der Zuweisung des ausschüttbaren Gewinnanteils in die **personenbezogene Rücklage** eine Verfügung auch über diesen Gewinnanteil zu sehen.

Damit ist von einem **Zufluss sowohl des ausgezahlten Gewinnanteils als auch des in die personenbezogene Rücklage eingestellten Gewinnanteils**, jedenfalls bei beherrschenden Gesellschaftern, auszugehen. Der beherrschende Gesellschafter verfügt, da die Zuweisung des ausschüttbaren Gewinnanteils in die personenbezogene Rücklage nicht ohne seine Zustimmung erfolgen kann.

Darüber hinaus kann der **Mehrheitsgesellschafter** jederzeit die Auszahlung aus der **personenbezogenen Rücklage** herbeiführen. Damit ist nach Auffassung des FG Niedersachsen auch insoweit ein Zufluss i.S.v. § 11 EStG gegeben.

3. Zufluss der Gewinnantienteile bei verspäteter Feststellung des Jahresabschlusses

Das FG Rheinland-Pfalz hatte mit Entscheidung vom 24.8.2017⁶ zum Zufluss der Gewinnantienteile bei beherrschenden Gesellschaftern sowie zur Berechnung der Bemessungsgrundlage entschieden.

Vereinfachter Sachverhalt: A und B sind aufgrund gleichgerichteter Interessen bei der A-GmbH als beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer zu qualifizieren. Im Geschäftsführervertrag ist eine Gewinnantienteile vereinbart. Durch Auslegung kommt das FG Rheinland-Pfalz zu dem Ergebnis, dass als Bemessungsgrundlage der Gewinn nach Berücksichtigung von Verlustvorträgen maßgeblich ist. In den Geschäftsführerverträgen ist die Fälligkeit mit einem Monat nach Feststellung der Bilanz vereinbart. Die Bilanz für das Jahr 2008 wird im Dezember 2009 festgestellt.

Aufgrund der Feststellung der Bilanz für das Jahr 2008 im Dezember 2009 und der Regelung in den Geschäftsführerverträgen ist davon auszugehen, dass **zivilrechtlich eine Fälligkeit** der Gewinnantienteile erst im **Januar 2010** gegeben ist.

Vor dem Hintergrund der beherrschenden Stellung von A und B kommt das FG Rheinland-Pfalz allerdings zu dem Ergebnis, dass die Fälligkeit der Gewinnantienteile von A und B im **Veranlagungszeitraum 2009 zu fingieren** ist:

- Zunächst knüpft das FG Rheinland-Pfalz an die ständige Rechtsprechung des BFH an, wonach der **Zufluss der Tantieme** bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern nicht die tatsächliche Verschaffung der Verfügungsmacht voraussetzt, sondern **mit der Fälligkeit fingiert wird**. Die Begründung liegt darin, dass der beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer es in der Hand hat, sich fällige Beträge jederzeit auszahlen zu lassen und damit den Zeitpunkt der Erlangung der Verfügungsmacht selbst steuern kann.

⁵ Vgl. nur BGH vom 14.9.1989 -- II ZR 172/97, DStR 1998, 1688.

⁶ FG Rheinland-Pfalz vom 24.8.2017 -- 6 K 1418/14, EFG 2018, 32; aufgehoben durch BFH vom 28.4.2020 VI R 44/17, DStR 2020, 1902.

- Hieran anknüpfend **fingiert das FG Rheinland-Pfalz** nicht nur die Auszahlung, sondern auch die Fälligkeit der Gewinnantieme. Das FG Rheinland-Pfalz stellt zunächst fest, dass die Frist des § 42a Abs. 2 Satz 1 GmbHG zur Feststellung der Bilanz nicht eingehalten wurde. Hätte die Gesellschaft ihre gesetzliche Verpflichtung ordnungsgemäß erfüllt, wären die Gewinnantien im VZ 2009 fällig geworden. Die willkürliche Nichteinhaltung der Frist hatten die beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer A und B in der Hand.
- Damit hatten sie es in der Hand, den Fälligkeitszeitpunkt zu verlagern. Daraus wiederum folgt die Verlagerung der Zuflussfiktion. Aus der BFH-Rechtsprechung folgert das FG Rheinland-Pfalz sodann, dass diese Möglichkeit der zeitlichen Verlagerung den beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern gerade nicht zustehen soll. In Konsequenz dessen wird nicht nur der Zufluss, sondern auch die rechtzeitige Feststellung der Bilanz und damit die Fälligkeit der Gewinnantien im Veranlagungszeitraum 2009 fingiert. Dies soll, so das FG, jedenfalls dann möglich sein, wenn die Höhe der Gewinnantien aus der Buchhaltung für das Geschäftsjahr 2008 hervorgehen.

Zur Bestimmung der **Bemessungsgrundlage** für die Gewinnantieme bei Verlusten führt das FG Rheinland-Pfalz aus:

- Nach der BFH-Rechtsprechung sind Verlustvorträge grundsätzlich von der Bemessungsgrundlage einer Gewinnantieme abzuziehen. Dies soll jedenfalls dann der Fall sein, wenn der tantiemeberechtigte Gesellschafter-Geschäftsführer für den Verlust verantwortlich oder zumindest mitverantwortlich ist.
- Erfolgt die Verlustvortragsberücksichtigung nicht, ist iHd. Differenz der Gewinnantieme ohne Berücksichtigung des Verlustvortrags und der Gewinnantieme mit Berücksichtigung des Verlustvortrags eine vGA gegeben.
- Die Berücksichtigung eines Verlustrücktrags kommt für das FG Rheinland-Pfalz nur in Betracht, wenn dies im Geschäftsführervertrag ausdrücklich vereinbart ist. Ist es vereinbart, qualifiziert das FG Rheinland-Pfalz eine solche Regelung nicht als unüblich. Im entschiedenen Fall geht es allerdings davon aus, dass eine entsprechende Vereinbarung nicht getroffen wurde.

Nach Auffassung des BFH kommt eine Vorverlagerung der Fälligkeit und damit des Zuflusses auf den Zeitpunkt, zu dem die Fälligkeit bei fristgerechter Aufstellung der Bilanz eingetreten wäre, nicht in Betracht. Erst die Feststellung des Jahresabschlusses durch die Gesellschafterversammlung als des hierzu berufenen Organs führt zu seiner Verbindlichkeit. Bis zu diesem Zeitpunkt ist der Jahresabschluss rechtlich ein Nullum. Ein noch nicht existenter Jahresabschluss kann keine Grundlage für etwaige Ansprüche eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft sein. Eine Fiktion der Fälligkeit kommt nach Auffassung des BFH demnach nicht in Betracht.⁷

4. Ergebnis

Nach der Rechtsprechung treten die Besteuerungskonsequenzen bei Vergütungen der GmbH auf der Ebene des beherrschenden Gesellschafters u.U. früher ein als der Liquiditätszufluss und zwar im Zeitpunkt der Entstehung des Auszahlungsanspruchs. Hierauf sollten Geschäftsführer und beherrschender Gesellschafter achten, damit es nicht zu ungewollten Überraschungen kommt. ■



⁷ BFH vom 28.4.2020 -- VI R 44/17, DStR 2020, 1902.