

GMBH- GESCHÄFTS- FÜHRUNG 2022

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

www.euroforum.de/geschaeftsfuehrer

euroforum
Live Experience by **HANDELSBLATT MEDIA GROUP**

VORWORT

Liebe Leserin, lieber Leser,

heute stellen wir Ihnen unser aktuelles E-Book für die „GmbH-Geschäftsführung 2022“ vor – wir freuen uns, auch in diesem Jahr wieder viele kompetente Autor:innen für dieses Projekt gewonnen zu haben.

Eine gute Aufstellung und umfassende Kenntnisse über haftungsrelevante Zusammenhänge sind essenziell, um auch Krisensituationen erfolgreich zu meistern. Die Themenvielfalt reicht von Whistleblowing über StarUG bis ESG, von den Auswirkungen der Pandemie bis zu arbeits- und steuerrechtlichen Fragen

Es erwartet Sie eine Vielzahl brandneuer 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 8874-3135 oder nicole.bueren-lorenz@euroforum.com

Ich wünsche Ihnen viele erhellende Momente beim Lesen!

Freundliche Grüße

RAin Nicole Büren-Lorenz

Euroforum, ein Unternehmen der Handelsblatt Media Group

Unsere Seminare speziell für Geschäftsführer*innen:

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

Nähere Informationen unter www.euroforum.de/geschaeftsfuehrer



INHALT

- 6** **New work – new rules: Was Geschäftsführer beachten müssen**
Volker Stück, BWI GmbH
- 11** **Einlagekonto nach § 27 KStG**
Prof. Dr. Burkhard Binnewies,
Streck Mack Schwedhelm Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mbB
- 14** **64/15 ist alles andere als 08/15**
Ein Jahr danach: Die Geschäftsleiterhaftung im Lichte des neuen § 15 b InsO – erste Erfahrungen
Dr. Ludwig J. Weber und Thomas Dömmecke, Schultze & Braun
- 17** **Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Neue Herausforderungen für Unternehmen und Geschäftsführung!**
Lothar Köhl, Hoffmann Liebs, Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
- 21** **Methoden zur Vermeidung von Auseinandersetzungen bei der Unternehmensnachfolge**
Uwe Müllner, PATZINA LOTZ Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
- 25** **Abwehrkosten aus der D&O-Versicherung im Wege der einstweiligen Verfügung?**
Dr. Rocco Jula, Rechtsanwälte Dr. Jula & Partner mbB
- 28** **Erweiterte Mitteilungspflicht der GmbH gegenüber dem Transparenzregister: Die Übergangsfrist endet am 30.06.2022!**
Kevin Wilson, Klinger und Partner Rechtsanwälte mbB
- 31** **Vorbeugen ist besser als Heilen – Krisenfrüherkennung als Geschäftsführerplicht**
Dr. Raoul Kreide, GSK Stockmann Rechtsanwälte
- 34** **Kein deutsches Hinweisgeberschutzgesetz = keine Haftungsgefahr? Warum eine D&O dennoch Sinn macht.**
Karin Baumeier, LL.M., Kanzlei Baumeier
- 37** **Konzern- und Organschaftsrecht: Zwei Welten prallen aufeinander**
Dr. Klaus Olbing, Streck Mack Schwedhelm Partnerschaft mbB
- 40** **Aktuelle Trends bei Managementbeteiligungen**
Dr. Benedikt Hohaus, POELLATH P+P Pöllath + Partners
Rechtsanwälte und Steuerberater mbB
- 43** **ESG – Nachhaltigkeit bei Unternehmensführung und M&A-Transaktionen**
Dr. Tobias Grau und Militsa Decheva, CMS Hasche Sigle Partnerschaft von
Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB
- 46** **D&O-Risiken müssen versicherbar bleiben – gutes Underwriting und professionelles Schadenmanagement lassen Geschäftsführer:innen trotz immer höherer Anforderungen auch weiterhin gut schlafen.**
Franz M. Held, VOV GmbH
- 49** **Wann ist ein Geschäftsführer Arbeitnehmer?**
Dr. Rolf Stagat, GKD Gäng Kramer Döring Stagat Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB

INHALT

- 52** **Neue Strukturmöglichkeiten im Lichte der Reform des Gemeinnützigkeitsrechts:** Die gemeinnützige GmbH (gGmbH) als immer beliebter werdende Rechtsform für gemeinnütziges und mildtätiges Handeln.
Susanne Erb, Bette Westenberger Brink Rechtsanwältinnen Partnerschaftsgesellschaft mbB
- 56** **Interessentheorie und Untreue – Strafrechtliches Risiko für den GmbH-Geschäftsführer außerhalb der Krise**
John Paul Fürus und Andreas Pfister, Wessing & Partner
- 58** **Digitalisierung aus Sicht der Arbeitnehmervertretungsgremien**
Dr. Stephanie Palm und Dr. Arno Frings, fringspartners Rechtsanwältinnen
- 61** **Haftung der Geschäftsleitung für ESG-Compliance**
Dr. Jan Kraayvanger und Salome Kamenetskaia, Mayer Brown LLP
- 64** **Risikomanagement vor dem Hintergrund geänderter Rahmenbedingungen – Eine Betrachtung aus betriebswirtschaftlicher Sicht – Chancen erkennen und Unternehmen stärken**
Bernd Peter und Simon Hart, BANSBACH GmbH
- 67** **Aufräumen bei der betrieblichen Altersversorgung – Chancen und Risiken bei der Abfindung von Versorgungsanwartschaften**
Dr. Charlotte Beck und Gero Thole, ALTENBURG Fachanwälte für Arbeitsrecht Partnerschaft von Rechtsanwältinnen mbB
- 71** **(Weiter-) Arbeiten unter den Vorzeichen von Corona**
Susanne Schröder und Sandra Weigl-Ott LL.M.Eur., BTU SIMON GMBH
- 75** **EU-Whistleblowing-Richtlinie: Dialog statt Einbahnstraße
Wie funktioniert ein hochwertiges und effizientes Hinweisgebersystem?**
Stephanie Kappen, Bette Westenberger Brink Rechtsanwältinnen Partnerschaftsgesellschaft mbB
- 79** **Das Ende der Geschäftsführertätigkeit – Was ist bei Niederlegung und Abberufung zu beachten?**
Carsten Laschet und Claudia Maaßen, Friedrich Graf von Westphalen & Partner mbB
- 83** **Versichert, aber nicht gesichert? – Eine kritische Auseinandersetzung mit der Geschäftsführerversicherung im Rahmen einer D&O**
Rüdiger Weiß, WallnerWeiß, Mitherausgeber „Der Sanierungsberater“
- 88** **Haftung des Geschäftsleiters wegen einer Reorganisationsverschleppung bei drohender Zahlungsunfähigkeit? Rechtliche Ausgangslage und Möglichkeiten der Risikominimierung**
Dr. Jochen Markgraf und Fabian von Lübken, GLADE MICHEL WIRTZ Corporate & Competition
- 92** **Worauf Geschäftsführer und Geschäftsführerinnen achten sollten, um ein motiviertes und schlagkräftiges Führungsteam aufzubauen – 8 wirksame Maßnahmen**
Michael Kühner, Strametz & Associates GmbH
- 96** **Die Immobiliengesellschaft**
Ein steueroptimiertes und strategisches Instrument zur privaten Vermögensverwaltung
Dr. Zacharias-Alexis Schneider, LL.B., LL.M., Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

INHALT

- 99** **Der fehlerhafte Geschäftsführeranstellungsvertrag |**
Rechtliche und taktische Erwägungen für Geschäftsführer und Gesellschaft
Dr. Constantin Axer und Dr. Dennis Ehrlich,
Seitz Rechtsanwälte Steuerberater
- 103** **Cyber-Risiken und Managerhaftung: Absicherungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit IT-Sicherheitsvorfällen**
Theodoros Bitis, Howden Deutschland
- 106** **Risiko Scheinselbstständigkeit – Rechtssicherheit durch Neuerungen im behördlichen Verfahren?**
Bernhard Groß, Altenburg Fachanwälte für Arbeitsrecht
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
- 110** **Whistleblowing: Umgang mit Vorwürfen gegen die Geschäftsführung**
Dr. Jan Heuer, Kliemt.Arbeitsrecht
- 113** **Der Gesellschafterbeschluss bei der Veräußerung nahezu des gesamten Vermögens einer GmbH – bedeutende Fragen weiterhin ungeklärt**
Dr. Daniel Rubner und Dr. Lutz Pospiech, GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB,
- 117** **Wappnen gegen die (mögliche) Krise – Neue Anforderungen an Geschäftsführer zur Krisenfrüherkennung und zum Krisenmanagement**
Dr. Alexandra Schluck-Amend und Franziska Fuchs, CMS Hasche Sigle
Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB
- 120** **Unternehmenssanierung mit dem StaRUG**
Dr. Dirk Andres, AndresPartner
- 123** **Zum richtigen Umgang mit Whistleblowern**
Dr. Berit Kochanowski LL.M.
- 127** **Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Rahmen von Corporate Social Responsibility**
Matthias W. Kroll, LL.M.,
Dr. Nietsch & Kroll Rechtsanwälte | Fachanwälte
- 130** **Die Verantwortung von Geschäftsführern im Umweltrecht**
Prof. Dr. jur. Hans-Jürgen Muggenborg
- 136** **Die Rolle des Geschäftsführers als Ausführverantwortlicher**
Stephan Müller und Mareike Heesing, Oppenhoff
- 140** **Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren als Sanierungsoptionen für Unternehmen in der Krise**
Bartosz Zdanowicz, Hoffmann Liebs
- 144** **Änderungen im Vertriebskartellrecht**
Dr. Sascha Dethof, Fieldfisher

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern in diesem Newsletter meist 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.
Nicole Büren-Lorenz
+49 211 8874-3165

Für die Inhalte sind die Verfasser der einzelnen Artikel verantwortlich.

New work – new rules: Was Geschäftsführer beachten müssen



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

Der Beitrag stellt die persönliche
Auffassung des Autors dar.
Status: 29.04.2022



Einleitung

Die Corona Pandemie hat das Arbeitsrecht und die Arbeitsformen auf den Kopf gestellt (Stück/Wein, AuA 04 2020, 200). Rasant-disruptiv, wenn auch unfreiwillig, haben sich Telearbeit und mobile Arbeit ausbereitet – und bewährt. Der Gesetzgeber hat bereits mit dem Betriebsrätemodernisierungsg ab 18.06.2021 reagiert. Von den Home-Office fähigen Funktionen werden absehbar 30 – 60% außerhalb des Betriebes arbeiten, so dass sich angesichts der „Entbetrieblichung“ zunehmend neue Rechtsfragen stellen, die hier kurz beleuchtet werden sollen.

I. Typische Erscheinungsbilder neuer Arbeitsformen

Telearbeit ist definiert in § 2 Abs. 7 ArbStVO. Wenn der Arbeitnehmer in seiner Wohnung oder Haus einen „festen Arbeitsplatz“ mit PC, externem Bildschirm, Tastatur, Maus und Büromöbeln (Schreibtisch, Bürostuhl) eingerichtet hat sowie eine klare Vereinbarung getroffen ist, liegt Telearbeit vor (Fitting, § 87 BetrVG Rz. 302). Der Arbeitgeber stellt dem Arbeitnehmer die Sachmittel oder trägt deren Beschaffungs-/Wartungskosten, da BYOD nicht verlangt werden kann (BAG v. 10.11.2021 – 5 AZR 334/21 NZA 2022, 401).

Mobile Arbeit ist derzeit gesetzlich unregelt. Sie liegt vor, wenn Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung unter Verwendung von Informationstechnologie, z.B. Laptop, außerhalb der Betriebsstätte erbringen. Der Begriff ist weiter als Homeoffice (LAG Köln

v. 23.04.2021 – 9 TaBV 9/21, ArbRAktuell 2021, 371). Sie unterliegt nicht den Anforderungen der ArbStVO (Fitting, § 87 BetrVG Rz. 302); die §§ 3 ff. ArbSchG und das ArbZG gilt aber selbstverständlich. Mobile Arbeit erfolgt nur mit Laptop/Tablet

- im Betrieb: im Meetingraum, Workshop, Bistro statt am festen Arbeitsplatz.
- zu Hause: auf Couch oder Balkon, statt im voll ausgestatteten (Tele)Arbeitszimmer.
- unterwegs: im Zug, Flugzeug, Hotel bzw. bei Kunden-, Lieferantenbesuch.

Homeoffice ist (noch) undefiniert und liegt vor, wenn der Beschäftigte die Arbeit von zuhause erledigt, gleich ob in Tele- oder mobiler Arbeit. Der Begriff taucht in § 3 CoronaArbSchVO sowie § 28b Abs. 4 IfSG a.F. (bis 19.03.2022) als Mittel zur Kontaktreduktion im Betrieb auf (Stück/Wein, AuA 01/2022, 14). Häufig stellt der Arbeitgeber mobile Endgeräte, z.B. Laptops, zur Verfügung, um die digitale Anbindung an die Netzwerke des Betriebs sicherzustellen. Telearbeit im o.g. Sinn wird es dadurch nicht.

Als **hybrides Arbeiten** bezeichnet man eine Mischung aus Arbeiten im Betrieb (präsenz/on site) und von zu Hause bzw. unterwegs (remote/off site) mittels moderner ITK.

II. Rein & raus in Tele- & mobile Arbeit

Grundsätzlich kann der Arbeitgeber einseitig im Wege des **Direktionsrechts** gegen den Willen des Arbeitnehmers keine Arbeit

im Homeoffice anweisen (LAG Berlin-Brandenburg v. 10.10.2018 – 17 Sa 562/18, NZA-RR 2019). In Zeiten einer Pandemie ist davon aus Gründen des Arbeits-/Gesundheitsschutzes (§§ 241 Abs. 2; 618 BGB; §§ 3, 16 ArbSchG) jedoch eine Ausnahme zuzulassen (Stück/Wein, AuA 2020, S. 201; VG Berlin v. 14.04.2020 – VG 28 L 119/20, NVwZ-RR 2020, 696).

Ein **Anspruch** des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf Homeoffice lässt sich aus §§ 106 GewO, § 241 Abs. 2 BGB grundsätzlich nicht ableiten, da dies in die geschützte unternehmerische Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der betrieblichen Organisation eingreife (LAG Köln v. 24.05.2016 – 12 Sa 677/13, AuA 2016, S. 627; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 18.12.2014 – 5 Sa 378/14, ArbRAktuell 15, 158). Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf Genehmigung einer mobilen Auslandsarbeit (ArbG München v. 27.08.2021 – 12 Ga 62/21, ArbRAktuell 2021, 534: 4 Wochen Schweiz). Dies gilt auch in Pandemiezeiten für Risikogruppen bzw. Maskenuntaugliche (ArbG Augsburg v. 07.05.2020 – 3 Ga 9/20, NZA-RR 2020, 2020, 417; ArbG Siegburg v. 18.08.2021 – 4 Ca 2301/20, COVuR 2021, 631).

Der Arbeitgeber kann unter Wahrung billigen Ermessens die **Rückkehr** aus dem **Homeoffice** anordnen nach § 106 GewO. Ein Anspruch auf weiteres Arbeiten im Homeoffice ergibt sich nicht aus § 2 Abs. 4 SARSCoV2ArbSchV (LAG München v. 26.08.2021 – 3 SaGa 13/21, NZA-RR 2021, 629). Er ergibt sich aber vom 24.11.2021 – 19.03.2022 aus der grds. **beidseitigen Homeofficepflicht** nach § 28b Abs. 4 IfSG, a. F. die § 28b Abs. 7 IfSG a.F. (23.04. – 30.06.2021) entspricht (Fuhlrott/Schäffer, NZA 2021, 1679).

In einer Betriebsvereinbarung Telearbeit kann ein **eigenständiges (Teil)Kündigungsrecht** für die Beendigung geregelt werden (LAG Nürnberg v. 11.05.2021 – 7 Sa 289/20) Dieses sollte beidseitig sein und analog MAG-E (Schiefer, DB 2021, 114) eine Kündigungsfrist von 3 Monaten haben.

Der Wechsel vom Arbeitsplatz im Betrieb auf einen Telearbeitsplatz bzw. ins Homeoffice und zurück ist eine zustimmungspflichtige **Versetzung** (§§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG), wenn es keine öffentlich-rechtliche Pflicht zum Homeoffice gibt wie § 28b Abs. 4 IfSG (bis 19.03.2022). Gleiches gilt bei Beendigung alternierender Telearbeit, wenn die außerbetriebliche Arbeitsstätte

dauerhaft fortfällt und die betriebliche Arbeitsstätte der alleinige Arbeitsort ist (BAG v. 20.10.2021 – 7ArbR 34/20, NZA 2022, 434 LAG Düsseldorf v. 10.09.2014 – 12 Sa 505/14, BB 2014, S. 2740; Fitting § 99 BetrVG Rz 138 a). Bei nur unregelmäßiger Tätigkeit im Homeoffice (z.B. Handwerker zu Hause) ist der Wechsel vom Arbeitsplatz im Betrieb zum Arbeitsplatz im Homeoffice hingegen nicht mitbestimmungspflichtig (Isenhardt, DB 2016, S. 1499).

III. Kein Homeoffice statt Änderungskündigung bei Betriebsverlegung

Grundsätzlich kann der Arbeitgeber zur Schaffung und Ausstattung/Kostentragung (BAG v. 14.10.2003 – 9AZR 657/02, NZA 2004, S. 604: Aufwendererstattungsanspruch nach § 670 BGB) eines neuen/anderen Arbeitsplatzes in der Wohnung des Arbeitnehmers nicht verpflichtet werden und würde ansonsten in unzulässiger Weise in seine getroffene **unternehmerische Organisationsentscheidung** eingegriffen, jedenfalls wenn diese z.B. bei einer Betriebsverlegung keine dauerhaften Heimarbeitsplätze vorsieht (LAG Berlin-Brandenburg v. 24.03.2021 – 4 Sa 1243/20,

NZA-RR 2021, 396 (Berlin nach Wuppertal); LAG Hessen, 10.06.2015 – 6 Sa 451/14 (Frankfurt nach Düsseldorf).

IV. Safe im Homeoffice – Verbesserter Unfallschutz

Durch das BR-Modernisierungsg ab 18.06.2021 wurde der Unfallschutz (§ 8 SGB VII) verbessert, so dass nun auch versichert sind die **Betriebswege** im Homeoffice, z.B. vom Bett/Küche zur Zoom Konferenz (BSG v. 08.12.2021 – B 2 U 4/21 R ArbR Aktuell 2022, 18), oder von zu Hause zur KITA/Schule und zurück. Auch der unmittelbare Weg zum Betrieb von einem dritten Ort (Wohnung Freundin), kann versichert sein. Voraussetzung ist, dass ein innerer Zusammenhang mit der versicherten Tätigkeit besteht und sich der versicherte Beschäftigte dort mindestens zwei Stunden aufgehalten hatte (BSG v. 30.1.2020 – B 2 U 2/18 R, NJW 2020, 3339).

V. Mitbestimmung bei mobiler & Tele-Arbeit

Durch das BR-Modernisierungsg wurde ab 18.06.2021 neu § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG

eingeführt. Danach ist zwar nicht das „ob“ der mobilen Arbeit, aber deren **Ausgestaltung („wie“)** voll mitbestimmungspflichtig und dafür auch eine Einigungsstelle zuständig, jedenfalls wenn der Arbeitgeber bereits einigen Beschäftigten mobile Arbeit gestattet hat (LAG Köln v. 23.04.2021 – 9 TaBV 9/21, ArbRAktuell 2021, 371). Bei der Einführung & Ausgestaltung von häuslicher Arbeit sind Mitwirkungsrechte des Betriebsrats zu beachten nach:

- §§ 90, 91 BetrVG: Arbeitsablauf, Arbeitsverfahren, Arbeitsmittel etc.
- § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG: Regelungen zur privaten Nutzung von Telefon, Internet und E-Mail-Systemen.
- § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG: Arbeitszeitfragen.
- § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG: technische Einrichtungen mit Möglichkeit der Leistungs-/Verhaltenskontrolle.
- § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i.V.m. ArbStVO; § 5, 12 ArbSchG: Arbeits-/Gesundheitsschutz sowie Gefährdungsbeurteilung und Unterweisung.
- § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG: Besondere Vergütung oder generelle Pauschale für Arbeit im Homeoffice. Reine Aufwandsentschädigung und Auslagenersatz i.S.d. § 3 Nr. 50 EstG; § 670 BGB sind keine Vergütungsbestandteile und unterliegen deshalb nicht dem Mitbestimmungsrecht.

Muster einer BV Tele-/mobile Arbeit bei Stück/Salo, AuA 04-2021, 20.

VI. Neue Formen der Betriebsrats- & Gewerkschaftsarbeit

Nach § 30 Abs. 2 S. 1 BetrVG (bzw. § 12 mAbs. 5 SprAuG) kann die Teilnahme an einer **Betriebsratssitzung** ausnahmsweise mittels Video- oder Telefonkonferenz erfolgen, wenn drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- 1 müssen die Voraussetzungen für eine virtuelle Teilnahme in der Geschäftsordnung unter Sicherung des Vorrangs der Präsenzsitzung festgelegt sein.
- 2 darf kein Widerspruch von mindestens einem Viertel der Mitglieder des Betriebsrats vorliegen.
- 3 muss sichergestellt sein, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können.

Der Arbeitgeber hat dafür die erforderlichen ITK-Sachmittel bereitzustellen (LAG Berlin-Brandenburg v. 14.04.2021 – 15 TaBVGa 401/21, BB 2021, 1981) und darf Präsenzveranstaltungen nicht untersagen und auf virtuelle Durchführung verweisen (LAG Berlin-Brandenburg v. 24.08.2020 – 12 TaBVGa 1015/20, NZA-RR 2020, 647: GBR Sitzung; LAG Hamm v. 05.10.2020 – 13 TaBVGa 16/20, ArbRAktuell 2021, 55: Betriebsversammlung).

Wegen der „Entbetrieblichung“ stellt sich zudem die Frage eines **digitalen Zugangsrechts für Gewerkschaften** nach Art. 9 Abs. 3 GG. Das BAG hatte bereits entschieden, dass eine tarifzuständige Gewerkschaft aufgrund ihrer verfassungsrechtlich geschützten Betätigungsfreiheit grundsätzlich berechtigt ist, E-Mails zu Werbezwecken auch ohne Einwilligung des Arbeitgebers und Aufforderung durch die Arbeitnehmer an die betrieblichen E-Mail-Adressen der Beschäftigten zu versenden (BAG, Urt. v. 20.01.2009 – 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615). Ausführlich und mit Mustervereinbarung: Stück/Wein, AuA 10-2021, 8.



VII. Mitarbeiterkontrollen bei remote work

Mitarbeiterkontrollen, die personenbezogene Daten tangieren, dürfen nicht einfach anlasslos ins Blaue erfolgen, sondern verlangen nach § 26 Abs. 1 S. 1, 2 BDSG als **Erlaubnisgrundlage** stets einen einfachen, zu dokumentierenden Anfangsverdacht einer konkreten Straftat oder einer Vertragspflichtverletzung (BAG v. 20.10.2016 – 2 AZR 395/15, NZA 2017, 443), z.B. Arbeitszeit-/Abrechnungsbetrug. Die Kontrollmaßnahmen, seien sie durch IT (Keylogger: BAG v. 27.07.2017 – 2 AZR 681/16, NZA 2017, 1327), Video (BAG v. 23.08.2018 – 2 AZR 133/18, NZA 2018, 1329) oder Detektive (BAG v. 29.06.2017 – 2 AZR 597/16, NZA 2017, 1179) müssen zudem stets verhältnismäßig sein, d.h.

- **Geeignet** an sich zur Zweckerreichung
- **Erforderlich**, d.h. es gibt kein vorrangiges, milderes, gleich geeignetes Mittel zur Zweckerreichung
- **Angemessen** im Sinne einer Güterabwägung Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers vs. Aufklärungs-/Sanktionsinteresse des Arbeitgebers (Stück, AuA 09/2019, 520).

Lässt die Performance eines remote arbeitenden Beschäftigten spürbar nach, so empfiehlt sich vorrangig eine engere per-

sönliche Führung (LAG Köln v. 22.04.2021 – 6 Sa 790/20), SMARTE Zielvorgaben und Anweisung von qualifizierten Tätigkeitsberichten (BAG v. 19.04.2007 – 2 AZR 78/06, AP Nr. 77 zu § 611 BGB Direktionsrecht; Wetzling/Habel, Umgang mit Low Performern, 2021, Kap. 6 Rz. 67; Peters, Weisungsrecht, 2. Aufl. 2021, Rz. 884). Zu beachten sind zudem Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, insbes. nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zur Vermeidung von Unterlassungsansprüchen oder Unwirksamkeit der Anordnung.

VIII. New work & Office Konzepte

Die Wahl des Bürokonzepts und der Arbeitsmittel ist eine **freie unternehmerische Entscheidung**. Einen individuellen Anspruch des Arbeitnehmers auf einen bestimmten „eigenen“ Schreibtisch im Büro gibt es nicht. Der Arbeitgeber ist frei in der Entscheidung, welchen Arbeitnehmern er welche und wie viele Arbeitsmittel zur Erbringung der Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Es besteht weder ein Anspruch der Mitarbeiter, mit bestimmten noch mit exklusiv genutzten Betriebsmitteln ausgestattet zu werden (LAG Düsseldorf v. 09.01.2018 – 3 TaBVGa 6/17, NZA-RR 2018, 368). Das „Wie“ und „Wo“

der Arbeitsleistung ist Sache des **Direktionsrechts** und kann damit grundsätzlich einseitig vom Unternehmen vorgegeben werden im Rahmen billigen Ermessens (§ 106 GewO). Der Arbeitgeber hat die unternehmerische Freiheit, Büroräume so einzurichten und auszustatten, wie er aus seiner Sicht arbeitstechnische Zwecke verfolgen kann. Umgekehrt hat der Arbeitnehmer die Pflicht, sich in der Teamzone einen freien Arbeitsplatz zu suchen oder bei vollständiger Belegung durch den Vorgesetzten zuweisen zu lassen (LAG Düsseldorf v. 09.01.2018 – 3 TaBVGa 6/17, NZA-RR 2018, 368). Im Rahmen des Direktionsrechts kann auch ein Großraumbüro rechtmäßig zugewiesen werden (LAG Rheinland-Pfalz v. 13.05.2020 – 7 Sa 380/19, NZA-RR 2020, 556).

Zu beachten ist aber eine **Versetzung** §§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG vom Gruppen-/Großraum in ein ausgelagertes Einzelbüro (BAG v. 28.06.2018 – 2 AZR 436/17, NZA 2018, 1259) oder umgekehrt (BAG v. 27.06.2006 – 1 ABR 35/05, NZA 2006, 1289). Nach § 90 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die **Planung der Arbeitsplätze** rechtzeitig unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu unterrichten und nach § 90 Abs. 2 BetrVG mit ihm zu beraten. Bei intensiven arbeitsorganisatorischen Veränderungen im Zuge der Einführung von

Desk Sharing, die erhebliche Teile der Belegschaft betreffen (i.S.d. § 17 Abs. 1 KSchG), könnte es sich ggf. auch um grundlegend neue Betriebsanlagen und/oder Arbeitsmethoden i.S.d. § 111 S. 3 Nr. 4, 5 BetrVG handeln, so dass der Arbeitgeber neben Unterrichtung und Beratung einen **Interessenausgleich** über das Ob, Wann und Wie versuchen müsste (Kramer/Fuhlrott, IT Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, B Rz. 128 f.). Die Grundsatzentscheidung des Arbeitgebers, bestimmte Arbeitsplätze nicht mehr individuell zuzuordnen, steht in untrennbarem Zusammenhang mit der Erbringung der Arbeitsleistung und gehört damit zum **mitbestimmungsfreien Arbeitsverhalten** i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (LAG Düsseldorf v. 09.01.2018 – 3 TaBVGa 6/17, NZA-RR 2018, 368). Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG können sich ergeben aus **IT Einsatz/Tools**, die automatisch Leistungs-/Verhaltenskontrolle ermöglicht und ggf. personenbezogene Daten verarbeitet, z.B. Raumbuchungstools. Aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG / Gesundheitsschutz ergeben sich regelmäßig keine Mitbestimmungsrechte, wenn die Grundsätze der ArbStättVO, insbesondere eine Gefährdungsbeurteilung nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 ArbStättV beachtet werden (LAG Düsseldorf v. 09.01.2018 – 3 TaBVGa 6/17, NZA – RR 2018, 368).

Mitbestimmungsrechte können sich bei Desk Sharing sowie Clean Desk nach § 90 sowie § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei Anweisungen zum **betrieblichen Ordnungsverhalten** ergeben (vgl. Stück, AuA 11/2018, 632; LAG Nürnberg v. 14.12.2016 – 4 TaBV 38/16, ZTR 2018, 426): ■

Mitbestimmungsfreies Arbeitsverhalten bzw. Ausübung Haus-/Weisungsrechts (§ 106 GewO)	Mitbestimmungspflichtiges betriebliches Ordnungsverhalten (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG)
Möbel und Glaswände dürfen nicht beklebt werden	Persönliche Gegenstände (Fotos, Souvenirs und andere persönliche Gegenstände) dürfen nicht mehr als 10% der jeweils zur Verfügung stehenden Flächen einnehmen
In „Open-Space“-Bereichen müssen Gespräche so leise geführt werden, dass benachbarte Kollegen dadurch nicht gestört werden	Nicht belegte Arbeitsplätze dürfen nicht als Ablageflächen missbraucht oder anderweitig eingenommen werden
Bei Arbeitsende ist der Arbeitsplatz aufgeräumt zu verlassen	Schrankoberseiten müssen in regelmäßigen Intervallen überprüft und alles Unnötige muss entfernt oder an geeigneter Stelle archiviert werden
Alte, defekte oder nicht mehr genutzte Bildschirme oder altes IT-Equipment ist umgehend zurückzugeben	Persönlich mitgebrachte Pflanzen sind regelmäßig zu pflegen, zu gießen und zurückzuschneiden
Müll, Restmüll und Biomüll sind zu trennen	Verbot des Radiohörens; generelles Verbot der Nutzung von privat mitgebrachten TV-, Video- und DVD-Geräten in allen Räumen eines Betriebes
Verbot Hund mit in Betrieb zu nehmen	Rauchverbot am Arbeitsplatz; Verbot Alkohol in den Betrieb mitzubringen.
Verbot betrieblich gestellte IT Einrichtungen für private Zwecke zu nutzen	Essensverbot am Arbeitsplatz

Einlagekonto nach § 27 KStG



Prof. Dr. Burkhard Binnewies,
Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Steuerrecht
Streck Mack Schwedhelm Rechtsanwälte
Steuerberater Partnerschaft mbB

1. Einführung

Da Einlagen den Gewinn der Gesellschaft nicht erhöhen, führt auch die Rückgewähr von Einlagen nicht zu steuerbaren Einnahmen (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG). Dazu ist der **Bestand** an Einlagen in einem Einlagekonto¹, ausgehend vom Bestand am Ende des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs, um die jeweiligen Zu- und Abgänge des Wirtschaftsjahrs fortzuschreiben und zum 31.12. des laufenden Jahrs **gesondert festzustellen**. Hierzu muss die Kapitalgesellschaft auf den Schluss eines jeden Wirtschaftsjahrs eine Erklärung zur gesonderten Feststellung abgeben. Der Bescheid über die gesonderte Feststellung zum Ende eines Wirtschaftsjahrs ist Grundlagenbescheid für die gesonderte Feststellung des Folgejahrs (§ 27 Abs. 2 KStG). Über Leistungen, für die das steuerliche Einlagekonto gemindert wurde, muss die Kapitalgesellschaft ihren Gesellschaftern eine Bescheinigung nach vorgeschriebenem Muster ausstellen (§ 27 Abs. 3 KStG). Bei Auskehrungen aus dem Gesellschaftsvermögen ist ein unmittelbarer Zugriff auf das Einlagekonto grundsätzlich nicht möglich. § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG fingiert eine **Verwendungsreihenfolge**. Nach § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG gilt der ausschüttbare Gewinn als zuerst verwendet. Als ausschüttbarer Gewinn gilt das um das gezeichnete Kapital geminderte in der Steuerbilanz ausgewiesene Eigenkapital abzüglich des Bestands des steuerlichen Einlagekontos (§ 27 Abs. 1 Satz 5 KStG). Im Ergebnis hat die Dividenden(-Besteuerung) Vorrang vor der Auskehrung von Einlagen. Ferner schreibt § 27 Abs. 1 Satz 3 eine **zeitliche Fiktion** vor. Bei der Prüfung, ob ausschüttbarer Gewinn oder Einlage ausgekehrt wird, wird auf die Feststellung zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs abgestellt.

¹ BMF-Schreiben vom 4.6.2003, BStBl. I 2003, 366; dazu DÖTSCH/PUNG, DB 2003, 1345; FRANZ, GmbHR 2003, 818.

2. Problemfälle

a. Bindungswirkung des Feststellungsbescheids auf der Ebene der Gesellschaft gem. § 27 Abs. 2 Satz 1 KStG

Das Einlagekonto ist gem. § 27 Abs. 2 Satz 1 KStG zum Schluss eines Wirtschaftsjahrs gesondert festzustellen. Die Feststellung erfolgt gegenüber der Gesellschaft. Der Bescheid ist **Grundlagenbescheid** für den Bescheid über die gesonderte Feststellung zum folgenden Feststellungszeitpunkt. Bei der **Erstellung der Feststellungserklärung** ist größte Sorgfalt geboten. Geschäftsführer und ggf. auch Gesellschafter der Gesellschaft sind nach **offenen bzw. verdeckten Einlagen** zu befragen.

aa. Zu erfassende Zuflüsse

Insbesondere folgende **Zuflüsse** sind im Einlagekonto zu erfassen:

- **Ausgabeaufgeld** bei Ausgabe neuer Anteile (Agio),
- **Zuzahlungen** in Form von Nachschüssen und sonstigen Zahlungen **in die Rücklage** iSv. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB,
- verdeckte Einlagen,
- Rückzahlungen vGA,
- **Herabsetzung des Nennkapitals** ohne Auszahlung an die Anteilseigner,
- bei Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung sowie in Einbringungsfällen gem. § 20 UmwStG das in der Bilanz auszuweisende **Eigenkapital**, soweit es das Stammkapital übersteigt,
- **Forderungsverzicht** bei Werthaltigkeit der Forderung.



Geschäftsführer sollten die Gesellschafter am Jahresende ausdrücklich zu verdeckten Einlagen befragen.

b. Keine nachträgliche Erfassung

Die Einlage kann nur in dem Jahr zur Erfassung im Einlagekonto erklärt werden, in dem sie der Gesellschaft zugeflossen ist. Ist sie im **Jahr des Zuflusses** in der Erklärung und damit auch im Feststellungsbescheid gem. § 27 Abs. 2 Satz 1 KStG nicht erfasst, ist eine Erfassung in späteren Jahren nicht möglich. Dies verhindert die Grundlagen-Folgebescheidfunktion.

Beispiel: Im Jahr 2021 verzichtet Gesellschafter A auf eine Forderung gegenüber der A-GmbH, deren alleiniger Gesellschafter er ist. Der Forderungsverzicht ist aus der beim Finanzamt eingereichten Bilanz erkennbar. Hier ist eine Rücklage gem. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB erfasst und in den Erläuterungen zur Bilanz ausdrücklich erwähnt. Versehentlich wird die Einlage in der Erklärung gem. § 27 Abs. 2 Satz 4 KStG nicht erfasst. Der Feststellungsbescheid zum 31.12.2021 weist ein Einlagekonto von null aus².

bb. Bindungswirkung auf der Ebene der Gesellschafter

Gem. **§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG** gehören Bezüge aus Anteilen an einer Körperschaft nicht zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen, soweit für diese Eigenkapital i. S. v. § 27 KStG als verwendet gilt. Daraus schließt der BFH, dass ein Gesellschafter sich nicht darauf berufen kann, dass steuerliche Einlagekonto sei im Bescheid über die Feststellung des steuerlichen Einlagekontos auf der Ebene der Gesellschaft unzutreffend ausgewiesen.

Vielmehr gilt nach Auffassung des BFH das steuerliche Einlagekonto für Leistungen der Körperschaft nur als verwendet, sofern dies der Feststellung auf der Ebene der Gesellschaft gem. § 27 Abs. 2 KStG zu entnehmen ist³.

Beratungshinweis: Bestehen Unsicherheiten über die Feststellung bzw. die Verwendung des steuerlichen Einlagekontos, muss dies durch die Gesellschaft im Rahmen der Anfechtung des Feststellungsbescheids nach § 27 Abs. 2 Satz 1 KStG geltend gemacht werden. Der Gesellschafter kann sich im Rahmen des Rechts behelfsverfahrens gegen seinen ESt-/KSt-Bescheid nicht auf eine fehlerhafte Feststellung des Einlagekontos berufen. Insoweit ist eine Drittanfechtung des Feststellungsbescheids nach § 27 Abs. 2 KStG in Betracht zu ziehen.

c. Unterjährige Einlagen

Für die Bestimmung der **Verwendung des Einlagekontos** zur Finanzierung von Auskehrungen aus der Gesellschaft wird gem. § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG jedenfalls für die Bestimmung des ausschüttbaren Gewinns auf den Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs abgestellt. Stimmt das Wirtschaftsjahr mit dem Kalenderjahr überein, ist dies der 31.12. des Vorjahrs.

Beispiel: A tätigt am 1.6.2021 eine Einlage zur Sicherstellung der Liquidität der A-GmbH. Im Oktober 2021 wird der entsprechende Betrag wieder ausgekehrt, da die Liquidität nicht mehr benötigt wird. Das Einlagekonto zum 31.12.2020 beträgt null. A geht von einer steuerneutralen Rückzahlung der von ihm kurzfristig gewährten Einlageleistung aus.

² Zu einer Korrektur nach § 129 AO vgl. FG Berlin-Brandenburg vom 13.10.2016 10 K 10320/15, EFG 2017, 231K; FG Münster vom 13.10.2017 13 K 3113/16 F, EFG 2018, 11.

³ BFH vom 19.5.2010 I R 51/09, DStR 2010, 1833; FG Baden-Württemberg vom 18.11.2011 11 K 1481/09, EFG 2012, 949; bestätigt durch BFH vom 24.2.2015 VIII R 50/11, GmbHR 2015, 1099.

Nach dem Wortlaut von § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG ist für die Bestimmung des ausschüttbaren Gewinns auf den Bestand des Einlagekontos **zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs** abzustellen. Die ganz herrschende Meinung schließt hieraus, dass die zeitliche Fiktion von § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG auch den verwendbaren Bestand des steuerlichen Einlagekontos umfasst⁴. Nach der **Systematik von § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG** ist vorliegend daher von der Auskehrung zwischenzeitlich erwirtschafteter Gewinne, also ausschüttbarem Gewinn auszugehen. Die Auskehrung unterliegt auf der Ebene der A-GmbH der Kapitalertragsteuer bzw. auf der Ebene des A der Dividendenbesteuerung. Dies gilt unabhängig davon, wie der „Auskehrungsbeschluss“ gefasst wird. Ein direkter Zugriff auf das Einlagekonto ist nicht möglich⁵. Die Auskehrung aus der A-GmbH wäre steuerneutral, wenn das Geld **darlehensweise** überlassen wurde.

d. Bedeutung der Bescheinigung gem. § 27 Abs. 3 KStG

Gem. § 27 Abs. 3 Satz 1 KStG sind Leistungen, für die nach § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG das steuerliche Einlagekonto als verwendet gilt, von der Gesellschaft zu be-

scheinigen. Ist in der Bescheinigung die Verwendung des Einlagekontos zu niedrig bescheinigt worden, erfolgt gem. § 27 Abs. 5 Satz 1 KStG keine Korrektur.

Nach der Rechtsprechung des BFH gilt die Verwendung des steuerlichen Einlagekontos nur dann als durch die Bescheinigung festgeschrieben, wenn mindestens einem Anteilseigner eine Bescheinigung i. S. v. § 27 Abs. 3 KStG **ausgehändigt** wurde⁶. Solange dies nicht erfolgt ist, ist die Gesellschaft demnach bezüglich einer Korrektur frei.

Ist allerdings für eine Leistung **bis zum Tag der Bekanntmachung der erstmaligen Feststellung des Bestands** des steuerlichen Einlagekontos gem. § 27 Abs. 2 Satz 1 KStG eine Bescheinigung seitens der Gesellschaft nicht ausgestellt, wird der Betrag der Einlagenrückgewähr als mit € 0,- bescheinigt fingiert (§ 27 Abs. 5 Satz 2 KStG). Hiervon ist selbst dann keine Ausnahme zu machen, wenn Gesellschaft und Gesellschafter den Tatbestand einer Ausschüttung subjektiv gar nicht realisieren⁷.

Nach der Rechtsprechung ist eine nachträgliche Änderung auch dann nicht möglich, wenn der Feststellungsbescheid noch unter **dem Vorbehalt der Nachprüfung**

steht. Das Gesetz stellt in diesem Punkt ausdrücklich nicht auf den Gesichtspunkt der Bestandskraft ab. Da § 27 Abs. 5 Satz 2 KStG vom Gesetzgeber nachträglich eingefügt wurde, geht die Rechtsprechung ferner davon aus, dass es sich um eine zielgerichtete Änderung der bis 2005 geltenden Rechtslage handele, welche nicht im Wege der Auslegung und/oder teleologischen Reduktion rückgängig gemacht oder durch sachliche Billigkeitsmaßnahmen korrigiert werden könne. Schließlich sei die Regelung auch mit übergeordnetem Recht vereinbar. Der Gesetzgeber habe mit der Vereinfachung nicht die Grenzen seines Gestaltungsspielraums überschritten⁸.

Beispiel: A erhält von der A-GmbH, deren alleiniger Gesellschafter-Geschäftsführer er ist, im Oktober 2021 eine Provisionszahlung, für die es keine Rechtsgrundlage gibt. Ausschüttbarer Gewinn ist nicht vorhanden, zum 31.12.2020 ist jedoch ein entsprechender positiver Bestand im Einlagekonto ausgewiesen. Die Unwirksamkeit der Provisionsvereinbarung ist A nicht bewusst. Am 27.11.2022 erfolgt die erstmalige Feststellung des Einlagekontos auf den 31.12.2021. Im Rahmen der Betriebsprüfung im Jahr 2023 wird die vGA aufgedeckt und entsprechende Einkünfte aus Kapitalvermögen bei A veranlagt.

A kann sich nicht auf § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG berufen. Da **bis zum Tag der Bekanntgabe der erstmaligen Feststellung des Einlagekontos** i. S. v. § 27 Abs. 2 KStG zum Schluss des Wirtschaftsjahrs der Leistung (2017) eine Steuerbescheinigung i. S. v. § 27 Abs. 3 KStG nicht erteilt wurde, gilt der Betrag der Einlagenrückgewähr im Jahr 2021 als mit € 0,- bescheinigt (§ 27 Abs. 5 Satz 2 KStG). Eine Korrektur ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht möglich. Allerdings muss m. E. eine Billigkeitsmaßnahme nach § 163 AO möglich sein⁹.

Beratungshinweis: Bei Einreichen der Erklärung zum steuerlichen Einlagekonto ist der Geschäftsführer der GmbH zu befragen, ob eine Bescheinigung über die Auskehrung von Einlagen zu erstellen ist. ■

⁴ BMF-Schreiben vom 4.6.2003 2003-06-04 IV A 2-S 2836-2/03, BStBl. I 2003, 366 Tz. 10; BAUSCHATZ in Gosch, KStG, 4. Aufl., 2020, § 27 Rz. 48; ENDERT in Frotscher/Drüen, KStG, § 27 Rz. 21 ff. (April 2020); BINNEWIES, GmbHR 2010, 1101; BFH vom 30.1.2013 I R 35/11, BStBl. II 2013, 560; vgl. auch BFH vom 19.5.2010 I R 51/09, DStR 2010, 1833.

⁵ Vgl. BFH vom 24.2.2015 VIII R 50/11, GmbHR 2015, 1099.

⁶ BFH vom 10.6.2009 I R 10/09, BStBl. II 2009, 974.

⁷ Vgl. nur OFD Münster vom 27.11.2009 S 2836-7-ST 13-33, GmbHR 2010, 56.

⁸ FG Schleswig-Holstein vom 28.11.2013 1 K 35/12, EFG 2014, 581, bestätigend BFH vom 11.2.2015 I R 3/14, BStBl. II 2015, 816; FG Rheinland-Pfalz vom 18.7.2014 1 K 1338/12, EFG 2014, 2081; vgl. auch FG Berlin-Brandenburg vom 9.4.2013 8 K 8200/09, DStRE 2014, 216; durch den BFH aus anderen Gründen aufgehoben: BFH vom 21.10.2014 I R 31/13, BFH/NV 2015, 623.

⁹ Vgl. FG Rheinland-Pfalz vom 18.7.2014 1 K 1338/12, EFG 2014, 2081; FG Sachsen vom 8.6.2016 2 K 1860/15, EFG 2017, 156.

64/15 ist alles andere als 08/15 Ein Jahr danach: Die Geschäftsleiterhaftung im Lichte des neuen § 15 b InsO – erste Erfahrungen



Dr. Ludwig J. Weber,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Steuerrecht, Fachanwalt für Handels-
und Gesellschaftsrecht, Partner und



Thomas Dömmecke,
Rechtsanwalt und Direktor,
Schultze & Braun

Zum Jahreswechsel 2020/2021 wurden bislang in unterschiedlichen Gesetzen enthaltene Haftungs Vorschriften für Geschäftsleiter – allen voran § 64 GmbHG, aber auch § 92 Abs. 2 AktG oder § 99 GenG – durch den neu eingeführten § 15 b der Insolvenzordnung ersetzt. Darin ist festgelegt, dass ab dem Eintritt der Insolvenzreife, also bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, grundsätzlich ein Zahlungsverbot gilt. Das erste Praxisjahr zeigt jedoch klar, dass es dabei Ausnahmen und Besonderheiten gibt, die für Geschäftsleiter mit dem Blick auf eine mögliche Haftung große Bedeutung haben.

Der neu eingeführte § 15 b der Insolvenzordnung („Zahlungen bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung“) fasst die bisherigen Regelungen aus GmbH-Gesetz, Aktiengesetz, dem Handelsgesetzbuch und Genossenschaftsgesetz zusammen. Das Verständnis dessen, was unter einer Zahlung zu verstehen ist, gilt auch unter § 15 b der Insolvenzordnung (InsO) fort. Zahlungen sind weiterhin alle Leistungen, durch die der (eigentlich insolventen) Gesellschaft nach Eintritt der Insolvenzreife Vermögen entzogen wird – mit der also die Gläubiger der Gesellschaft geschädigt werden, da durch die Zahlung die Insolvenzmasse geschmälert wird. Es bleiben aber auch die Streitpunkte, etwa, wann ein Zahlungseingang auf dem Konto der Gesellschaft eine Zahlung ist oder wie mit einer Gegenleistung umzugehen ist.

Privilegierungstatbestand statt Kaninchen/Schlange

Gerät ein Unternehmen in eine finanzielle Schieflage, ist ein Geschäftsleiter angesichts der drohenden Haftungsrisiken aus § 15 b InsO indes nicht dazu verdammt, wie das Kaninchen vor der Schlange tatenlos und gelähmt vor Angst zu verharren. Wie schon bisher sind solche Zahlungen weiterhin erlaubt, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Anhaltspunkte dafür, was noch mit dieser Sorgfalt vereinbar ist und was nicht, bieten die Ausführungen in § 15 b II und III InsO. § 15 b stellt klar, dass Zahlungen grundsätzlich zulässig sind, soweit sie im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen – insbesondere zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs.

Doch auch diese Privilegierung gilt nicht uneingeschränkt. So kann sich der Geschäftsleiter nach der Einschränkung in § 15b II 3 InsO auf die Haftungserleichterung für den Zeitraum zwischen Insolvenzreife und rechtzeitiger Antragstellung nur berufen, solange er Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzreife oder zur Vorbereitung des Insolvenzantrages trifft.

Ist rechtzeitig Insolvenzantrag gestellt worden, entfällt wiederum nicht nur die Einschränkung nach § 15 b II 3 InsO. Vielmehr gelten dann sogar sämtliche Zahlungen, die mit der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters vorgenommen werden, als sorgfaltsgemäß. Andererseits bestimmt jedoch § 15 b III InsO, dass Geschäftsleiter die „Du kommst aus der Haftung frei“-Karte nur

dann ziehen können, wenn sie den Insolvenzantrag innerhalb der gesetzlichen Frist gestellt haben. Zahlungen nach ungenutztem Ablauf der Insolvenzantragsfrist sind in der Regel nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar und daher verboten.

Wie ein objektiv denkender Gläubiger

Aber natürlich können Geschäftsleiter nun nicht einfach dazu übergehen, in einer Krise alle Zahlungen als „notwendig für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs“ zu deklarieren. Jede Zahlung muss individuell auf ihre Erforderlichkeit geprüft werden – auch Lohnzahlungen, Mietzahlungen oder Warenbestellungen stellen dabei keine Ausnahme dar. Als Maßstab müssen Geschäftsleiter in die Rolle eines objektiv denkenden Gläubigers schlüpfen und sich die Frage stellen: Hätte dieser der Zahlung im Interesse einer vorläufigen, die Werte des Unternehmens erhaltenden Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs zugestimmt? Strebt der Geschäftsleiter ernsthaft eine nachhaltige Beseitigung der Insolvenzsreife an, so muss er sich diese Frage über einen womöglich langen Zeitraum – im Falle von Überschuldung bis zu sechs Wochen – für eine Vielzahl von Zahlungen stellen.

Das Zahlungsprivileg kann im Einzelfall zum Beispiel Lohnzahlungen umfassen. Ohne Bezahlung arbeiten wichtige Mitarbeiter in der Regel nicht sehr lange, da sie ja auch ihre Rechnungen bezahlen müssen. Eine Kündigungswelle dürfte jedoch oftmals das Ende der Sanierungsperspektive bedeuten. Ebenso dürften oftmals Mietzahlungen privilegiert – also für den Geschäftsleiter ohne Haftungsrisiko möglich – sein. Denn gerät ein Unternehmen bei der Miete für seine Betriebsstätte in Zahlungsverzug, kann ein

Vermieter schnell zur Kündigung berechtigt sein – und ohne Betriebsstätte ist eine Sanierung selten möglich. Legt man die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde, dürften auch Zahlungen von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung möglich sein. Allerdings ist dies in § 15 b InsO nicht eindeutig geregelt und daher die bisherige Rechtsprechung mit Vorsicht zu genießen.

„Verrotten von Assets“ verhindern

Anders gestaltet sich die Sache allerdings, wenn eine Sanierung nicht mehr ernsthaft verfolgt und stattdessen ein Insolvenzantrag vorbereitet wird. Der hierfür benötigte Zeitraum ist zwar einzelfallabhängig, allerdings dürften jeweils nur wenige Tage gerichtliche Anerkennung finden. In diesem Fall ist eine Bezahlung von Beraterkosten – also etwa für eine insolvenzrechtliche Beratung – möglich. Gleiches gilt für Zahlungen, mit denen das „Verrotten von Assets“ verhindert werden soll.

Eine Besonderheit gilt schließlich, wenn sich das Unternehmen für die Sanierung im Rahmen eines Restrukturierungsverfahrens nach dem StaRUG entschieden hat. Stellt sich in dessen Verlauf die Insolvenzsreife ein, hat der Geschäftsleiter dies dem Gericht nach § 32 III StaRUG anzuzeigen. Das Gericht entscheidet dann, ob es die Restrukturierungssache aufhebt, es also zu einem regulären Insolvenzverfahren kommt. Nach § 89 III StaRUG sind bis zur Entscheidung des Gerichts grundsätzlich ebenfalls Zahlungen privilegiert, die im ordentlichen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere dem Restrukturierungsvorhaben dienen. Diese Haftungserleichterung gilt jedoch nicht für Zahlungen, die bis zur Entscheidung des Insolvenzgerichts zurückgehalten werden können, ohne die mögliche Restrukturierung zu gefährden.



Überträgt man diesen Rechtsgedanken auf Zahlungen, die außerhalb eines StaRUG-Verfahrens im Zeitraum der Vorbereitung des Insolvenzantrages anfallen, so liegt der Gedanke nahe, diese dann ebenfalls nicht zu privilegieren, wenn sie ohne Gefährdung einer bestmöglichen Gläubigerbefriedigung auch noch nach Eröffnung des vorläufigen Insolvenzverfahrens erfolgen könnten. Dies könnte die Geschäftsleiter etwa zur Ausnutzung von Zahlungszielen zwingen.

Es ist kompliziert

Die unterschiedlichen Varianten und die damit verbundenen Prüfungsbedürfnisse zeigen, dass es für Geschäftsleiter in einer Krise ihres Unternehmens kompliziert ist, festzustellen, was sie tun können, ohne sich einem (größeren) Haftungsrisiko auszusetzen. Daher sollten Manager sowohl ihre Aufklärungsbemühungen, die Einbindung sachverständiger Dritter als auch ihre Entscheidungsfindung bei Zahlungen vor und während der Insolvenzreife dokumentieren. Eine Dokumentation ihrer Handlungen kann ihnen getreu dem Motto „Wer schreibt, der bleibt!“ helfen – etwa, wenn sie sich mit Haftungsansprüchen konfrontiert sehen und darlegen

und beweisen müssen, dass sie pflichtgemäß gehandelt haben oder – falls nicht – der Schaden auch bei pflichtgemäßem Handeln entstanden wäre. Denn in § 15 b InsO wird wie auch im StaRUG zunächst davon ausgegangen, dass die Schuld für einen Schaden beim Geschäftsleiter liegt und dem Geschäftsleiter nur die Möglichkeit eines Gegenbeweises verbleibt.

Wichtig ist, dass Schadenersatzansprüche, die im Rahmen von § 15 b entstehen, weitgehend nicht zur Disposition der Gesellschafter stehen. Das bedeutet, dass das insolvente Unternehmen auf den Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsleiter grundsätzlich nicht verzichten oder sich darüber mit ihm vergleichen darf. Ein Vergleich ist regelmäßig nur mit dem Insolvenzverwalter möglich.

Gerät ein Unternehmen in eine Krise, bietet es sich also auch für den Geschäftsleiter an, einen sachkundigen Dritten zu Rate zu ziehen – für sein Unternehmen, aber auch für seinen eigenen Geldbeutel.

Eine neue Dimension der Haftung

Geschäftsleiter sind generell großen finanziellen Haftungsrisiken ausgesetzt, wenn sie trotz Insolvenzreife den Geschäftsbetrieb ihres Unternehmens fortführen und keinen Insolvenzantrag stellen – Stichwort Insolvenzverschleppung. Mit seiner Entscheidung von Ende Juli 2021 (AZ II ZR 164/20) hat der Bundesgerichtshof diesen Risiken eine neue Dimension hinzugefügt: Wenn Geschäftsleiter mit allen Mitteln versuchen, ihr eigentlich insolventes Unternehmen künstlich am Leben zu erhalten, erfüllen sie den Tatbestand einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung im Sinne des § 826 BGB, wenn sie dabei die Schädigung der Gläubiger oder irgendwelcher anderer Personen für möglich halten und billigend in Kauf nehmen.

Für Geschäftsleiter bedeutet das, dass sie – wenn sie die Insolvenzreife ihres Unternehmens erkannt haben und keine begründeten Sanierungschancen sehen – unverzüglich einen Insolvenzantrag stellen müssen. Führen sie den Geschäftsbetrieb dennoch weiter, ist auch nach Ansicht des BGH davon auszugehen, dass sie das unabwendbare Ende des Unternehmens zum Nachteil der Gläubiger hinauszögern wollen.

Dann können nun auch die Geschäftspartner solcher Unternehmen gegen die Geschäftsleiter vorgehen. Sie können den Schaden, der ihnen im Vertrauen auf den Fortbestand des eigentlich schon insolventen Unternehmens entsteht, gegenüber dem unredlichen Geschäftsleiter geltend machen. Er muss den Schaden dann unter Umständen mit seinem Privatvermögen ersetzen.

Das Besondere: Anders als bislang muss der Geschäftsleiter eines Unternehmens in einem solchen Fall nicht aktiv geworden sein, um seine Haftung auszulösen. Es reicht, dass er seine Geschäftspartner nicht warnt und diese somit weiter auf die vermeintliche wirtschaftliche Lebenskraft des Unternehmens vertrauen. Hinzu kommt, dass Managerhaftpflichtversicherungen einen solchen Verstoß eines Geschäftsleiters möglicherweise nicht abdecken, da es sich um vorsätzliches Unterlassen handelt. ■

Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Neue Herausforderungen für Unternehmen und Geschäftsführung!



Lothar Köhl,
Rechtsanwalt, Partner,
Hoffmann Liebs, Partnerschaft
von Rechtsanwälten mbB

Einleitung

Am 11. Juni 2021 hat der Bundestag das Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten (kurz Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG) verabschiedet. Das LkSG wird am 1. Januar 2023 in Kraft treten. Viele Nichtregierungsorganisationen (NGOs) hatten seit Jahren ein derartiges Gesetz gefordert, um Menschenrechte und Umweltschutz in Lieferketten zu schützen und stärken. Die Einführung des LkSG war und ist in der deutschen Industrie nicht unumstritten, aber letztlich hat auch die Politik das Gesetz forciert, da nach Auffassung des Gesetzgebers die freiwillige Selbstverpflichtung der Unternehmen, Missstände in Lieferketten abzustellen, nicht ausgereicht hat.

Anwendungsbereich

Das LkSG ist ungeachtet ihrer Rechtsform auf Unternehmen anzuwenden, die ihre Hauptverwaltung, ihre Hauptniederlassung, ihren Verwaltungssitz oder ihren satzungsmäßigen Sitz im Inland, d.h. in Deutschland haben und in der Regel mindestens 3.000 Arbeitnehmer im Inland beschäftigen. Dieser Schwellenwert gilt für Unternehmen ab dem 1. Januar 2023. Ab dem 1. Januar 2024 wird dieser Schwellenwert auf 1.000 Arbeitnehmer gesenkt. Auch wenn keine exakten Zahlen vorliegen, wird vermutet, dass in einem ersten Schritt ab 2023 über 900 Unternehmen, ab 2024 knapp 5000 Unternehmen betroffen sind. Vom LkSG sind auch Unternehmen erfasst, die im Ausland nach europäischem oder ausländischem Recht gegründet, aber deren Sitz oder Niederlassung in der Bundesrepublik Deutschland liegt. In Kon-

zernen gelten Besonderheiten: Auch wenn die einzelnen (Tochter-) Gesellschaften in einem deutschen Konzern nicht den Schwellenwert von 3.000 oder 1.000 Arbeitnehmer erreichen, muss sich die sog. Obergesellschaft (Konzernmutter) die im Inland beschäftigten Arbeitnehmer sämtlicher konzernangehöriger Gesellschaften bei der Berechnung der Arbeitnehmerzahl zurechnen lassen.

Pflichten der Unternehmen

Die vom LkSG betroffenen Unternehmen müssen sich bemühen, dass sowohl im eigenen Geschäftsbereich als auch in der Lieferkette Verletzung von Menschenrechten vermieden und umweltbezogene Sorgfaltspflichten eingehalten werden. Das LkSG regelt ausdrücklich, dass lediglich eine sog. Bemühenspflicht besteht, die Unternehmen aber keine Erfolgsflicht dahingehend haben, dass in ihren Lieferketten keine Menschenrechte oder umweltbezogene Pflichten verletzt werden.

Menschenrechte, Umwelt und Lieferkette

Zu den Menschenrechten, die geschützt werden sollen, zählen insbesondere die in § 2 LkSG aufgezählten Verbote. Es sollen Kinderarbeit, Sklaverei, unzureichende Maßnahmen beim Arbeitsschutz, Missachtung der Koalitionsfreiheit, Diskriminierung, Vorhalten von angemessenem Lohn, Umweltschäden, die zur Beeinträchtigung bei Menschen führen können (z. B. verseuchtes



Trinkwasser, keine Nahrung), Entzug von Land usw. vermieden werden. Umweltbezogene Pflichten ergeben sich aus dem sog. Minamata-Übereinkommen (Quecksilber) und Stockholm Übereinkommen (organische Schadstoffe). Die Lieferkette im Sinne des LkSG bezieht sich auf alle Produkte und Dienstleistungen eines Unternehmens. Sie umfasst sämtliche Schritte im In- und Ausland, die zur Herstellung der Produkte und zur Erbringung der Dienstleistung erforderlich sind, angefangen von der Gewinnung der Rohstoffe bis zur Lieferung an den Endkunden. Erfasst wird sowohl das Handeln eines Unternehmens im eigenen Geschäftsbereich, das Handeln eines unmittelbaren Zulieferers und das Handeln eines mittelbaren Zulieferers. Hierbei sind die Anforderungen an die Unternehmen jedoch abgestuft. Im eigenen Geschäftsbereich gelten die strengsten Maßstäbe, bei einem unmittelbaren Zulieferer gelten die Pflichten in leicht abgeschwächter Form, während bei einem mittelbaren Zulieferer die niedrigsten Sorgfaltspflichten gelten.

Sorgfaltspflichten

Die Sorgfaltspflichten, die die betroffenen Unternehmen in ihren Lieferketten zu beachten haben, umfassen insbesondere folgende Punkte:

- die Einrichtung eines Risikomanagements
- die Festlegung einer betriebsinternen Zuständigkeit
- die Durchführung regelmäßiger Risikoanalysen
- die Verabschiedung einer Grundsatzerklärung
- die Verankerung von Präventionsmaßnahmen im eigenen Geschäftsbereich und gegenüber unmittelbaren Zulieferern
- das Ergreifen von Abhilfemaßnahmen
- die Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens
- die Umsetzung von Sorgfaltspflichten in Bezug auf Risiken bei mittelbaren Zulieferern
- Dokumentation und Berichterstattung

Risikomanagement, Risikoanalyse und Beauftragter

Die Einrichtung eines angemessenen und wirksamen Risikomanagements erfordert solche Maßnahmen, die es ermöglichen, menschrechtliche und umweltbezogene Risiken zu erkennen, Verletzungen geschützter Rechtspositionen oder umweltbezogener Pflichten vorzubeugen, sie zu beenden oder sie zu minimieren, wenn das Unternehmen diese Risiken oder Verletzungen innerhalb der Lieferkette verursacht oder dazu beigetragen hat. Hinzu kommt, dass eine zuständige Person – z. B. ein Menschenrechtsbeauftragter – ernannt werden muss.

Im Rahmen dieses Risikomanagements hat das Unternehmen eine angemessene Risikoanalyse durchzuführen, um die menschenrechtlichen und umweltbezogenen Risiken im eigenen Geschäftsbereich sowie bei seinen unmittelbaren Zulieferern zu ermitteln.

Grundsatzklärung und Präventionsmaßnahmen

Sofern ein Unternehmen im Rahmen einer Risikoanalyse ein Risiko feststellt, hat es unverzüglich angemessene Präventionsmaßnahmen zu ergreifen. Zudem muss eine Grundsatzklärung über die Menschenrechtstrategie des Unternehmens verabschiedet werden.

Das Unternehmen muss ebenfalls angemessene Präventionsmaßnahmen gegenüber einem unmittelbaren Zulieferer verankern, hierzu zählen z. B. Entwicklung und Implementierung geeigneter Beschaffungsstrategien und Einkaufspraktiken, die Durchführung von Schulungen sowie die Durchführung von Kontrollmaßnahmen.

Abhilfemaßnahmen und Beschwerdeverfahren

Stellt das Unternehmen fest, dass die Verletzung einer geschützten Rechtsposition oder einer umweltbezogenen Pflicht in seinem eigenen Geschäftsbereich oder bei einem unmittelbaren Zulieferer bereits eingetreten ist oder unmittelbar bevorsteht, hat es unverzüglich angemessene Abhilfemaßnahmen zu er-

greifen. Sofern dies nicht in absehbarer Zeit möglich ist, muss unverzüglich ein Konzept zur Minimierung erstellt und umgesetzt werden. Zu derartigen Maßnahmen im Rahmen des Konzepts gehören ein gemeinsamer Plan, Brancheninitiativen oder sogar die temporäre Aussetzung der Geschäftsbeziehung. Allerdings ist ein Abbruch der Geschäftsbeziehung nur dann geboten, wenn es sich um eine schwerwiegende Verletzung handelt, das Konzept keine Abhilfe schafft und dem Unternehmen keine milderen Mittel zur Verfügung stehen.

Im Unternehmen muss ein internes Beschwerdeverfahren eingerichtet werden für unmittelbar betroffene Personen und Personen, die Kenntnis von möglichen Verletzungen haben. Es muss eine Verfahrensordnung geschaffen werden und Informationen zum Beschwerdeverfahren müssen öffentlich zugänglich sein.

Mittelbare Zulieferer

Sofern das Unternehmen substantiierte Kenntnis über eine mögliche Verletzung einer geschützten Rechtsposition oder einer umweltbezogenen Pflicht bei mittelbaren Zulieferern erlangt, so hat das Unternehmen anlassbezogen unverzüg-

lich eine Risikoanalyse durchzuführen und unter anderem angemessene Präventionsmaßnahmen gegenüber dem Verursacher zu ergreifen. Bereits bei Entstehung des Gesetzes wurde kritisiert, was genau „substantiierte Kenntnis“ (ein Wertungsbegriff) sein soll.

Dokumentation und Berichtspflicht

Das Gesetz verlangt eine fortlaufende Dokumentation über die Maßnahmen zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten. Zudem muss das Unternehmen jährlich einen Bericht über die Erfüllung seiner Sorgfaltspflichten im vergangenen Geschäftsjahr erstellen. Dieser Bericht muss spätestens vier Monate nach dem Schluss des Geschäftsjahres auf der Internetseite des Unternehmens für einen Zeitraum von sieben Jahren kostenfrei öffentlich zugänglich gemacht werden.

Behördliche Kontrolle, Durchsetzung und Sanktionen

Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) ist die zuständige Behörde. Die Behörde kann von Amts-

wegen und auf Antrag betroffener Personen tätig werden und geeignete und erforderliche Anordnungen und Maßnahmen treffen (z. B. Ladung von Personen, Plan zur Behebung der Missstände anfordern, konkrete Handlungen werden aufgegeben). Sofern Pflichten nach dem LkSG verletzt werden, sind Ordnungswidrigkeiten/Bußgelder von bis zu € 800.000,00 für natürliche Personen und von bis zu € 8.000.000,00 für juristische Personen vorgesehen. Bei Unternehmen mit durchschnittlichem Jahresumsatz von mehr als € 400 Mio. sind Geldbußen von bis zu 2 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes möglich. Hinzu kommt der Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge bei einem festgestellten Verstoß ab einer gewissen Schwere.

Konsequenzen und Maßnahmen für Unternehmen sowie Management

Das LkSG schafft neue Herausforderungen, aber auch neue Haftungsrisiken für Unternehmen sowie die Unternehmensleitung. Bis zum 1. Januar 2023 verbleibt nicht mehr viel Zeit. Daher sollten betroffene Unternehmen nun rechtzeitig u.a.

- die Compliance-Organisation (Supply Chain Compliance) um Aspekte der Menschenrechte sowie Umweltschutz/ Nachhaltigkeit ergänzen
- eine Risikoanalyse durchführen
- ggf. Lieferantenverträge anpassen bzw. ändern
- einen Kodex für Lieferanten erstellen bzw. anpassen
- Lieferanten regelmäßig kontrollieren
- ein Beschwerdesystem einrichten
- sich mit bestehenden D&O-Versicherungen abstimmen, um etwaige Deckungslücken zu vermeiden
- interne Zuständigkeiten klären und einen Beauftragten ernennen

Mittelbare Betroffenheit durch das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz

Selbst wenn ein Unternehmen nicht unmittelbar in den Anwendungsbereich des LkSG fällt, bedeutet dies nicht, dass das Unternehmen mit den Pflichten des LkSG nicht in Berührung kommt. Vom LkSG direkt erfasste Unternehmen werden dazu angehalten, auf ihre Lieferanten einzuwirken und hierdurch Pflichten in der Lieferkette zu verlagern bzw. weiterzureichen. Zukünftig werden daher diese Unternehmen ihre Zulieferer und

Lieferanten vertraglich z. B. durch angepasste Lieferverträge, einen verschärften Lieferantenkodex (Code of Conduct) oder mittels Allgemeiner Einkaufsbedingungen zur Einhaltung der menschenrechtlichen und umweltbezogenen Pflichten anhalten. Es werden voraussichtlich Vertragsstrafen, Freistellungserklärungen und ähnliche Pflichten in Verträgen, AGB usw. aufgenommen werden. Über diesen „Umweg“ werden auch viele Unternehmen, die eigentlich nicht dem LkSG unterfallen, mittelbar zur Erfüllung der Anforderungen verpflichtet werden.

Ein kurzer Ausblick für die Zukunft: Derzeit diskutiert die EU über ein eigenes EU-Lieferkettengesetz. Der Entwurf des EU-Lieferkettengesetzes sieht strengere Regelungen als das deutsche LkSG vor. Es ist geplant, dass das EU-Gesetz schon für Unternehmen ab 500 Arbeitnehmer (teilweise sogar schon ab 250) gelten soll. Des Weiteren wird überlegt, ob nicht – anders als das deutsche Gesetz – neue unmittelbare zivilrechtliche Schadensersatzansprüche von Betroffenen in dem EU-Gesetz verankert werden. In diesem Fall müsste das deutsche LkSG noch angepasst und verschärft werden. ■

Methoden zur Vermeidung von Auseinandersetzungen bei der Unternehmensnachfolge



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

Gerichtliche Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit Unternehmensnachfolgen nehmen zu. Dies betrifft im besonderen Maße erbrechtliche, gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Streitigkeiten. Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit einer Unternehmensnachfolge kosten die Beteiligten aufgrund ihrer Komplexität und ihrer erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung viel Zeit, Geld und Energie. Sie bergen auf der persönlichen Ebene der Beteiligten, insbesondere wenn die Unternehmensnachfolge familienintern geregelt wurde, zudem ein erheblich gesteigertes Belastungs- und Konfliktpotential. Auch das Unternehmen selbst wird von den Auseinandersetzungen meistens in Mitleidenschaft gezogen. Bestenfalls lähmen die Auseinandersetzungen die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens nur. Im schlimmsten Fall bringen sie jedoch auch das Unternehmen selbst, bis hin zur Betriebsaufgabe, in Gefahr. Der Vermeidung von Auseinandersetzungen im Rahmen von Unternehmensnachfolgen kommt deshalb eine erhebliche Bedeutung bei der Planung und Gestaltung von diesen zu.

Ausgangspunkt der Unternehmensnachfolge

Aus Sicht des Unternehmensinhabers ist die Unternehmensnachfolge ein entscheidender Baustein seiner Lebensplanung, insbesondere seiner familiären Vermögensplanung. Denn nicht selten stellt das zu übertragende Unternehmen das Lebenswerk des Unternehmensinhabers dar, welches es „loszulassen“ gilt. Das zu übertragende Unternehmen ist darüber hinaus ein erheblicher, wenn nicht sogar der wesentliche, Vermögenswert des Unterneh-

mensinhabers, den es familienintern zu erhalten oder durch die Veräußerung an einen Dritten freizusetzen gilt. Gleichzeitig soll eine steuerlich günstige und im Fall der Einbindung der Nachfolgegeneration eine gerechte Lösung gefunden werden. Emotionale und rationale Aspekte treffen aufeinander, worauf im besonderen Maße zu achten ist. Meist handelt es sich bei der beabsichtigten Unternehmensnachfolge zudem um einen einmaligen Vorgang ohne persönliche Erfahrungswerte des Unternehmensinhabers. Für den Unternehmensinhaber ist es entscheidend, dass der Nachfolger über die Eignung verfügt, das Unternehmen erfolgreich fortzuführen. Gleichzeitig muss er sich mit der Frage auseinandersetzen, ob Zusagen des Nachfolgers tatsächlich eingehalten werden und wie er im Fall ihrer Nichteinhaltung damit umgehen möchte. Bleibt der Unternehmensinhaber ganz oder teilweise rechtlich oder wirtschaftlich am Unternehmen beteiligt, trägt er zudem das Risiko, dass sein Nachfolger riskante Entscheidungen auch zu seinen Lasten bzw. gegen seine Interessen trifft. Für den Nachfolger hingegen ist die Übernahme des Unternehmens eine ihn langfristig bindende zukünftige Chance mit allen damit verbundenen Kosten und Risiken. Für den Nachfolger stellt sich deshalb die Frage, ob das zu übernehmende Unternehmen über den von dem Unternehmensinhaber beigemessenen Wert bzw. Potential tatsächlich verfügt. Aufgrund der hohen wirtschaftlichen Bedeutung einer Unternehmensnachfolge sind die mit einer Unternehmensnachfolge verbundenen Erwartungen und Ziele der Beteiligten somit sehr groß. Konsequenterweise ist auf der anderen Seite auch das persönliche und wirtschaftliche Konflikt- und Eskalationspotential, wenn die Durchführung der vereinbarten Unternehmensnachfolge nicht den damit ver-

bundenen Erwartungen und Zielen der Beteiligten entspricht, ebenso groß. Eine gute Gestaltung einer Unternehmensnachfolge muss daher die jeweiligen Interessen, Ziele, Chancen und Risiken der Beteiligten identifizieren und in einen angemessenen Ausgleich bringen.

Typischer Ablauf einer Unternehmensnachfolge

Die „geplante Unternehmensnachfolge“ besteht typischerweise aus drei Phasen, nämlich der Vorbereitung, der Verhandlung und der Umsetzung der Unternehmensnachfolge. In der ersten Phase der Vorbereitung fällt die grundsätzliche Entscheidung hinsichtlich einer möglichen Übergabe des Unternehmens. Damit einhergehend werden eine Unternehmensbewertung und eine Vermögensbestandsaufnahme durchgeführt. Ziele, Risiken und Erwartungen des Unternehmensinhabers im Hinblick auf die geplante Unternehmensnachfolge und den möglichen Nachfolger werden bestimmt und priorisiert. Bereits zu diesem Zeitpunkt sollten steuerliche und rechtliche Handlungs- und Gestaltungsalternativen zur Zielerreichung dem Grunde nach identifiziert und in den weiteren Planungs- und Entscheidungs-

prozess einbezogen werden. In der Verhandlungsphase mit dem potentiellen Nachfolger werden die bevorzugte Gestaltung der Unternehmensnachfolge sowie die dazugehörigen vertraglichen Regelungen, unter Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen, rechtlichen und steuerlichen Konsequenzen für die Beteiligten, verhandelt und entschieden. Parallel hierzu werden Finanzierungsmöglichkeiten zur Zahlung des Kaufpreises geprüft. Am Ende der Verhandlungsphase steht der Abschluss des Nachfolgevertrages. In die Umsetzungsphase fallen die Einführung des Nachfolgers im Unternehmen und bei den Vertragspartnern sowie die Zahlung des Kaufpreises.

Die „ungeplante Unternehmensnachfolge“, z.B. durch eine schwere Erkrankung oder Tod des Unternehmensinhabers, erhöht das Risiko für das Unternehmen sowie für Auseinandersetzungen erheblich. Rechtliche, steuerliche und wirtschaftliche Gestaltungsspielräume sind eingeschränkt. Viele Parameter sind bereits fixiert und lassen sich nicht mehr rückwirkend ändern. Dies gilt insbesondere für steuerliche Weichenstellungen. Schlimmstenfalls ist das Unternehmen führungslos, ohne dass es eine Möglichkeit gibt, über die Gesellschafterstellung schnell gegensteuern zu können.

Die emotionale Belastung der Beteiligten und der Druck auf diese ist in einer solchen Notfall-Situation besonders hoch. Schließlich birgt die ungeplante Unternehmensnachfolge aufgrund des mit ihr verbundenen Zeitdrucks ein höheres Fehlerisiko bei der Gestaltung und Umsetzung der Unternehmensnachfolge.

Methoden zur Konfliktvermeidung

- 1 Die Planung und Durchführung einer Unternehmensnachfolge ist ein komplexer und langwieriger Prozess, der zumeist parallel zu dem Tagesgeschäft des Unternehmensinhabers in Angriff genommen wird. Der Unternehmensinhaber sollte sich daher rechtzeitig mit diesem Thema auseinandersetzen und eine ausreichende Vorlaufzeit für die Planung und Umsetzung einplanen. Hierzu gehört es auch, einen Notfallplan, insbesondere durch die Erteilung entsprechender Handlungsvollmachten, für den Fall eines Unfalls o.ä. zu haben, um zumindest eine ggf. drohende Führungslosigkeit des Unternehmens zu verhindern.
- 2 Es ist wichtig, bereits am Anfang eine vollständige Ist-Analyse der betrieblichen Situation des Unternehmens sowie der





wirtschaftlichen und rechtlichen Lage des Unternehmensinhabers vorzunehmen. Zudem sind die Ziele, Erwartungen und ihre Wertigkeit, welcher der Unternehmensinhaber mit der beabsichtigten Unternehmensnachfolge im konkreten Fall verbindet, zu bestimmen. Beide Maßnahmen stehen in Wechselwirkung zueinander. Sie sind Bestandteil eines bis zum Vertragsabschluss fortschreitenden Prozesses, der sich im Zuge der weiteren Planung und Entscheidung über die Art und Weise der Unternehmensnachfolge immer wieder verändert, überdacht und angepasst werden muss. Spätestens wenn der potentielle Unternehmensnachfolger am Verhandlungstisch sitzt, werden die Parameter an seine Vorstellungen angepasst werden müssen. Hierauf sollte man vorbereitet sein. Eine Unternehmensnachfolge ist aufgrund der individuellen Natur des Unternehmens und der beteiligten Personen ein individueller Vorgang, weshalb eine schematische Lösung ausgeschlossen ist. Die bestmögliche steuerliche Gestaltungsmöglichkeit kann im Rahmen einer familieninternen Unternehmensnachfolge zum Beispiel dazu führen, dass es später zu Streitigkeiten innerhalb der Nachfolgeneration wegen vermeintlicher oder tatsächlicher Ungleichbehandlung kommt oder weil die Liquiditätsinteressen des

Unternehmensinhabers nicht ausreichend berücksichtigt wurden. Nur auf Basis vollständiger Informationen können somit die erforderlichen vorbereitenden Maßnahmen ergriffen, Ziel- und Interessenkonflikte gelöst, Risiken ausgeschlossen oder reduziert sowie rechtliche und steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten ausgeschöpft und Auseinandersetzungen vermieden werden.

3 Die erforderliche Transparenz und Vollständigkeit im Entscheidungsprozess ist auch der Grund, weshalb von Anfang an, wenn auch mit unterschiedlicher Gewichtung, Berater, wie z.B. Steuerberater, Rechtsanwälte, Unternehmens- und Vermögensberater, in den Planungs- und Entscheidungsprozess einbezogen werden sollten, um Informationsasymmetrien und -defizite und somit Fehler zu vermeiden.

4 Die Familie des Unternehmensinhabers sollte ebenfalls frühzeitig in seine Überlegungen zur Unternehmensnachfolge eingebunden werden. Dies betrifft nicht nur den potentiellen, aus der Familie stammenden Nachfolger, sondern alle Familienangehörige. Denn die Entscheidung zur Unternehmensnachfolge betrifft letztlich jedes Familienmitglied, wenn auch auf unterschiedliche Weise. Es sollte daher

Einvernehmen darüber herrschen, wer aus der Familie letztlich, in welcher Form betroffen ist und ob bzw. in welcher Form eine Einbindung in die Unternehmensnachfolge erfolgen sollte. Entscheidungen, welche von allen mitgetragen werden, lassen sich im Nachhinein nur schwer in Frage stellen.

5 Diskussionen und Verhandlungen im Rahmen von Unternehmensnachfolge sind davon geprägt, dass sie sowohl wirtschaftliche, steuerliche, rechtliche, aber auch persönliche Fragen beinhalten. In der Praxis hat sich gezeigt, dass diese Ebenen vielfach von den Beteiligten stark miteinander verknüpft bzw. miteinander vermischt werden, was Lösungen erschwert. Unabhängig von der Frage, welcher dieser Ebenen der Unternehmensinhaber Priorität einräumt, sollte deshalb darauf geachtet werden, dass Probleme und Fragen auf der Ebene diskutiert werden, wo sie ihren Schwerpunkt haben. Auch sollte man sich vergegenwärtigen, dass eine Lösung, die man selbst als ausgeglichen und gerecht beurteilt, wenn es z.B. um Ausgleichsleistungen an weichende familieninterne Nachfolger geht, von diesen eben nicht als gerecht betrachtet werden. Nicht verhehlt werden soll allerdings, dass eine zu starke Fokussierung auf eine Gleichbehandlung

Gestaltungsmöglichkeiten, insbesondere was die Ausnutzung von steuerlichen Vorteilen betrifft, beschränken kann. Auch aus diesem Grund ist die bereits genannte frühzeitige Einbindung von Familienmitgliedern, um eine nachhaltige Einigung herbeizuführen, wichtig.

6 Die Unternehmensnachfolge wirkt sich auch erheblich auf die weiteren Stakeholder des Unternehmens, wie z.B. Mitarbeiter, Lieferanten, Kunden oder auch finanzierende Banken, aus. Grundsätzlich führt die Unternehmensnachfolge zu erheblichen Veränderungen im Unternehmen sowie zu Produkt- und Prozessinnovationen, da der Nachfolger seine Vorstellungen der zukünftigen Unternehmensentwicklung umsetzen möchte. Hier sollten Mitarbeiter daher rechtzeitig eingebunden werden, um den wirtschaftlichen Erfolg der geplanten Unternehmensnachfolge nicht zu gefährden. Vielfach zeigt sich zudem, dass es im Vorfeld einer Unternehmensnachfolge zu einer Reduzierung der Investitionsbereitschaft des Unternehmensinhabers gekommen ist. Die Hausbanken sind daher als Kreditgeber erster Ansprechpartner, um die von dem Nachfolger geplanten Investitionen zu finanzieren. Auch hier ist deshalb eine frühe Einbindung der Banken zu empfehlen.

7 Sofern die weitere Einbindung des Unternehmensinhabers in die Unternehmensführung, sei es als Geschäftsführer, Berater oder als Gesellschafter, gewünscht sein sollte, sollte Klarheit bestehen, mit welchen Aufgaben, welcher Verantwortung, welcher Vergütung und über welchen Zeitraum diese Beteiligung erfolgen soll. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Verbleib

des Unternehmensinhabers im Unternehmen sich nicht nur vorteilhaft für eine Unternehmensnachfolge auswirken kann, da er das Herinwachsen seines Nachfolgers in seine neue Rolle behindern und seine Akzeptanz bei Mitarbeitern und Dritten erschweren kann.

8 Vertragliche Bestimmungen sollten klar, eindeutig und vollständig die Unternehmensnachfolge regeln, um spätere Streitigkeiten zu vermeiden. Aus diesem Grund sollte auch eine klare Abbildung dessen erfolgen, was zu geschehen hat, wenn sich bestimmte Zusagen oder Erwartungen der Parteien nicht erfüllen. Dies gilt im Rahmen einer familienexternen Unternehmensnachfolge insbesondere dann, wenn nicht sofort eine vollständige Übernahme sämtlicher Unternehmensanteile erfolgt, der Kaufpreis variabel gestaltet oder eine Ratenzahlung vereinbart ist.

Ergebnis

Die Unternehmensnachfolge ist ein schwieriger und komplexer Prozess, bei dem eine Vielzahl von unterschiedlichen persönlichen und wirtschaftlichen Interessen zu regeln ist. Die Unternehmensnachfolge ist zudem mit einem erheblichen Prognoseisiko belastet und für die Beteiligten von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. Aus diesem Grund ist es für den Erfolg der Unternehmensnachfolge entscheidend, auf Basis vollständiger Informationen und hinreichend bestimmter Ziele eine klare und widerspruchsfreie Gestaltung der Unternehmensnachfolge zu finden. Anderenfalls drohen lange und kostenintensive Auseinandersetzungen, die es unbedingt zu vermeiden gilt. ■

Abwehrkosten aus der D&O-Versicherung im Wege der einstweiligen Verfügung?



Rechtsanwalt Dr. Rocco Jula,
Fachanwalt für
Handels- und Gesellschaftsrecht
sowie Versicherungsrecht,
Rechtsanwälte Dr. Jula & Partner mbB

Wird ein Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer in die Haftung genommen, kommen auf diesen häufig, wenn es um hohe Forderungen geht, erhebliche Kosten für die Verteidigung und Abwehr zu. Mit dem Deckungsschutz aus einer D&O-Versicherung kann er sich effektiv zur Wehr setzen. Daher bieten alle D&O-Versicherer Deckungskonzepte an, die auch die sog. Abwehrkosten umfassen.

Nach den in der Praxis üblichen D&O-Versicherungsbedingungen wird hierbei auch vorläufig Kostendeckung gewährt, wenn dem betreffenden Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer (Geschäftsleiter) eine vorsätzliche Schadensherbeiführung oder eine wissentliche Pflichtverletzung vorgeworfen wird. Der Versicherer geht insoweit in Vorleistung. Wird aber am Ende die versicherte Person wegen einer vorsätzlichen Schadensherbeiführung oder einer wissentlichen Pflichtverletzung verurteilt, sind die bereits durch den Versicherer geleisteten Beträge meist zurückzuzahlen.

Diese vorläufige Gewährung von Abwehrkosten ist jedenfalls in der typischen Konstellation erforderlich, in der dem Organmitglied Vorsatz oder Wissentlichkeit vorgeworfen wird, dieser jedoch diesen Vorwurf bestreitet. Klauseln, die vorläufig Abwehrdeckung gewähren, unterscheiden sich im Detail, eine solche Klausel lässt sich z.B. wie folgt formulieren:

Ist die wissentliche Pflichtverletzung streitig, besteht Versicherungsschutz für die Abwehrkosten, solange die wissentliche Pflichtverletzung nicht rechtskräftig festgestellt ist. Erfolgt eine solche Feststellung, entfällt der Versicherungsschutz rückwirkend und dem Versicherer sind die bis dahin von ihm aufgewandten Kosten zurückzuerstatten.

Etwas differenzierter und strenger, weil der Versicherungsschutz „automatisch“ rückwirkend wegfällt und deutlich wird in welchem Gerichtsprozess die Feststellung zum Vorsatz getroffen werden kann, ist folgende Fassung:

Versicherungsschutz für Abwehrkosten besteht unter der auflösenden Bedingung, dass der Vorsatz der Pflichtverletzung nicht durch gerichtliche, behördliche oder schiedsgerichtliche Entscheidung, Vergleich oder Anerkenntnis rechtskräftig festgestellt wird. Mit einer solchen Feststellung entfällt der Versicherungsschutz rückwirkend und die vom Versicherer erbrachten Leistungen sind in voller Höhe zurückzuerstatten. Eine solche Feststellung kann in einem Haftpflicht- oder Deckungsprozess erfolgen.

¹ OLG Frankfurt, Beschl. v. 11.12.2021, 7 w 29/20, juris, Rn. 70.

In dem Verfahren, das den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden Dr. Markus Braun der Wirecard AG betraf, hatte das OLG Frankfurt¹ folgende Klausel aus dem D&O-Versicherungsvertrag zu beurteilen, bei der auf die Rückforderung von Verteidigungskosten sogar verzichtet wurde und damit der Versicherungsschutz nur für die Zukunft entfiel:

Im Zweifel über das Vorliegen einer wissentlichen Pflichtverletzung oder vorsätzlichen Pflichtverletzung wird der Versicherer Verteidigungskosten gewähren. Dies gilt auch, wenn der Anspruch auf eine Rechtsnorm gestützt wird, deren Voraussetzungen nur bei Vorsatz erfüllt sein können. Steht das Vorliegen einer wissentlichen Pflichtverletzung oder einer vorsätzlichen Pflichtverletzung fest, entfällt der Versicherungsschutz. Als Feststellung gilt eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung oder ein Eingeständnis der versicherten Person, aus der/dem sich die Tatsachen ergeben, welche die wissentliche oder vorsätzliche Pflichtverletzung belegen. Der Versicherer verzichtet im Fall der Feststellung einer wissentlichen oder vorsätzlichen Pflichtverletzung gegenüber den versicherten Personen auf eine Rückforderung bereits geleisteter Verteidigungskosten.

Im Fall Wirecard bestritt der ehemalige Vorstandsvorsitzende von den Scheinumsätzen gewusst zu haben, die zur Insolvenz der AG führten. Der Versicherer war hingegen davon überzeugt, dass Herr Dr. Braun Kenntnis hatte. Der Versicherer ging aber noch einen Schritt weiter: Er erklärte die Anfechtung des D&O-Versicherungsvertrags wegen arglistiger Täuschung und meinte nun, der Vertrag sei nichtig, weshalb es schon deshalb keine vorläufige Abwehrdeckung gebe. Diese vorläufige Abwehrdeckung versuchte der Ex-Vorstands-Vorsitzende nunmehr per einstweiliger Verfügung durchzusetzen. Hiermit war Herr Dr. Braun vor dem OLG Frankfurt erfolgreich.

Der Ex-Vorstandsvorsitzende trug vor, wegen dinglicher Arreste nicht an sein Vermögen zu gelangen, weshalb er insbesondere Anwaltskosten für seine Vertretung nicht aufbringen könne.² Der Versicherer wendete ein, dass die Finanzberichte der Wirecard AG seit 2015 wegen der Einbeziehung angeblicher Umsatzerlöse aus TPA-Geschäften (Drittpartnergeschäft = Third Party Acquiring, kurz TPA) unzutreffend gewesen seien und die wirtschaftlichen Verhältnisse falsch darstellten. In Asien, wo Wirecard keine eigenen Lizenzen hatte, sollte das Geschäft über

Drittpartner abgewickelt werden, die es aber nicht gab, zumindest nicht die Erlöse bzw. Umsätze. Markus Braun bestritt dies bzw. dies gewusst zu haben. Der Versicherer hat den kompletten D&O-Versicherungsvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten und berief sich auf eine Nichtigkeit des Vertrags.³

Es stellte sich die Frage, ob, solange wie die Nichtigkeit des Versicherungsvertrags oder die Auswirkungen dieser Nichtigkeit auf den Versicherungsschutz für das einzelne Organmitglied im Streit sind und solange wie ein Vorsatz oder eine Wissentlichkeit des Geschäftsleiters nicht rechtskräftig festgestellt wurden, einstweilen Abwehrkosten zu gewähren sind. Markus Braun trug vor⁴, er habe Anfang Juli 2020 einen Vorschuss an seine Anwälte in Höhe von 290.000 Euro gezahlt, der zum Stichtag 14.10.2020 bis auf 45.149,99 Euro aufgebracht worden sei. Aufgrund der anhängigen Zivilverfahren seien bislang vorzuschießende Anwaltsgebühren in Höhe von 388.556,12 Euro angefallen. Eine Klage gegen die Wirecard AG wegen der Kündigung seines Dienstvertrages könne er mangels ausreichender finanzieller Mittel nicht erheben; ebenso werde er sich nicht gegen sich bereits konkret abzeichnende Organhaftungsansprüche weh-

ren können. Die Klageerwiderung in dem Musterverfahren vor dem Landgericht könne nicht gefertigt werden; ebenso könne er lediglich gegen drei der zahlreichen Arreste und Pfändungen, die alleamt in unmittelbarem Zusammenhang mit seiner Tätigkeit bei der Wirecard AG stehen würden, Widerspruch einlegen. Hier wäre im Einzelnen zu prüfen, welche Kosten zu den versicherten Abwehrkosten gehören und in welcher Höhe eine sofortige Leistung zur Abwendung einer existenzgefährdenden Notlage erfolgen muss. Wichtig ist zudem der Verfügungsanspruch, der voraussetzt, dass der Anspruchsteller im Hauptsacheverfahren mit hoher bis an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit obsiegen wird.⁵

Das OLG Frankfurt sah hier keinen ausreichenden Gegenvortrag des Versicherers zur Wissentlichkeit, sodass es die einstweilige Verfügung erließ. Jeder Einzelfall ist gesondert zu beurteilen.

² Siehe OLG Frankfurt Beschl. v. 11.12.2020 - 7 W 29/20, juris.

³ OLG Urte. v. 7.7.2021 -U 19/21, juris.

⁴ OLG Urte. v. 7.7.2021 -U 19/21, juris.

⁵ LG Frankfurt Urte. v. 18.1.2021 - 2-08 O 320/20, r+s 2021, 395.

Zu folgen ist der Feststellung des OLG, dass jedenfalls dann, wenn der Sachverhalt, auf den die Anfechtung des Versicherungsvertrags gestützt wird – hier die Einbeziehung von Scheinumsätzen in den Jahresabschlüssen –, auch für die vorsätzliche Schadensherbeiführung bzw. wissentliche Pflichtverletzung angeführt wird, sich der Versicherer nicht auf die Nichtigkeit des Versicherungsvertrags berufen kann. Ist also der Sachverhalt, der für den Wegfall des Versicherungsschutzes wegen vorsätzlicher Schadensherbeiführung bzw. wissentlicher Pflichtverletzung herangezogen wird, auch Gegenstand der Arglistanfechtung, bleibt die vorläufige Deckung erhalten, jedenfalls solange keine rechtskräftige Verurteilung zu diesem streitbefangenen vorsätzlichen Verhalten vorliegt.⁶ Die dogmatische Begründung hierfür ist nicht eindeutig. Die in der Praxis vereinbarten Bedingungen ordnen zwar an, dass bei einer Arglistanfechtung des Versicherungsvertrags die Arglist des einen Organs nicht dem anderen zugerechnet wird, über die Rechtsfolgen wird allerdings gestritten.

Eine Klausel in den D&O-Versicherungsbedingungen kann wie folgt formuliert sein:

Tritt der Versicherer wegen der Verletzung von Anzeigepflichten vom Versicherungsvertrag zurück oder erklärt er die Anfechtung seiner auf Vertragsabschluss oder -verlängerung gerichteten Willenserklärung und sind die Umstände, die den Versicherer zum Rücktritt oder zur Anfechtung berechtigen, einer versicherten Person nicht bekannt gewesen, so sind der Rücktritt und die Anfechtung dieser versicherten Person gegenüber unwirksam, wenn die versicherte Person in Anspruch genommen wird.

Hat also etwa einer von drei Vorstandsmitgliedern falsche Angaben getätigt und ficht daraufhin der Versicherer den Vertrag wegen arglistiger Täuschung an, hat der betreffende Vorstand, der die Angaben fehlerhaft getätigt hat, keinen Versicherungsschutz, wohl aber die beiden anderen Vorstandsmitglieder. Ob dieser Verzicht am Ende standhält, ist nicht abschließend geklärt. So wird erörtert, dass der Versicherer ggf. gar nicht wirksam bei Arglist auf sein Anfechtungsrecht verzichten könne.⁷ Sollte man diesem Argument folgen, dürfte es indes treuwidrig sein, wenn der Versicherer sich gegenüber dem nicht arglistig handelnden Organmitglied darauf beruft. Die Ansicht, dass ggf. mit der Klausel ein Anspruch des nicht arglistig handelnden Organmitglieds auf Abschluss eines „Schattenvertrags“⁸ zu demselben Bedingungsnetz besteht, ist eine erwägenswerte Lösung. Das OLG Düsseldorf hat indes in der sog. Comroad-Entscheidung die Ansicht vertreten, dass diese Klausel nur die Zurechnung zwischen den versicherten Personen betrifft, aber nicht verhindert, dass die Arglist des Organs der Versicherungsnehmerin zuzurechnen ist. Damit läge eine Arglist der Versicherungsnehmerin selbst vor, die gemäß § 16 ff. VVG den Versicherer zur Anfechtung mit der Folge berechtigt, dass trotz der Klausel auch eine redliche versicherte Person keinen Versicherungsschutz hat.⁹ Besser vertretbar ist indes eine Auslegung, wonach die Parteien mit einer solchen Vereinbarung auch die mittelbare Zurechnung über die Gesellschaft ausschließen wollten, so dass der redlich Versicherte weiterhin Versicherungsschutz genießt. ■

⁶ OLG Frankfurt Urt. v. 7.7.2021 -U 19/21, juris, Leitsatz: Dem Versicherer ist es versagt, sich auf einen Ausschluss wegen arglistiger Täuschung zu berufen, wenn er vorläufige Abwehrkosten bei wissentlicher oder vorsätzlicher Pflichtverletzung bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung zugesagt hat, aus der sich die Tatsachen ergeben, welche die wissentliche oder vorsätzliche Pflichtverletzung belegen, und es an einer solchen Entscheidung fehlt.

⁷ Siehe ausführlich mit allen Facetten des Problems die Ausführungen bei Mitterlechner/Wax/Witsch D&O-Versicherung, § 9 Rn. 160 ff.

⁸ Siehe dazu Mitterlechner/Wax/Witsch D&O-Versicherung, § 9 Rn. 164 f.

⁹ OLG Düsseldorf Urt. v. 23.8.2005 -4 U 140/04, VersR 2006, 785.



Erweiterte Mitteilungspflicht der GmbH gegenüber dem Transparenzregister: Die Übergangsfrist endet am 30.06.2022!



Kevin Wilson,
Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht sowie
Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Klinger und Partner Rechtsanwälte mbB

Bereits am 01.08.2021 trat das neue Transparenzregister - und Finanzinformationsgesetz in Kraft, mit welchem für die GmbH erweiterte Meldepflichten zum Transparenzregister eingeführt werden. Aufgrund der geltenden Übergangsfristen muss jede GmbH bis spätestens 30.06.2022 eine Mitteilung gegenüber dem Transparenzregister machen.

I. Einleitung

Das am 10.06.2021 vom deutschen Bundestag verabschiedete Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz („Gesetz zur europäischen Vernetzung der Transparenzregister und zur Umsetzung der Richtlinie 2019/1153 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2019 zur Nutzung von Finanzinformationen für die Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und sonstigen schweren Straftaten“) hat erhebliche praktische Auswirkungen auf alle deutschen GmbHs. Für viele GmbHs bestand bislang keine gesonderte Mitteilungspflicht zum Transparenzregister. Mit der Aufwertung des Transparenzregisters zu einem sog. „Vollregister“ werden künftig ausnahmslos alle GmbHs gegenüber dem Transparenzregister mitteilungsspflichtig.

II. Bisherige Rechtslage

Nach § 20 GwG („Geldwäschegesetz“) sind juristische Personen des Privatrechts transparenzpflichtig. Bislang war eine Mitteilung gegenüber dem Transparenzregister aufgrund der sich aus § 20

Abs.2 GwG ergebenden „Mitteilungsfiktion“ für Unternehmen jedoch dann entbehrlich, wenn sich die Informationen zu ihren „wirtschaftlich Berechtigten“ bereits aus einem anderen öffentlichen Register, z.B. aus dem Handelsregister, ergaben. Das Transparenzregister fungiert somit als ein reines „Auffangregister“.

Für die GmbH war eine Mitteilung gegenüber dem Transparenzregister bislang jedenfalls dann nicht notwendig, wenn alle relevanten Angaben bereits im Handelsregister veröffentlicht waren.

III. Rechtslage seit dem 01.08.2021

Durch die Gesetzesänderung wird das Transparenzregister zu einem sog. „Vollregister“. Die „Mitteilungsfiktion“ entfällt. Alle Angaben müssen sich künftig unmittelbar aus dem Transparenzregister selbst ergeben. Hierdurch wird eine gesonderte Mitteilung für alle GmbHs verpflichtend, auch wenn sich sämtliche relevanten Angaben bereits aus dem Handelsregister ergeben.

Aufgrund geltender Übergangsfristen muss eine GmbH, die bis zum 31.07.2021 nicht zu einer Mitteilung an das Transparenzregister verpflichtet war, die mitteilungsrechtlichen Angaben gegenüber dem Transparenzregister bis spätestens 30.06.2022 machen.

Zu beachten ist aber, dass diese Übergangsfrist bis 30.06.2022 nur für die Gesellschaften gilt, die nach bisheriger Rechtslage von der Meldepflicht aufgrund der „Mitteilungsfiktion“ befreit waren. Für ab dem 01.08.2021 neu gegründete Gesellschaften oder für



solche, für die die „Mitteilungsfiktion“ aus anderen Gründen nicht greift, gilt, dass eine Meldung zum Transparenzregister unverzüglich erfolgen muss.

IV. Inhalt der Mitteilungspflicht

Dem Transparenzregister sind die „wirtschaftlich Berechtigten“ der GmbH mitzuteilen. „Wirtschaftlich Berechtigter“ ist jede natürliche Person, die unmittelbar oder mittelbar mehr als 25 Prozent der Kapitalanteile an der Gesellschaft hält oder mehr als 25 Prozent der Stimmrechte kontrolliert. Neben einer unmittelbaren Beteiligung als Gesellschafter mit mehr als 25 Prozent der Geschäftsanteile und Stimmrechte führt auch eine mittelbare Kontrolle von Geschäftsanteilen, bspw. über Unterbeteiligungen oder Treuhandverhältnisse bzw. eine mittelbare Kontrolle von Stimmrechten, bspw. über Stimmbindungspools oder Konsortialvereinbarungen zu einer Mitteilungspflicht gegenüber dem Transparenzregister.

Sofern die vorstehenden Kriterien auf keine natürliche Person zutreffen, ist dem Transparenzregister der „fiktive wirtschaftliche Berechtigte“ mitzuteilen. Dies ist im Fall der GmbH jeder Geschäftsführer als gesetzlicher Vertreter.

Im Ergebnis hat damit jede GmbH die wahren oder – sofern solche nicht vorhanden sind – die fiktiven „wirtschaftlichen Berechtigten“ gegenüber dem Transparenzregister mitzuteilen.

Inhaltlich muss die Mitteilung den Vor- und Nachnamen, das Geburtsdatum, den Wohnort (nicht die vollständige Adresse), das Wohnsitzland, die Staatsangehörigkeit, den Typ des wirt-

schaftlich Berechtigten sowie Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses für jeden „wirtschaftlich Berechtigten“ enthalten.

Die Mitteilung hat durch eine vertretungsbefugte Person zu erfolgen, im Fall der GmbH ist dies letztlich der Geschäftsführer, dem die Verantwortung für die korrekte Mitteilung gegenüber dem Transparenzregister obliegt.

Die „wirtschaftlich Berechtigten“ trifft ihrerseits eine entsprechende Pflicht, erforderliche Angaben gegenüber dem Geschäftsführer zu machen.

V. Folgen eines Verstoßes

Ein Verstoß gegen die Mitteilungspflichten gegenüber dem Transparenzregister ist bußgeldbewehrt. Für die GmbH sind die Bußgeldvorschriften zunächst während einer weiteren Übergangsfrist bis zum 30.06.2023 ausgesetzt. Die nach Ablauf dieser Übergangsfrist zu verhängenden Geldbußen können bis zu 5 Millionen Euro bzw. 10 Prozent des Gesamtumsatzes des vorausgegangenen Geschäftsjahres betragen. Ein Bußgeld dieser Höhe kann schnell existenzgefährdend wirken.

VI. Sinn und Zweck der Änderungen

Die Änderung soll die Voraussetzungen für die Vernetzung sämtlicher Transparenzregister auf europäischer Ebene schaffen und die EU-Finanzinformationsrichtlinie über die Nutzung von Finanz-

informationen zur Verhütung, Aufdeckung, Ermittlung oder Verfolgung bestimmter Straftaten umsetzen. Das Gesetz soll damit in erster Linie Transparenz bezüglich des „wirtschaftlich Berechtigten“ schaffen und einen Informationsaustausch hierüber auf nationaler sowie auf europäischer Ebene ermöglichen.

VII. Bewertung

Zwar mag es durchaus sinnvoll erscheinen, ein inhaltlich vollständiges Transparenzregister zum Zwecke des Informationsaustausches auf europäischer Ebene zu schaffen. Allerdings brachte die bislang geltende „Mitteilungsfiktion“ den praktischen Vorteil, dass stets auf von Registergerichten und Notaren aktuell gehaltene Daten des Handelsregisters verwiesen werden konnte, was eine hohe Richtigkeitsgewähr zur Folge hatte. Da die Gesellschaften die Mitteilung von Änderungen in Zukunft selbst vornehmen müssen, darf bezweifelt werden, ob der im Transparenzregister enthaltene Datenbestand künftig in puncto Richtigkeit und Aktualität mit dem Handelsregister mithalten können.

VIII. Auswirkungen auf die Praxis

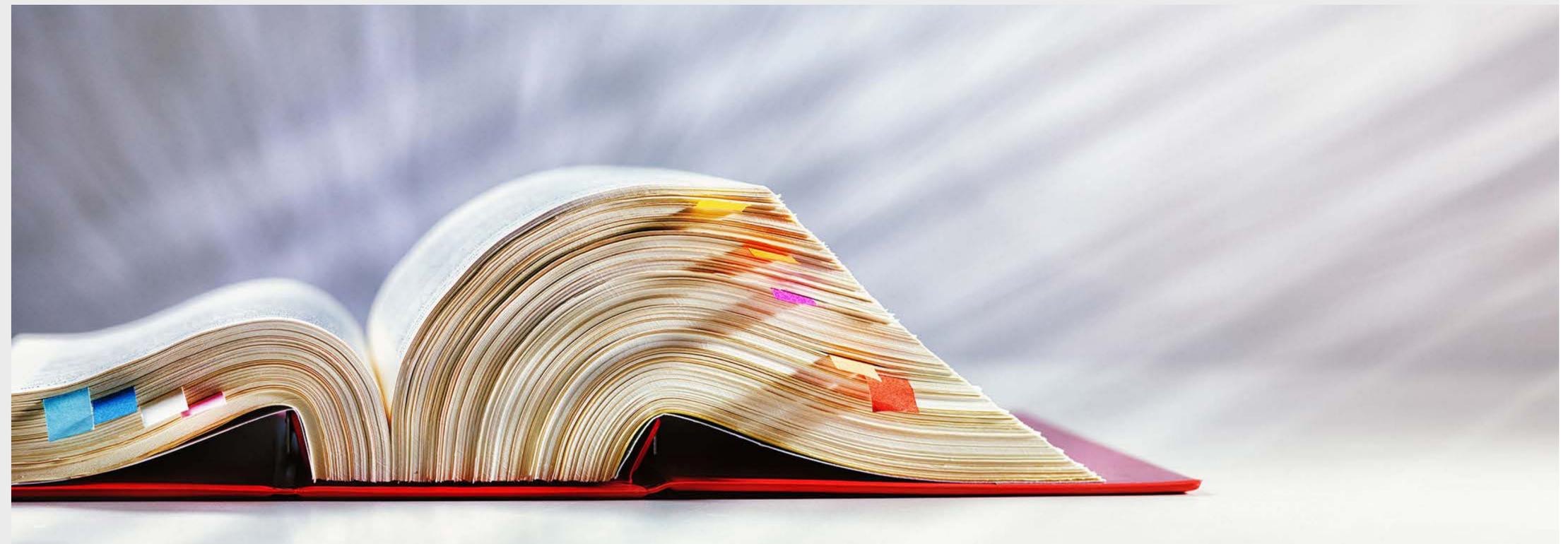
Durch den Wegfall der „Mitteilungsfiktion“ werden künftig alle Gesellschaften ihre „wirtschaftlich Berechtigten“ dem Transparenzregister mitteilen müssen. Auch Gesellschaften, die bislang von der Meldepflicht ausgenommen waren, müssen nun innerhalb einer Übergangsfrist bis spätestens 30.06.2022 eine entsprechende Meldung machen. Da die Mitteilungspflicht auch die Pflicht umfasst, Änderungen der Beteiligung eines „wirtschaftlich Berechtigten“ sowie Änderungen in der Person des „wirtschaftlich Berechtigten“ dem Register

unverzüglich mitzuteilen, sollte die in Kürze ablaufende Übergangsfrist zum Anlass genommen werden, zu überprüfen, ob der Gesellschaft sämtliche Informationen zu dem oder den „wirtschaftlich Berechtigten“ vollständig vorliegen und ob die Meldung zum Transparenzregister ordnungsgemäß erfolgt und auf dem aktuellen Stand ist.

Da die „Mitteilungsfiktion“ für alle im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften künftig entfällt muss außerdem damit gerechnet werden, dass systematische Prüfungen seitens der zuständigen Behörden stattfinden werden, ob die im Handelsregister eingetragenen Gesell-

schaften ihren Mitteilungspflichten zum Transparenzregister ordnungsgemäß nachgekommen sind.

Das Thema Transparenzregister stellt deshalb und aufgrund der drohenden empfindlichen Geldbußen im Fall eines Verstoßes künftig eine ernstzunehmende Compliance Aufgabe dar, die erheblichen wiederkehrenden Aufwand verursachen wird. ■



Vorbeugen ist besser als Heilen – Krisenfrüherkennung als Geschäftsführerpflicht



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

Der Pflichtenkreis des Geschäftsführers wird im Ausgangspunkt von § 43 GmbHG umrissen: „Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.“ Um eine eigene Haftung zu vermeiden, muss der Geschäftsführer die daraus folgenden Einzelpflichten stets im Auge behalten. In Krisenzeiten gilt dies in besonderem Maße. Der folgende Beitrag beleuchtet die Anforderungen, die an Geschäftsführer in der Krise gestellt werden. Geschäftsführer sollten hierauf vor allem deswegen ein besonderes Augenmerk legen, da die Pflicht zur Krisenvorsorge zum 1. Januar 2021 ausdrücklich ins Gesetz geschrieben wurde.

Die gesetzliche Aufgabenzuweisung

Zum 1. Januar 2021 trat das Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG) in Kraft. Wesentlicher Inhalt war die Umsetzung einer europäischen Richtlinie zur Einführung eines vorinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahrens („zweite Chance“). Das Gesetz geht jedoch über das reine Restrukturierungsverfahren hinaus und regelt auch Pflichten im Vorfeld. So statuiert § 102 StaRUG nunmehr ausdrücklich, dass Steuerberater ihre Mandanten darauf hinweisen müssen, wenn es offenkundige Anhaltspunkte für eine mögliche Insolvenzantragspflicht gibt und sie den Eindruck haben, dass sich der Mandant dieser ernststen Situation nicht bewusst sein könnte.

Für Geschäftsführer findet sich in § 1 StaRUG eine ausdrückliche Aufforderung zur Krisenvorsorge: „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.“

Diese Pflichten waren von der Rechtsprechung schon zuvor durch Konkretisierung aus den allgemeinen Geschäftsführerpflichten abgeleitet worden. Im Kern also nichts Neues. Allerdings gibt es nunmehr eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, die Anknüpfungspunkt sowohl für eine konkretisierende Auslegung im Einzelfall als auch für eine Weiterentwicklung durch die Gerichte bietet. Der Gesetzgeber spricht in der Regierungsbegründung zum StaRUG von Mindestanforderungen, während es, was Einzelfragen angeht, bei den rechtsformspezifischen Regelungen und Grundsätzen bleibt. Auch weitergehende spezialgesetzliche Regelungen wie etwa die Insolvenzantragspflichten (§§ 15a ff. InsO), die Pflicht zur Einberufung von Gesellschafterversammlungen (wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich scheint, zwingend aber beim Verlust des hälftigen Eigenkapitals, § 49 Abs. 2 und 3 GmbHG)

Geschäftsführer müssen fortlaufend
alle Entwicklungen überwachen,
welche den Fortbestand der juristischen
Person gefährden können.

oder die Pflicht, ein Risikomanagement vorzuhalten (§ 91 Abs. 2 AktG gilt für die GmbH analog, wenn Größe und Komplexität des Unternehmens es erfordern) bleiben unberührt (§ 1 Abs. 3 StaRUG).

Die Neuregelung hat zwei Perspektiven: Die Pflicht zur Risikoüberwachung und den Umgang mit erkannten Risiken. Dabei sieht der Gesetzgeber den Umfang der erforderlichen Überwachung in Abhängigkeit von der Größe des Unternehmens, seiner Branche und Struktur. Kleinere Unternehmen können daher auch ohne größeren formellen Organisationsrahmen auskommen. Es muss jedoch stets gewährleistet sein, dass die Geschäftsführer die Entwicklung des Unternehmens so beobachten, dass Potenziale, die bei ungehindertem Fortgang den Fortbestand des Unternehmens gefährden könnten, in jedem Fall erkannt werden.

Risikoüberwachung: Liquidität ist alles und ohne Liquidität ist alles nichts

Ein gutes Krisenvorsorgemanagement beruht auf Daten, die bei guter Unternehmensführung ohnehin vorliegen. Zentraler Aspekt ist dabei die prognostische Liquiditätsausstattung der nächsten 24 Monate. Dabei darf nicht nur Umsatz geplant werden; Kosten einschließlich eines etwaigen Vorfinanzierungsbedarfs müssen dagegengestellt werden. Nicht nur für Start-ups gilt, dass Wachstum Liquidität kostet, weil der Rechnungseingang verzögert erfolgt. Zugleich sorgt aber in der Krise ein Produktionsrückgang dafür, dass im Forderungsbestand gebundenes working capital frei wird. Dies kann eine leichte Krise abfedern, aber bei einer Planung, die diesen Effekt nicht identifiziert, auch dazu führen, dass eine Liquiditätskrise erst zu spät erkannt wird.

Mit zunehmendem Zeithorizont werden Prognosen zwangsläufig unsicherer. Neben einer oftmals vorgenommenen worst case-Betrachtung kann daher auch eine Sensitivitätsanalyse sinnvoll sein. Diese ermöglicht, die Auswirkungen einer konkreten Veränderung, etwa des Ausfalls eines Großauftrags, aufzuzeigen und damit ein Gefühl für die denkbaren Schwankungsbreiten zu bekommen.

Vorsorgefaktor: Gesellschafter

Krisenvorsorge sollte sich aber nicht allein auf eine Liquiditätsvorsorge beschränken. Ein wesentlicher Faktor ist auch die Unterstützung durch die Gesellschafter. Dies spielt etwa eine Rolle, wenn Patronatserklärungen gelebt werden müssen. So hat das OLG Celle (Az. 9 U 14/08) die Berücksichtigung einer Patronatserklärung in der insolvenzrechtlichen Überschuldungsbilanz wegen fehlender Werthaltigkeit verneint. Ausschlaggebend war, „dass die Gesellschaft insolvent geworden ist, die Beklagte als Patronin also entweder gar nicht in der Lage oder nicht gewillt gewesen ist, sie entsprechend ihrer Verpflichtung laut Patronatserklärung finanziell auszustatten.“ Die Bedeutung des Finanzierungswillens

der Gesellschafter hat durch ein aktuelles Urteil des OLG Düsseldorf (Az. 12 W 7/21) neues Gewicht erlangt. Das Gericht hat, allerdings speziell im Kontext von Start-up-Unternehmen, entschieden, dass der in der Vergangenheit manifestierte Wille des Gesellschafters, das Unternehmen weiter zu finanzieren, auch bei der Prüfung einer insolvenzrechtlichen Fortführungsprognose berücksichtigt werden könne.

Umgang mit erkannten Risiken

Eine frühzeitige Krisenerkennung versetzt das Unternehmen in die Lage, rechtzeitig zu agieren, anstatt später unter Zeitnot reagieren zu müssen. Damit einher geht, die Finanzplanung mit der operativen Planung zu verproben. Dies betrifft Auslastungseffekte (etwa Überstundenzuschläge oder teure Leiharbeit) genauso wie Verzögerungen in der Lieferkette, die die Endabnahme eines Auftrags und die damit verbundene Schlusszahlung verzögern können. Hier sind neben finanziellen auch operative Steuerungsmaßnahmen gefragt, etwa das Ausweichen auf verfügbare Ersatzkomponenten, eine Lageraufstockung bei absehbaren Schwankungen und eine enge Einbindung des Vertriebs,



damit nur realistische Lieferzusagen abgegeben und Vertragsstrafen vermieden werden. So lassen sich leichte Krisen im Idealfall aussteuern.

Wird neues Kapital benötigt, ist der Zeitfaktor oft entscheidend. Dabei sind auch die Entscheidungsprozesse der angesprochenen Finanzierungspartner zu berücksichtigen. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hängt der Erfolg einer Finanzierung oftmals davon ab, dass das Unternehmen die Krisenursachen transparent analysiert und insbesondere aufzeigen kann, dass der Einsatz der angefragten Mittel mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einer nachhaltigen Sanierung führen wird.

Business Judgement Rule

Seit jeher ist allgemein akzeptiert, dass Geschäftsführer auch Risiken eingehen dürfen. Vielmehr ist dies eine Grundvoraussetzung unternehmerischen Handelns. Grenzen zieht das Recht erst, wo die Gefahr besteht, dass der Geschäftsführer nicht mehr im Sinne der Eigentümer und der Gläubiger des Unternehmens handelt. Gegenüber den Gesellschaftern erwachsen mit zunehmendem Risiko erst Infor-

mations-, dann Zustimmungspflichten. Gläubiger werden durch die Insolvenzantragspflichten geschützt, sobald die Gefahr besteht, dass die zu ihrer Befriedigung erforderliche Substanz nicht mehr vorhanden ist. Zusammengefasst wurde das in der Praxis unter der „Business Judgement Rule“. Danach darf ein Geschäftsführer mit seiner Einschätzung auch falsch liegen, wenn er zuvor sämtliche relevanten Fakten sorgfältig ermittelt und gewogen hat und seine Entscheidung dokumentiert und damit nachvollziehbar macht. Daran wird auch in Zukunft festzuhalten sein. Gleichwohl muss ein Geschäftsführer in immer stärkerem Maße auch das Befriedigungsinteresse der Gläubiger im Auge behalten, wenn die Unternehmensentwicklung auf eine Krise zusteuert.

Fazit

Krisenvorsorge ist im aktuellen Umfeld wichtiger denn je. Zugleich erhöht sich jedoch auch der Druck auf die Geschäftsführung. Um die von der Politik gefürchteten „Blindflüge“ von „Zombie-Unternehmen“ zu vermeiden, werden auf die Unternehmenskrise bezogene Vorsorgepflichten zunehmend konkretisiert. Im ersten Schritt

ist das durch gesetzliche Regelungen erfolgt. Die Gerichte werden folgen und ihre bisherige Rechtsprechung an diese neuen Leitplanken anpassen. Dass der gesetzgeberische Wille nunmehr klar benannt ist, gibt die Richtung vor: Eine verschärfte Haftung. Zu beachten ist dabei, dass es immer die Extremfälle sind, die vor Gericht landen und zu Recht eingefangen werden müssen. Nur ergeben sich aus den Urteilsbegründungen oftmals allgemeine Leitlinien, die das Leben auch für den ordentlichen wirtschaftenden Kaufmann erheblich erschweren. Hierzu kommt mit Datenschutz, Compliance und den jüngsten Regelungen zu Lieferketten eine Tendenz, unternehmerisches Handeln immer stärker zu reglementieren.

Geschäftsführer sind daher gut beraten, sich frühzeitig gut beraten zu lassen. Der Implementierung von Krisenfrüherkennungssystemen sollte hohe Priorität eingeräumt werden. Dies dient der Vermeidung einer eigenen Haftung aber vor allem auch, Probleme frühzeitig zu erkennen. Zum richtigen Weg gehört eine Krisenbewältigungskultur, in der sich die zweite Führungsebene traut, Ursachen offen anzusprechen. Dann besteht aber sowohl eine Chance, die Krise noch aus eigener

Kraft zu bewältigen, als auch eine gute Grundlage, andere Stakeholder zu motivieren, einen aussichtsreichen Weg zum Fortbestand des Unternehmens zu unterstützen. ■

Kein deutsches Hinweisgeberschutzgesetz = keine Haftungsgefahr? Warum eine D&O dennoch Sinn macht.



Karin Baumeier, LL.M.
Rechtsanwältin und Inhaberin
der Kanzlei Baumeier
Spezialisierung auf
D&O und Financial Lines

Der folgende Beitrag gibt einen kurzen Überblick über die Haftungsgefahren für GmbH-Geschäftsführer* durch die EU-Whistleblower-Richtlinie sowie für den Fall, dass ein deutsches Hinweisgeberschutzgesetz verabschiedet wird. Im Anschluss wird die Reichweite des D&O-Versicherungsschutzes kurz dargestellt.

1. Die EU-Whistleblower-Richtlinie

Die EU-Whistleblower-Richtlinie 2019/1937 vom 23.10.2019 (= WBRL), die vollständig „EU-Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“ heißt, will gutgläubige Hinweisgeber:innen wie folgt schützen:

- Die Vertraulichkeit der Identität soll gewahrt bleiben.
- Wenn die Identität bekannt ist, sollen Whistleblower vor Repressalien geschützt werden. Repressalien werden definiert als direkte oder indirekte Handlungen in einem beruflichen Kontext, die durch die interne oder externe Meldung oder eine Offenlegung ausgelöst werden und durch die der meldenden Person ein ungerechtfertigter Nachteil entsteht bzw. entstehen kann. Beispiele für Repressalien sind zum Beispiel Kündigungen, Verweise oder Beförderungstopps.
- Hinweisgeber:innen sollen vor Haftung geschützt werden.

Potenzielle Hinweisgeber:innen sind dabei nicht nur die eigenen Mitarbeiter:innen, sondern alle Personen, die mit dem Unternehmen in Kontakt stehen bzw. standen wie Kunden und Lieferanten.

*Mit Geschäftsführer sind zugleich auch Geschäftsführerinnen gemeint.

Die EU-Mitgliedsstaaten waren bis zum 17.12.2021 verpflichtet, diese Richtlinie durch Verabschiedung eines nationalen Hinweisgeberschutzgesetzes umzusetzen. Damit sollen Unternehmen verpflichtet werden, entsprechende Meldestellen zum Schutz der Whistleblower einzurichten. Die Bundesregierung konnte sich nicht auf ein Hinweisgeberschutzgesetz einigen und hat die Deadline verstreichen lassen. Lediglich für Finanzdienstleistungsunternehmen wurde mit § 4d Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG) ein umfassender Whistleblower-Schutz gesetzlich geregelt.

2. Haftungsgefahren durch die EU-Whistleblower-Richtlinie

Für Unternehmen zwischen 50 und 249 Mitarbeiter:innen gilt aufgrund einer Übergangsregelung eine Umsetzungsfrist bis zum 17.12.2023.

Gesellschaften mit mehr als 249 Mitarbeiter:innen müssen jedoch auch ohne ein entsprechendes nationales Hinweisgeberschutzgesetz die WBRL bereits seit dem 17.12.2021 beachten und umsetzen. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs führen Richtlinien ohne eine entsprechende nationale Umsetzung zwar zu keinen unmittelbaren Pflichten für die Unternehmen (horizontale Drittwirkung). Sie wirken jedoch unmittelbar und sind von den Behörden anzuwenden. Dazu muss die Richtlinienbestimmung inhaltlich so genau und konkret gefasst

sein, dass sie sich zu einer unmittelbaren Anwendung eignet und sie darf keine unmittelbare Verpflichtung für einen Einzelnen beinhalten. Das bedeutet, dass in den Fällen, in denen einer GmbH ein Verstoß zum Beispiel nach § 612a BGB vorgeworfen wird, deutsche Gerichte verpflichtet sind, dieses Gesetz (und andere) im Sinne der WBRL auszulegen und sich an ihr zu orientieren. Die entstehenden Rechtsunsicherheiten kündigen sich damit schon an.

Nach der WBRL trägt die GmbH als Arbeitgeberin die Beweislast nachzuweisen, dass zum Beispiel eine ausgesprochene Kündigung gegenüber einem Whistleblower keine Repressalie darstellt, weil sie nicht im Zusammenhang mit einer gemachten Meldung dieser Person steht.

Bei fehlendem oder unzureichendem Nachweis kann die Gesellschaft auf Schadensersatz verurteilt werden.

In jeder Meldung liegt eine erhöhte Haftungsgefahr für die Gesellschaft. Denn abhängig davon, welchen Inhalt die Meldung des Whistleblowers hat, können durch den Hinweis auch andere Regelungen wie zum Beispiel die Datenschutzgrundverordnung oder das Lieferkettengesetz betref-

fen sein. § 83 Absatz 5 DSGVO sieht bei besonders gravierenden Verstößen einen Bußgeldrahmen bis zu 20 Mio. Euro vor oder 4 % des weltweiten Jahresumsatzes; je nachdem, welches höher ist. Die kontrovers diskutierte Frage, ob für die Unternehmensgeldbuße ein fahrlässiges Verhalten einer Leitungsperson notwendig ist, wurde dem Europäischen Gerichtshof zur Klärung im Vorabentscheidungsverfahren vorgelegt (KG, Beschluss vom 06.12.2021 – 3 Ws 250/21) und noch nicht entschieden. Auch Reputationsschäden für die Gesellschaft können entstehen.

3. Haftungsgefahren, wenn das Hinweisgeberschutzgesetz verabschiedet wird

Nach dem Referentenentwurf sollen im Hinweisgeberschutzgesetz neue Ordnungswidrigkeiten-Tatbestände eingeführt werden. Damit kann die GmbH als juristische Person als auch der verantwortliche Geschäftsführer persönlich bei einem Verstoß mit einer Geldbuße geahndet werden.

Ein Verstoß soll vorliegen, wenn beispielhaft eine Meldung oder eine auf eine solche Meldung gerichtete Kommuni-

kation zwischen Hinweisgeber:in und Meldestelle vorsätzlich verhindert oder behindert wird. Der Versuch soll genügen.

Die Geldbuße kann aktuell bis zu 100.000,- Euro betragen. Die Nichtbeachtung eines Auskunftsverlangens einer externen Meldestelle soll mit einer Geldbuße bis zu 20.000,- Euro sanktioniert werden.

Auch wenn für das Hinweisgeberschutzgesetz ein vergleichsweise geringer Bußgeldrahmen vorgesehen ist, drohen GmbHs und ihren Geschäftsführern, wie unter Ziff. 2. dargestellt, durch eine entsprechende Meldung viel höhere Geldbußen, wenn ein Verstoß gegen andere Regelungen offenkundig wird.

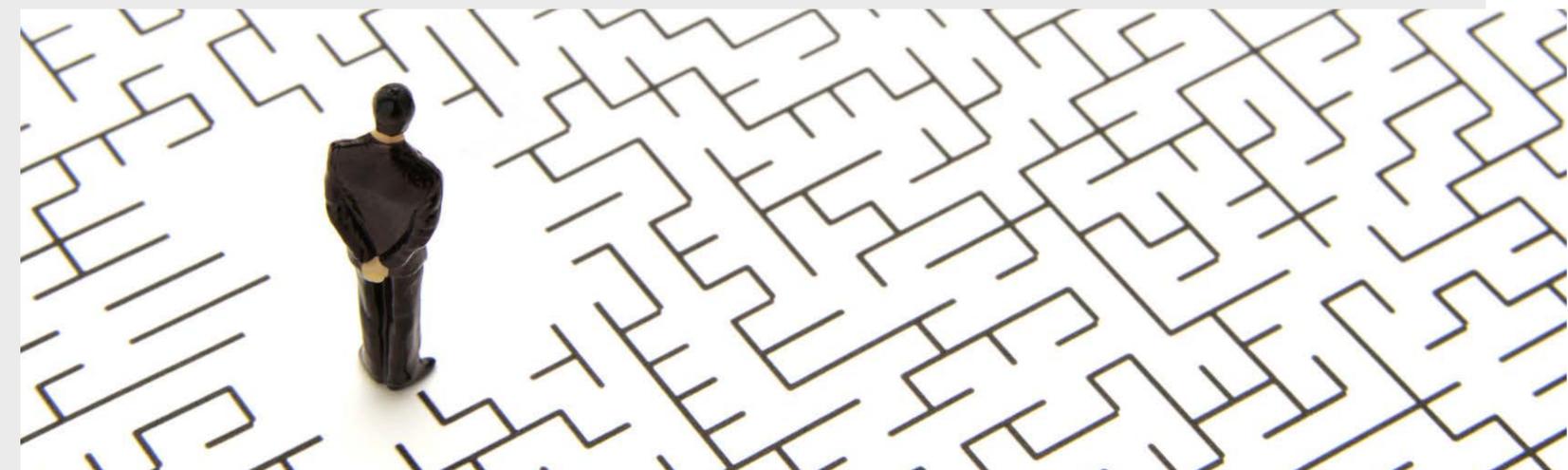
Des Weiteren sollen Whistleblower eine eigene Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche im Hinweisgeberschutzgesetz erhalten.

4. Persönliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers

Wird die GmbH zu einer Schadensersatzzahlung verurteilt oder muss ein Bußgeld bezahlen, kann sie den dafür verantwortlichen Geschäftsführer in Regress nehmen.

Die Frage, ob der Regress einer Unternehmensgeldbuße gegenüber dem Unternehmensleiter generell unzulässig sei, wurde vom Bundesarbeitsgericht nicht beantwortet. Damit fehlt es an einem ausdrücklichen Verbot, weshalb bis auf weiteres der Regress einer Unternehmensgeldbuße als zulässig angesehen wird.

Auch für Reputationsschäden kann die Gesellschaft ihren Geschäftsführer zum Schadensersatz auffordern.



Anspruchsgrundlage für die Schadensersatzpflicht des GmbH-Geschäftsführers ist § 43 Absatz 2 GmbHG. Geschäftsführer haften ihrer Gesellschaft für den schuldhaft verursachten Schaden mit ihrem gesamten Privatvermögen der Höhe nach unbegrenzt. Es genügt leichte Fahrlässigkeit. Die Haftung ist darüber hinaus gesamtschuldnerisch, das heißt, dass GmbH-Geschäftsführer grundsätzlich auch für eine kleine Unachtsamkeit ihres Geschäftsführer-Kollegen bzw. -Kollegin haften.

5. Reichweite des D&O-Versicherungsschutzes

Bei der D&O-Versicherung, auch Managerhaftpflicht-Versicherung genannt, handelt es sich um eine spezielle Berufshaftpflicht-Versicherung für GmbH-Geschäftsführer und andere Unternehmensleiter. Zweck der D&O-Versicherung ist es, Geschäftsführer aufgrund ihrer gesetzlichen umfassenden Haftung vor der Privatinsolvenz zu schützen. Jeder Geschäftsführer sollte sich daher mit der Frage der optimalen Absicherung über eine D&O-Versicherung persönlich beschäftigen. Da die Allgemeinen D&O-Versicherungsbedingungen (AVB) sehr unterschiedlich ausgestaltet sind

und es keine einheitlichen Bedingungen gibt, sollten sich Geschäftsführer von Experten beraten lassen. Dies gilt erst recht im Schadenfall. Die Voraussetzungen für den Versicherungsfall und die Leistungsansprüche des GmbH-Geschäftsführers sind gesondert zu prüfen.

Im Rahmen der D&O-Versicherung besteht Versicherungsschutz, wenn der Geschäftsführer von der GmbH als Versicherungsnehmerin oder einem Dritten auf Schadensersatz für einen Vermögensschaden in Anspruch genommen wird und diesen Vermögensschaden schuldhaft verursacht hat bzw. haben soll.

Ist die GmbH verpflichtet, Schadensersatz zu leisten und nimmt ihren GmbH-Geschäftsführer dafür in Regress, liegt grundsätzlich ein typischer D&O-Versicherungsfall vor, soweit der Geschäftsführer eine Pflichtverletzung begangen hat und sonst keine Ausschlüsse greifen wie z.B. Vorsatz.

Ebenfalls sind in der Regel Schadensersatzforderungen der GmbH gegen ihren Geschäftsführer wegen kausaler Reputationsschäden versichert, soweit man diese nachweislich beziffern kann.

In einigen AVB wird ausdrücklich geregelt, dass Versicherungsschutz besteht, wenn die GmbH als Versicherungsnehmerin eine gegen sie verhängte Unternehmensgeldbuße von ihrem Geschäftsführer zurückfordert. Da der Regress einer Unternehmensgeldbuße, wie unter Ziffer 4 ausgeführt, bislang zulässig ist, darf diese auch weiterhin vom Versicherungsschutz erfasst werden.

Streng zu unterscheiden ist der Fall, dass gegen Geschäftsführer persönlich ein Bußgeld verhängt wird. Hierfür besteht kein Versicherungsschutz. Einige Versicherer regeln jedoch, dass zumindest die Abwehrkosten gegen einen Bußgeldbescheid im Rahmen der Bedingungen erstattet werden.

6. Fazit:

Auch ohne nationale Umsetzung führt die WBRL zu einer Vielzahl neuer Haftungsgefahren für GmbH-Geschäftsführer. Die GmbH trägt die Beweislast, dass nachteilige Maßnahmen keine Repressalie wegen einer erfolgten Meldung darstellen. Je nach dem, welchen Inhalt die Meldung hat, können auch Verstöße gegen ande-

re Gesetze bzw. Verordnungen offengelegt werden, die zu hohen Geldbußen und damit zu enormen Vermögensschäden führen können.

D&O-Versicherungsschutz besteht grundsätzlich dann, wenn die GmbH wegen einer Schadensersatzzahlung oder einer Unternehmensgeldbuße ihren Geschäftsführer in Regress nimmt. Richtet sich ein Bußgeldbescheid persönlich gegen den Geschäftsführer, gibt es hierfür keinen Zahlungsausgleich. Je nach Ausgestaltung der AVB übernehmen aber einige Versicherer zumindest die Abwehrkosten gegen einen Bußgeldbescheid. ■

Konzern- und Organschaftsrecht: Zwei Welten prallen aufeinander



Dr. Klaus Olbing,
Partner, Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Steuerrecht,
Streck Mack Schwedhelm,
Partnerschaft mbB, Berlin

Die Tätigkeit des GmbH-Geschäftsführers ist komplex und anspruchsvoll. Der Geschäftsführer ist als vertretungsberechtigtes Organ der GmbH nach außen hin in allen Bereichen die verantwortliche handelnde Person, auch wenn andere für „seine“ GmbH tätig sind. Im Innenverhältnis haben die Gesellschafter das Sagen, ohne jedoch dafür die Verantwortung im Außenverhältnis zu tragen.

Das GmbHG regelt die Verteilung von Rechten und Pflichten des Geschäftsführers sowie die Kompetenzen der Gesellschafter. Diese Regelungen gelten unabhängig davon, ob die GmbH groß oder klein ist bzw. in eine Unternehmensgruppe eingebunden ist. Es enthält kein ausdrückliches Konzernrecht, in dem bestimmt wird, ob die GmbH und damit auch der Geschäftsführer sich übergeordneten Konzerninteressen unterzuordnen haben. Es ist jedoch bereits seit langem höchstrichterlich geklärt, dass insoweit auf das Recht der Aktiengesellschaft zurückgegriffen werden kann.

Aus steuerlicher Sicht muss man leider feststellen, dass es dort kein „Konzernrecht“ gibt. Auf die gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten einer Unternehmensgruppe wird nicht per se Rücksicht genommen. Nur ganz wenige Vorschriften in den Steuergesetzen verwenden den Begriff des Konzerns, wobei hinzukommt, dass dem ein abweichendes Konzernverständnis zugrunde liegt (z. B. die Zinsschranke nach § 4h EStG sowie § 8a KStG). Grundsätzlich spricht das Steuerrecht von sog. „verbundenen Unternehmen“, was nicht deckungsgleich mit dem Konzern ist.

Um die Besonderheiten dieser verbundenen Unternehmen zu berücksichtigen, verwendet das Steuerrecht einen ganz anderen Begriff: den der Organschaft. Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Organschaft weichen grundlegend vom gesellschaftsrechtlichen Konzernrecht ab. Wenn gesellschaftsrechtlich ein Konzern vorliegt, muss keine steuerliche Organschaft gegeben sein. Unabhängig davon rechtfertigt das Vorliegen der steuerlichen Organschaft keinen Rückschluss auf konzernrechtliche Fragen. Der Geschäftsführer ist daher gehalten, beide Rechtsgebiete zu beachten.

Das Steuerrecht kennt im Wesentlichen zwei Arten der Organschaft: die umsatzsteuerliche und die ertragsteuerliche Organschaft.

Bei der umsatzsteuerlichen Organschaft wird die Tochtergesellschaft nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG steuerlich wie eine unselbstständige Betriebsstätte behandelt, mit der Folge, dass die Leistungsbeziehungen innerhalb der Organschaft nicht umsatzsteuerpflichtig sind. Die von der Tochtergesellschaft (auch Organgesellschaft genannt) gegenüber Dritten erzielten Umsätze sind umsatzsteuerpflichtig, werden aber bei dem Gesellschafter (auch Organträger genannt) erfasst, der für alle Unternehmen des Organkreises einheitlich die Umsatzsteuererklärungen abgibt, den Vorsteuerabzug auch der Tochtergesellschaften geltend macht und für alle Unternehmen die Umsatzsteuer entrichtet.



Bei der ertragsteuerlichen Organschaft (§ 14 ff. KStG und § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG) wird das Einkommen jeder Tochtergesellschaft separat ermittelt. Gewinne bzw. Verluste der Tochtergesellschaften werden auf der Ebene der Muttergesellschaft zusammengefasst, so dass ein Verlustausgleich möglich ist. Nur auf das Saldo hat der Organträger die Ertragsteuern zu entrichten. Weiterer wesentlicher Vorteil der ertragsteuerlichen Organschaft ist, dass die Leistungsbeziehungen innerhalb der Unternehmensgruppe steuerlich nicht auf ihre Angemessenheit hin überprüft werden.

Beide Organschaftsformen sind auf Deutschland beschränkt und unterliegen hohen rechtlichen Anforderungen. Die Rechtsfolgen einer fehlerhaften Organschaft sind weitreichend. Vor dem Hintergrund können solche Strukturen nur mit einer professionellen, fachlichen Beratung aufgesetzt und begleitet werden.

Kernproblem dieses Nebeneinanders von Konzern- und Organschaftsrecht ist, dass beide Rechtsgebiete nicht vollständig aufeinander abgestimmt sind. So sind viele Verhaltensweisen konzernrechtlich zulässig bzw. sogar geboten, ohne dass das Steuerrecht darauf Rücksicht nimmt. „Übliche“ Konzernumlagen werden steuerlich auf Angemessenheit überprüft. Da im Konzern i. d. R. Mehrheitsbeteiligungen bestehen, müssen die konzerninternen Verträge für steuerliche Zwecke zudem hohen formellen Anforderungen genügen (z. B. Rückwirkungsverbot, Bestimmtheit, tatsächliche Durchführung). Dass eine Maßnahme im Konzerninteresse liegt, genügt nicht zur steuerlichen Rechtfertigung. So kann es im Konzerninteresse liegen, dass eine Tochtergesellschaft Steuerzahlungen zurückstellt, um ein Gesellschafterdarlehen zurückzuführen, damit die Konzernzentrale damit dringende neue Investitionen finanziert. Ohne ausdrückliche Zustimmung des Finanzamtes (z. B. durch eine Stundung), ist das aber nicht zulässig.

Im Mittelpunkt steht die steuerliche Verpflichtung, dass die GmbH alle wirtschaftlichen Chancen realisieren muss. Eine Verlagerung dieser Chancen auf die Muttergesellschaft bzw. verbundene Unternehmen löst in der Regel eine sog. „verdeckte Gewinnausschüttung“ aus. Die Einhaltung der formalen Pflichten (insb. Buchführung, Abgabe von Steuererklärungen sowie die Entrichtung der Steuern) gelten unabhängig von übergelagerten Konzerninteressen. Das Steuerrecht hat Vorrang gegenüber dem Konzernrecht!

Das wirkt sich auch auf die Haftung des Geschäftsführers aus. Wird der Geschäftsführer wegen eines eventuellen Fehlverhaltens vom Finanzamt nach § 69 AO in Anspruch genommen, kann er sich nicht gegenüber dem Finanzamt darauf berufen, dass eine entsprechende Weisung der Konzernzentrale vorliegt bzw. sein Verhalten dem übergeordneten Konzerninteresse entsprochen hat.

Das Zauberwort, um dieses Haftungsrisiko zu reduzieren, lautet Tax Compliance. Wenn der Geschäftsführer gegenüber der Finanzverwaltung dokumentieren kann, dass er mögliche Risiken gesehen und ein Risikovermeidungssystem aufgebaut hat, das zur Reduzierung des Risikos führt, kann der Geschäftsführer in der Regel nicht in Haftung genommen werden, wenn sich dieses Risiko dann doch noch realisiert. Im Konzern besteht nun aber das Problem, dass der Geschäftsführer dieses Tax Compliance System nicht nach eigenen Wünschen ausgestalten kann, sondern sich dem System einfügen muss, das durch den Konzern vorgegeben wird.

Zur Reduzierung des steuerlichen Haftungsrisikos im Konzern sollte der Geschäftsführer daher folgende Grundregeln beachten:

- 1** Beim Amtsantritt muss geprüft werden, ob das vorhandene Tax Compliance System ausreichend ist. Gegeben falls muss er versuchen, es seinen Ansprüchen anzupassen.
- 2** Im Anstellungsvertrag muss klargestellt werden, dass er zumindest intern von einer Haftung freigestellt wird, wenn er konzerninterne Weisungen befolgt.
- 3** Bei der D&O-Versicherung ist darauf zu achten, dass auch das Steuerrecht umfasst ist.
- 4** Die steuerlichen Grundlagen für Entscheidungen sind sorgsam zu dokumentieren, um bei einem eventuellen Haftungsfall darauf zurückgreifen zu können.
- 5** Bei einem erkennbaren Verstoß gegen steuerliche Pflichten nützt die interne Freistellung wenig, wenn auch strafrechtliche Risiken bestehen. Spätestens in solchen Situationen sollte der Geschäftsführer eine Mitwirkung verweigern bzw. in Extremfällen sein Amt niederlegen.
- 6** Der Geschäftsführer muss sich in rechtlichen Sachen ständig fortbilden. Wozu dieses E-Book und die Seminare von Euroforum gute Beträge sind. ■



Aktuelle Trends bei Managementbeteiligungen



Dr. Benedikt Hohaus,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Steuerrecht, Partner,
POELLATH P+P Pöllath + Partners
Rechtsanwälte und Steuerberater mbB

Um einen Interessengleichlauf von Management und Investor im Rahmen einer Private Equity-Transaktion für die Investmentdauer des Private Equity-Investors zu erzielen, wird das Management klassischerweise am Erfolg des Unternehmens in Form eines Managementbeteiligungsprogramms (MPP) beteiligt.

In den letzten beiden Jahren ist es wieder vermehrt zu Börsengängen von Portfoliounternehmen von Private Equity-Investoren gekommen. Ein IPO wirkt sich maßgeblich auf MPP's aus. Weiterhin werden MPP's von Besteuerungsthematiken beeinflusst. Entscheidungen des Bundesfinanzhofs haben hier teilweise für Klarheit gesorgt. Immer häufiger werden auch sog. Hurdle Shares im Rahmen von MPP's implementiert, deren steuerliche Behandlung allerdings noch weitgehend ungeklärt ist.

1. MPPs im Rahmen eines Börsengangs (IPOs)

Regelmäßig finden Börsengänge unterhalb der strukturellen Gesellschafterebene statt, in der der Private Equity-Investor und das Management investiert sind. Würde das MPP nach dem IPO fortbestehen, wären das Management (u.a. der Vorstand der gelisteten Gesellschaft) und der Private Equity-Investor über dasselbe Vehikel an der börsennotierten Gesellschaft beteiligt. Dies lässt einen Interessenkonflikt bei den Managern vermuten, die ausschließlich im Interesse des Unternehmens tätig werden sollen. Im Übrigen ist ein fortgeführtes MPP im Börsenprospekt offenzulegen. Nicht zuletzt aus diesen Gründen werden die MPP-Strukturen häufig zum Börsengang beendet und das Management

erhält die Möglichkeit, die Beteiligung an einer Oberholding gegen Aktien an dem gelisteten Unternehmen einzutauschen. Danach gibt es über das MPP zwischen Management und dem Private Equity-Investor keine formale Beziehung mehr.

Die Frage, ob das Management mit dem Private Equity-Investor pro-rata oder in der Anzahl weniger Aktien beim IPO verkaufen kann (Umplatzierung), hängt von der konkreten Marktsituation ab. Umplatzierungsquoten des Private Equity-Investors von unter 30% werden im Markt meist auch für das Management akzeptiert. Gleichwohl ist die Quote des Managements häufig niedriger als die des Private Equity-Investors.

Zu beachten ist, dass der „Tausch“ von Anteilen an der Oberholding in Aktien der börsennotierten Gesellschaft grundsätzlich Steuern auslöst. Insofern sollte das Management auf jeden Fall so viele Aktien umplatzieren können, dass es aus dem Veräußerungserlös die entsprechende Steuerlast bezahlen kann.

Darüber hinaus sind sog. Lock-up Perioden im Blick zu halten. Dabei handelt es sich um Vereinbarungen mit den IPO-Banken, durch die der Private Equity Investor bzw. das Management dazu verpflichtet wird die gezeichneten Aktien für eine gewisse Zeit zu halten. Im Schnitt betragen die Lock-up-Perioden für Private Equity-Investoren sechs Monate und für das Management zwölf Monate.



2. Aktuelle Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs

Am 27. Mai 2021 hat der Bundesfinanzhof (BFH) zwei Urteile (Urteile jeweils vom 1. Dezember 2021, Az. VIII R 21/17 und VIII R 40/18) veröffentlicht, in denen er sich erstmals zu den Folgen des „Sweet Equity“ für die Besteuerung von MPPs äußerte. Der BFH bestätigt darin die in seinem Urteil aus 2016 (Urteil vom 4. Oktober, Az. IX R 43/15) aufgestellten Voraussetzungen für die Besteuerung von Veräußerungserlösen bei MPPs als Einkünfte aus Kapitalvermögen. Erneut erteilt der BFH der Praxis der Finanzverwaltung, Gewinne aus der Veräußerung von MPPs als Tätigkeitsvergütungen voll zu besteuern, eine Absage.

In beiden Urteilen befasst sich der BFH mit der Frage, ob die Erlöse aus der Veräußerung der Beteiligungen durch die (nicht-)selbständige Tätigkeit des Managers/Beraters veranlasst sind, oder das MPP ein davon unabhängiges Sonderrechtsverhältnis darstellt. Der BFH bestätigt die im Urteil aus 2016 eingeschlagene Linie. Folgende Indizien sprechen für die Qualifikation einer Managementbeteiligung als unabhängiges Sonderrechtsverhältnis:

- Das Arbeitsverhältnis oder die freiberufliche Tätigkeit begründen keinen Anspruch auf den Erwerb der Beteiligung.
- Die Beteiligung wird zum Marktpreis erworben und veräußert.
- Der Anteilsinhaber trägt das volle Verlustrisiko aus der Beteiligung, unabhängig von der Höhe des eingesetzten Kapitals.
- Es ergeben sich aus der Tätigkeit keine besonderen Umstände, die Einfluss auf Veräußerbarkeit und Wertentwicklung der Beteiligung nehmen.

Bei der Beteiligung eines Arbeitnehmers ist der Veräußerungserlös auch nicht allein deshalb Arbeitslohn, weil diese (i) von einem Arbeitnehmer des Unternehmens gehalten oder veräußert und (ii) nur Arbeitnehmern des Unternehmens angeboten wird. Die Beteiligung eines selbständigen Beraters kann nach Auffassung des BFH nur dann zu Einkünften aus selbständiger Tätigkeit führen, wenn die Beteiligung zum Sonderbetriebsvermögen des Beraters gehört.

Erstmals äußerte sich der BFH auch zu der Relevanz von „Sweet Equity“ für die Besteuerung von MPPs. Dem BFH zufolge ist eine höhere Besteuerung der Veräußerungserlöse nicht allein deshalb gerechtfertigt, weil mit der Beteiligung eine „erhöhte Gewinnchance“ verbunden ist. Die Veranlassung durch eine (nicht-)selbständige Tätigkeit scheidet aus, wenn der Manager seine Beteiligung zum Marktpreis erworben hat. Eine „erhöhte Gewinnchance“ wohnt nach Auffassung des BFH grundsätzlich jeder Kapitalbeteiligung inne.

In dem Urteil VIII R 21/17 ging der BFH noch darüber hinaus: Solange der Manager die Beteiligung zum Marktpreis erwirbt, kann auch die Chance auf eine im Verhältnis zu den anderen Investoren deutlich erhöhte Rendite nicht als Beleg für einen Veranlassungszusammenhang mit der Tätigkeit des Managers bzw. des Beraters angesehen werden. Vielmehr erhält dieser nur den auf seine Beteiligung entfallenden anteiligen Veräußerungserlös und damit seinen regulären Gewinnanteil.

Damit klärt der BFH die lange zwischen den Finanzgerichten umstrittene Frage, welche Folgen „Sweet Equity“ für die Besteuerung von MPPs hat. Offen lässt der BFH allerdings die Frage der Wertermittlung von „Sweet Equity“.

Hurdle Shares

Hurdle Shares zeichnen sich dadurch aus, dass es sich klassischerweise um eine separate Anteilsklasse handelt, die erst nach Erreichen einer gewissen Hürde (z.B. Mindesterloße des Private Equity-Investors) im Rahmen des Wasserfalls bedient werden.

Hurdle Shares sind in Deutschland bisher kaum erprobtes Verfahren. Bis dato gibt es keine Stellungnahme der Finanzverwaltung zu einem Hurdle Share Modell. Eine höchstrichterliche Behandlung erfolgte in dem Urteil des BFH (Urteil vom 01. Dezember 2020, Az. VIII R 40/18) eher am Rande. Das Urteil wurde auch nicht im Bundessteuerblatt veröffentlicht, so dass es keine Bindungswirkung für die Finanzverwaltung entfaltet. Die bestehende Rechtsprechung der Finanzgerichte und des BFH behandeln regelmäßig lediglich die klassischen „Sweet Equity“ Modelle.

Aus der Rechtsprechung des BFH aus 2016 ergibt sich aber, dass der BFH für die Anerkennung der Qualifizierung von Gewinnen aus einem MPP als Kapitaleinkünfte voraussetzt, dass die Beteiligung zum jeweils aktuellen Verkehrswert

erworben worden ist. Eine Verbilligung liegt vor, wenn die Gegenleistung für den Erwerb einer Kapitalbeteiligung unter dem gemeinen Wert liegt.

Der gemeine Wert ist gemäß § 11 BewG zu bestimmen. Nach § 11 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 BewG muss dieser aus dem Kaufpreis abgeleitet werden, den der Private Equity-Investor für seine Beteiligung gezahlt hat, sofern der Einstieg des Managements innerhalb eines Jahres nach Closing der Transaktion erfolgt.

Da Hurdle Shares allein vom Management gezeichnet werden, kann bei diesem Modell der Verkehrswert nicht aus einer Referenztransaktion abgeleitet werden. In diesem Fall wird er gem. § 11 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 BewG unter Berücksichtigung der Ertragsaussichten der Kapitalgesellschaft (oder einer anderen anerkannten Methode) ermittelt. Anwendbare Bewertungsverfahren für nicht notierte Kapitalanteile sind insbesondere das Ertragswertverfahren sowie zahlungsstromorientierte Verfahren, wie zum Beispiel das Discounted Cash-Flow-Verfahren. Tatsächlich ist damit für die Bewertung auf die nach den Richtlinien für die Wirtschaftsprüfer geltenden Standards (IDW S1) zurückzugreifen.

In vergleichbaren Fällen werden insofern Bewertungsgutachten von Unternehmen wie Value Trust, Duff & Phelps, Alvarez & Marsal oder einem der Big Four eingeholt, um den Verkehrswert auch nachweisen zu können. Diese Bewertungsgutachten sind so aufgebaut, dass sie die gesellschaftsrechtliche Struktur, die Hintergründe des MPPs und den wirtschaftlichen Status Quo einschließlich Ausblick der betreffenden Gruppe darstellen. Dann wird auf Basis unterschiedlicher Bewertungsmethoden (insb. Optionspreiswertmethoden einschließlich des Black-Scholes-Merton-Modells und der Monte Carlo Simulation) ein Mittelwert berechnet, der als Grundlage für die Bewertung herangezogen wird.

Fazit

MPPs sind ein regelmäßiger Bestandteil von Private Equity-Transaktionen. Sie dienen der Herstellung eines Interessengleichlaufs zwischen Private Equity-Investor und Manager. Wenn der Exit in Form eines IPOs stattfinden soll, müssen sich der Private Equity-Investor und das Management rechtzeitig zusammensetzen, um die Abwicklung bzw. die Überleitung des MPPs unter Beachtung von aktienrechtlichen und kapitalmarktrechtlichen

Vorgaben zu besprechen. Die begrüßenswerten Entscheidungen des BFH, bringen weitere Klarheit bzgl. der Besteuerung von MPPs. Größere Bedeutung wird aber dem Kriterium des Verkehrswertes bei Erwerb des MPPs zukommen und der Frage, wie dieser Verkehrswert zu ermitteln ist. Dies gilt insbesondere bei den immer häufiger eingesetzten Hurdle Shares. Insofern Es bleibt abzuwarten, wie die Finanzverwaltung auf diesen neuen Trend reagiert. ■



ESG – Nachhaltigkeit bei Unternehmensführung und M&A-Transaktionen



Dr. Tobias Grau,
Partner, Rechtsanwalt und



Militsa Decheva,
Senior Associate, Rechtsanwältin,
CMS Hasche Sigle
Partnerschaft von Rechtsanwälten und
Steuerberatern mbB

ESG hat sich als Schlagwort für die Bewertung nachhaltigen unternehmerischen Handelns etabliert und ist in den Fokus der GmbH-Geschäftsführer gerückt. Insbesondere in den letzten Jahren hat ESG weiterhin zunehmend an gesellschaftlicher und rechtlicher Relevanz gewonnen und war Gegenstand von verschiedenen europäischen und nationalen Gesetzesinitiativen. Doch was sind die Auswirkungen auf das Tagesgeschäft des Geschäftsleiters aber auch auf den M&A-Transaktionsprozess?

I. „ESG“

ESG wird häufig verkürzt mit Nachhaltigkeit übersetzt. Dabei betrifft diese primär den Bereich „E“ (Environmental). So werden hierunter Aspekte wie Investitionen in erneuerbare Energien oder die umweltverträgliche Produktion gefasst.

Diese verkürzte Übersetzung führt dazu, dass die im „S“ (Social) enthaltenen sozialen Belange bei ESG-Diskussionen (noch) eine eher untergeordnete Rolle einnehmen. Hierzu zählen Diversity & Inclusion, Arbeitssicherheit, faire Bedingungen am Arbeitsplatz und angemessene Entlohnung. Aus deutscher Sicht ist die untergeordnete Rolle auch damit zu erklären, dass viele dieser Aspekte sich durch gesetzliche Regelungen etabliert haben. Beispielhaft steht hierfür das bereits 2006 eingeführte Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Dieses verbietet die Diskriminierung im Rahmen von Arbeitsverhältnissen aufgrund von unter anderem ethnischer Herkunft, Geschlecht und sexueller Identität. Der umfassende nationale Arbeitsschutz und das Mindestlohngesetz erfassen

weitere Belange. Allerdings ist die Sensibilität in der öffentlichen Wahrnehmung für diese sozialen Belange gestiegen.

Die im „G“ (Governance) enthaltenen Aspekte der Unternehmensführung spielen hingegen für die GmbH-Geschäftsführung zumindest rechtlich noch keine gewichtige Rolle. Während die Vergütung des Vorstands von Aktiengesellschaften inzwischen an der nachhaltigen und langfristigen Entwicklung der Gesellschaft orientiert sein muss, entschied sich der Gesetzgeber diese Gesetzesanpassung (noch) nicht als Blaupause auch für die Geschäftsführervergütung zu verwenden. Diese kann wie gehabt frei vereinbart werden. Ebenso wenig sind bislang Frauenquoten für die Geschäftsführung vorgeschrieben.

II. Auswirkungen von ESG auf das Tagesgeschäft des GmbH-Geschäftsführers

Geschäftsführer haben tagtäglich unternehmerische Entscheidungen zu treffen. Die ESG-Aspekte spielen dabei mittlerweile nicht nur durch ihre gesetzliche Ausprägung, sondern auch mittelbar aufgrund ihrer Relevanz entsprechend dem heutigen Zeitgeist eine nicht zu unterschätzende Rolle. Insbesondere kann der Unternehmensgegenstand hierbei für die Entscheidung über die langfristige Unternehmensplanung wichtiger Fixpunkt für die Geschäftsführung sein. Die Gesellschafter der Muttergesellschaft, aber auch deren Geschäftsführer gegenüber den Tochtergesellschaften, können ihn dazu nutzen, um der Unternehmens- und Konzernführung äußere Handlungs-

grenzen abzustecken. Innerhalb dieser soll und muss die Geschäftsführung handeln. Durch ihn kann daher die Geschäftsführung zur Einhaltung von ESG-Kriterien wie insbesondere Nachhaltigkeitszielen verpflichtet werden.

Aber auch Gesetzesänderungen beeinflussen unmittelbar das Tagesgeschäft von GmbH-Geschäftsführern. Ein Beispiel hierfür ist das jüngst verabschiedete Lieferkettengesetz, das erstmals ab 01.01.2023 zu beachten ist. Während der Großteil der mittelständischen Unternehmen auf die Nachhaltigkeit ihres eigenen Unternehmens Wert legt, ist es für sie oft nicht leicht zu überblicken, ob auch der Lieferant oder der Lieferant des Lieferanten nachhaltig agiert. Hierfür wird ein umfassender Katalog abgestufter Pflichten hinsichtlich unmittelbarer aber auch mittelbarer Zulieferer geschaffen. Diese dienen der Identifikation und Dokumentation menschenrechtlicher und umweltbezogener Risiken sowie der Vorbeugung insoweit gelagerter Verletzungen. Das Pflichtenprogramm ist äußerst umfangreich und bei Verletzung drohen erhebliche Bußgelder. Es findet zunächst nur auf Unternehmen mit mehr als 3.000, ab 2024 sodann mit mehr als 1.000 Arbeitnehmern Anwendung. Auch wenn damit

zunächst nur große Unternehmen verpflichtet werden, ist mit einer weiteren Absenkung der Anwendbarkeitsvoraussetzungen zu rechnen. Liefern kleinere Unternehmen zudem Waren an Unternehmen, die durch das Lieferkettengesetz verpflichtet sind, können sie daneben schon früher mittelbar von den Pflichten betroffen sein. So werden die großen Unternehmen zur Einhaltung ihrer Pflichten Informationen von ihren Zulieferern benötigen. Hier entsprechende Abläufe zu organisieren, ist sodann Aufgabe der Geschäftsführung.

III. Haftungsrechtliche Relevanz von ESG

Haftungsrechtlich relevant werden eine Vielzahl von ESG-Aspekten über die bekannte allgemeine Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG. Der Maßstab der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, den der Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft anzuwenden hat, kann dabei durch ESG-Faktoren aufgefüllt werden. Exemplarisch bedeutet dies: Der Geschäftsführer verletzt seine Pflicht eines ordentlichen Geschäftsmannes, wenn das Unternehmen im Wettbewerb um Arbeitskräfte aussichtslos aufgestellt ist, weil schlechte Arbeit-

nehmerbedingungen zugelassen oder gefördert oder Frauen diskriminiert werden. Begrenzt wird der Haftungsmaßstab durch die sog. Business Judgment Rule – so mag eine unternehmerische Entscheidung, die sich letztlich als falsch bewährt, zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung in nachvollziehbarer Weise vertretbar oder richtig erschienen haben. Wichtig ist hier eine umfassende Dokumentation des Entscheidungsprozesses und der zugrundeliegenden Erwägungen. Überschritten wird dieses Haftungsprivileg aber stets beim Verstoß gegen ausdrückliche Gesetzespflichten. Eine strafrechtliche Verantwortung des Geschäftsführers kann sich insbesondere aus der Verletzung von Fachgesetzen ergeben, so beispielsweise die vorsätzliche Schädigung der Umwelt.

IV. Auswirkungen von ESG im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen

ESG wird im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen verschiedentlich als „Game Changer“ bezeichnet. Die ESG-Kriterien machen dabei zwar keine gänzlich andere Herangehensweise notwendig, einige Prozesse der M&A-Transaktion werden aber facettenreicher. Eingang in die M&A-

Transaktion finden die Faktoren über die weithin übliche Prüfung des Zielunternehmens (Due Diligence). Dabei werden neuerdings neben betriebswirtschaftlichen Kennziffern verstärkt ESG-Faktoren bewertet. Die Prüfung der ESG-Faktoren dient dabei insbesondere der Bewertung der langfristigen wirtschaftlichen Ertragskraft eines Unternehmens. Einer der Leitgedanken ist, dass vor allem das nachhaltig wirtschaftende Unternehmen „enkelfähig“ ist, sodass ihm auch langfristig ein Wert innewohnt. Daneben können so Reputationsrisiken ausgemacht werden.

Das große Bedürfnis nach Risikobegrenzung führt dazu, dass bereits zwei Drittel der von Käuferseite in Auftrag gegebenen Due-Diligence Prüfungen ESG-Faktoren berücksichtigen.¹ Durch verstärkte Gesetzgebung insbesondere im Bereich der Nachhaltigkeit und des Umweltschutzes wird dabei auch der Bewertungsstandard zunehmend einheitlich möglich. So kann die Einhaltung dieser Gesetze im Rahmen einer Legal, d.h. auf Rechtseinholung fokussierten, Due Diligence nach objektiven Maßstäben überprüft werden, und die ESG-Faktoren sind nicht mehr frei zu gewichten.

Identifizierte ESG-Risiken können dabei inzwischen mitunter das Kaufinteresse schwinden lassen.² Im Übrigen werden die ESG-Risiken mit den gängigen Instrumenten zwischen Käufer und Verkäufer verteilt. Einfachstes Instrument ist der Kaufpreis. Die notwendige Feindifferenzierung kann durch Garantien und (Haftungs-)Freistellungen für den Eintritt bestimmter Risiken erfolgen.

Mangelnde ESG-Konformität kann das Unternehmen vor Finanzierungsproblemen sowohl hinsichtlich Eigen- wie auch Fremdfinanzierung stellen. Zum einen achten insbesondere Finanzinvestoren verstärkt auf die hieraus folgenden Risiken. So kündigte BlackRock an, keine weiteren Investitionen mit hohen Umweltrisiken zu tätigen. Zum anderen machen aber auch „klassische“ Kreditgeber die Entscheidung über die Kreditvergabe an ESG-Aspekten fest. Eine Umkehr hiervon ist nicht zu erwarten. So werden beispielsweise Banken zunehmend durch EU-Regulierungen (wie die Offenlegungsverordnung oder die „Green Asset Ratio“) zu grünen Investitionen angehalten. Sie müssen nach

¹ vgl. M&A PANEL 2021/II VON CMS UND FINANCE, abrufbar unter: <https://cms.law/de/deu/news-information/m-a-panel-2021-ii-von-cms-und-finance-m-a-markt-steht-esg-noch-zwiespalten-gegenueber>

² vgl. M&A PANEL 2021/II VON CMS UND FINANCE, abrufbar wie zuvor.

diesen Vorschriften Informationen zur Nachhaltigkeit ihrer Investitionsentscheidungen veröffentlichen. Diese Regulierungen werden aus Sicht der Banken mitunter kritisch rezipiert, dabei aber auch als ernst zu nehmendes Risiko für die Finanzierung bislang noch nicht nachhaltig wirtschaftender Unternehmen angesehen.

V. Fazit

Es fällt auf, dass hinter dem bewusst vagen Begriff „ESG“ vielfach altbekannte Pflichten des GmbH-Geschäftsführers stehen – er muss das Unternehmen so führen, dass es längerfristig wirtschaftlich rentabel ist, Kredite für Investitionen erhält und im Wettbewerb um den Zugang zu Arbeitskräften jedenfalls der Konkurrenz nicht nachsteht. In all diese Pflichten wirken die ESG-Faktoren hinein. So erhalten bereits derzeit und weiter zunehmend nur nachhaltig wirtschaftende Unternehmen Kredite zu besseren Konditionen. Auf der anderen Seite meiden Arbeitnehmer verstärkt Unternehmen mit unzureichender Arbeitnehmerkultur.

Dabei darf nicht unterschätzt werden, dass sich die Sensibilität für die ESG-Kriterien teilweise erheblich gesteigert hat. Beispielfür hierfür steht der Umweltschutz und die kulturelle wie sexuelle Vielfalt. Viele bislang moralische Standards werden in gesetzliche Pflichten gegossen. Es ist davon auszugehen, dass dieser Trend anhält, beispielweise das Lieferkettengesetz.

In diese Richtung zielen auch EU-Vorhaben, nach welchen umfangreiche Reportingpflichten – vergleichbar zum bereits bestehenden nichtfinanziellen Bericht nach dem Handelsrecht – in Zukunft auch von mittelständischen GmbHs zu beachten sein könnten. ■



D&O-Risiken müssen versicherbar bleiben – gutes Underwriting und professionelles Schadenmanagement lassen Geschäftsführer:innen* trotz immer höherer Anforderungen auch weiterhin gut schlafen.



Franz M. Held,
Prokurist, Senior Executive Advisor,
Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt)
Wirtschaftsmediator (MuCDR),
VOV GmbH

Das Risikoumfeld für Manager verschärft sich zusehends. Bereits die äußeren Faktoren machen den Unternehmensleitern das Leben schwer.

Corona-Krise

Für dieses Jahr hängt die globale Entwicklung der Wirtschaft wiederum von der weiteren Entwicklung der Corona-Lage, insbesondere von den immer noch nicht einzuschätzenden Auswirkungen und politischen Maßnahmen ab. Diesbezüglich gehörte Deutschland bislang ganz weit oben zu den Ländern mit den striktesten Eindämmungsmaßnahmen ([Stringency Index – Länder nach Härte der Corona-Maßnahmen | Statista](#)). Das wirkt sich unmittelbar auf die Wirtschaft aus. Zwar gibt es wie in jeder Krise weiter Gewinner und Verlierer. Insbesondere der Online- und Lebensmittelhandel gehören zu den Profiteuren, während Hotels, Restaurants, Fitness-Clubs, Tourismus- und Eventbranche unmittelbar, etwa von Kontaktbeschränkungsmaßnahmen, betroffen sind. Angesichts gestörter Lieferketten und immer längerer Lieferzeiten sind zunehmend auch Produktionsprobleme zu erwarten. Auch 2022 wird als ein Krisenjahr gesehen (Börsen-Zeitung vom 5.1.2022).

Die noch für 2021 prognostizierte Insolvenzwelle ist bislang glücklicherweise ausgeblieben. Die Anzahl der Unternehmensinsolvenzen war sogar rückläufig. Die Auswertung von Unternehmensbonitäten

aggregiert nach Branchen, zeigte laut Creditreform ([Insolvenzen in Deutschland, Jahr 2021 | News | Creditreform](#)) in 2021 aber eine spürbare Verschlechterung der Kreditwürdigkeit in den Bereichen, die von der Corona-Krise am stärksten in Mitleidenschaft gezogen wurden. Da die befristeten Anpassungen beim Insolvenzrecht nunmehr ausgelaufen sind, bleibt abzuwarten, wie sich in diesem Jahr die Unternehmensinsolvenzen entwickeln werden. So erwarten Kreditversicherer eine Rückkehr zum „Normalen“ verbunden mit trüben Aussichten. Trotz der Erholung der Weltwirtschaft wird davon ausgegangen, dass die Zahl der Unternehmensinsolvenzen 2022 ein Plus von 33 % gegenüber dem Krisenjahr 2019 zeigen werde ([Trübe Aussichten: Insolvenzen international | News | Creditreform](#)). Niemand verfügt über eine Glaskugel – aber besser wird die Insolvenzstatistik sicherlich nicht werden.

Und hier realisiert sich für die Unternehmensleiter bereits ein wesentliches Haftungsrisiko, denn: Veranlasst ein Geschäftsführer noch Zahlungen, nachdem die Insolvenzreife der Gesellschaft bereits eingetreten ist, steht er dafür persönlich in der Haftung. Der Insolvenzverwalter kann die Beträge vom Geschäftsführer zurückverlangen, was nicht selten existenzbedrohende Ausmaße haben kann. Diese Inanspruchnahmen sind – sofern nicht explizit ausgeschlossen – in derzeitigen D&O-Policen mitversichert. Wegen der oftmals hohen Forderungssummen sind in diesen Fällen bereits die Kosten für die Anspruchsabwehr hoch, so dass den Insolvenzschaadensfällen ein großes Schadenpotenzial anhaftet.

* Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung verschiedener, geschlechtsspezifischer Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichberechtigt für alle Geschlechter/Geschlechtsidentitäten.

Steigende Inflation

Insbesondere bedingt durch einen deutlichen Anstieg der Energiepreise ist die Inflationsrate in Deutschland im vergangenen Jahr auf den höchsten Stand seit 1993 geklettert ([Inflation in 2021: Rate steigt auf höchsten Stand seit 1993 – DER SPIEGEL](#)). So lag die Inflation im Jahreschnitt 2021 bei 3,1 % ([Verbraucherpreise Deutschland: Jahresinflation 2021 bei 3,1 % \(wiwo.de\)](#)). Neben den in diesem Jahr nochmals kräftig gestiegenen Energiepreisen sind auch Lieferengpässe und die Rücknahme der Mehrwertsteuersenkung wesentliche Inflationstreiber. In den nächsten Monaten werden sicherlich auch weitere Firmen ihre Preise erhöhen. Unternehmen tätigen aufgrund insgesamt gestiegener Preise weniger Investitionen, wodurch auch wieder das Risiko einer Unternehmensinsolvenz gesteigert wird.

Nachhaltigkeit

Ein Thema mit zunehmender Bedeutung ist Nachhaltigkeit. Immer mehr Unternehmen bekennen sich dazu, ihre Gewinne umwelt- und sozialverträglich zu erwirtschaften. Fragen von „Good Corporate Governance“ sind zwar nicht neu – neu ist nur der ver-

stärkte Fokus auf Umweltthemen, Diversität und Chancengleichheit. Hier ist das Management immer mehr gefordert.

Mobiles Arbeiten

In nahezu allen Branchen ist die Gefahr durch Cyberkriminalität gestiegen, da nicht wenige Unternehmen offensichtlich das mobile Arbeiten unzureichend abgesichert haben. Dies gilt insbesondere für die DSGVO-konforme Nutzung der Endgeräte sowie die geforderte sichere und räumlich separierte Arbeitsumgebung. Kommt es zu einer Panne, kann dem Management schnell ein Organisationsverschulden vorgeworfen werden.

Fachkräftemangel

Qualifiziertes und erfahrenes Personal zu rekrutieren, wird zunehmend schwieriger. Hier muss in den Unternehmen langfristig geplant und junge Talente idealerweise sofort nach Abschluss der Ausbildung im Job aufgebaut werden. Wer hier nicht in der Lage ist, im erforderlichen Umfang Fachkräfte zu binden und neues Personal zu akquirieren, wird auf Dauer nicht wettbewerbsfähig sein. Der Kampf um die

Talente bestimmt mittelfristig betrachtet die Innovationsfähigkeit und letztlich das Überleben von Unternehmen.

Haftungssituation von Geschäftsführern

Allein diese schlaglichtartige Betrachtung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen macht mehr als deutlich, dass die Haftungsrisiken für Geschäftsführer in Deutschland immer weiter zunehmen. Auch die rechtlichen Rahmenbedingungen wie Datenschutz, Sanktionsregeln, ESG Themen, Handelsvorschriften, Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz usw. setzen einen strengen Haftungsrahmen. Um hier als Unternehmensleiter gut schlafen zu können, leistet die D&O-Versicherung einen wesentlichen Beitrag zur Absicherung der persönlichen Existenz von Managern in Deutschland. Denn diese haften unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen für bei ihrer Organtätigkeit begangene Pflichtverletzungen. Der weitest häufigste Anwendungsfall der Inanspruchnahme eines Managers ist die sog. Innenhaftung. Dabei nimmt die Gesellschaft selbst ihren Manager auf Schadenersatz in Anspruch, weil er ihr gegenüber seinen Pflichten aus dem Anstellungsvertrag und/oder seiner Organstellung

nicht sorgfältig nachgekommen ist. Der „Feind“ liegt also im eigenen Bett. Obwohl die persönliche Haftung summenmäßig unbegrenzt ist, reicht bereits ein fahrlässig begangener Pflichtverstoß aus, um für Schäden ggf. in Millionenhöhe mit dem Privatvermögen einstehen zu müssen. Und genau hier greift die optimale Absicherung über eine D&O-Police. Diese gewährleistet qualifizierten Abwehrschutz und übernimmt die Kosten der hochspezialisierten Rechtsanwälte für die Anspruchsabwehr. Sollte sich herausstellen, dass der Anspruch berechtigt ist, leistet der D&O-Versicherer im bedingungsgemäßen Umfang auch die Schadenersatzzahlung. Da hier nicht selten Beträge im Millionenbereich gefordert werden, stellt die D&O-Versicherung eine existenziell bedeutsame Absicherung dar.

Die Lage des D&O-Marktes und die Rolle des Underwritings

Wir müssen auf der Anbieterseite ausreichenden und nachhaltigen D&O-Versicherungsschutz anbieten können. Beinahe jedes Risiko lässt sich versichern, wenn wir uns genügend Zeit lassen und vernünftiges Underwriting betreiben. Ich

sehe in dieser Krise aber auch die Chance, aus den Bedingungen wieder das zu machen, was sie ursprünglich einmal waren: Ein Sicherheitsnetz für Geschäftsführer und keine Eigenschadendeckung für das versicherungsnehmende Unternehmen. Kerngehalt einer Unternehmens-D&O-Versicherung sollte stets der Schutz des Privatvermögens der versicherten Geschäftsführer sein. Insofern müssen die aktuellen Bedingungsentwicklungen am Bedarf der Geschäftsführer ausgerichtet und damit aus deren Sicht kritisch auf den Prüfstand gestellt werden. Aus Verantwortung auch gegenüber den zukünftigen Generationen von Unternehmensleitern müssen wir erst recht bei einem sich haftungsverschärfenden Risikoumfeld zum Kern der D&O-Versicherung zurück. Der Markt war sehr viele Jahre „weich“. So wurden immer mehr Leistungen in die D&O-Verträge hinein verhandelt, die dort gar nicht hingehören. Selbst Schäden, für die ein Manager nicht haften müsste, lassen sich einige Unternehmen vom D&O-Versicherer erstatten. Das höhlt die Idee einer D&O-Versicherung aus. Eigenschäden aus der Deckungssumme zu bezahlen, zielt am Schutzzweck vorbei und benachteiligt die Unternehmensleiter, die eine D&O-Police eigentlich schützen soll.

Ausufernde versicherte Personenkreise, eine Vielzahl von Deckungs-Elementen nur zugunsten der Gesellschaft bis hin zu der erwähnten schutzzweckwidrigen Eigenschaden-Dekung müssen wieder verschwinden. Es geht einzig und allein um den existenziell wichtigen Schutz des Privatvermögens der unbegrenzt haftenden Organmitglieder. Ausschließlich hieran sollte sich die Bedingungsgestaltung orientieren, da alles andere den Versicherungsschutz des Managements negativ beeinflusst. Machen Sie deshalb den Abschluss einer D&O-Police zur Chefsache und nehmen Sie Einfluss auf die Deckungsinhalte. Stellen Sie Ihre Interessen in den Vordergrund, denn für den Schutz Ihres Privatvermögens wurde die D&O-Versicherung ursprünglich konzipiert.

Die richtige Wahl des Versicherers

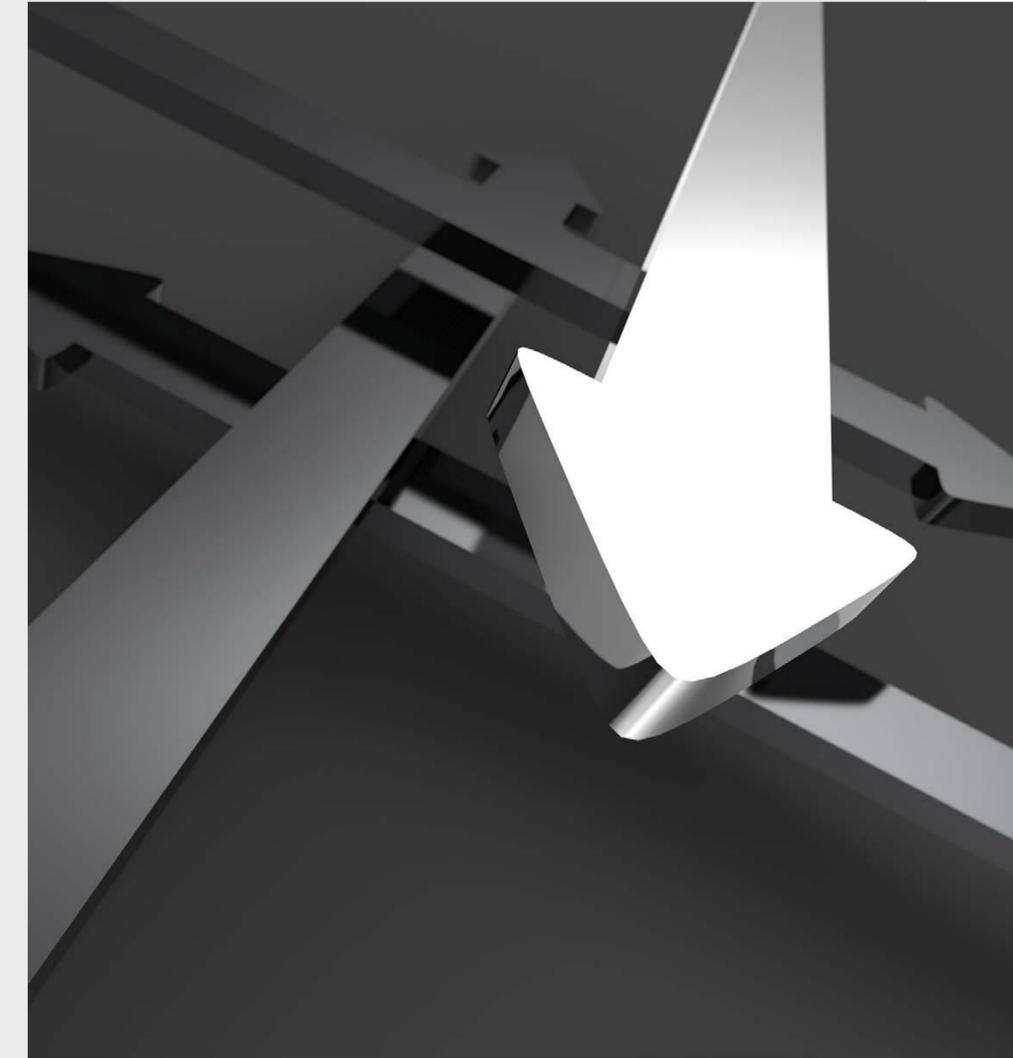
Wählen Sie auch Ihren Versicherer mit Bedacht aus. Ein Underwriting-Prozess, der sich nur an den Unternehmenskennzahlen und der daraus resultierenden Insolvenzgefahr orientiert, ergibt wenig Sinn. Als sinnvoll haben sich stets persönliche Gespräche mit der Unternehmens-

leitung herausgestellt, da durch einen guten Eindruck von der/den zu versichernden Person(en) und eine Darstellung der Unternehmenssituation aus erster Hand das zu versichernde Risiko viel transparenter werden lassen. Die D&O-Underwriter müssen sich auch mehr mit den Biografien der zu versichernden Unternehmensleiter beschäftigen und diese stärker in die Risikobewertung einfließen lassen. Ein derart qualifiziertes Underwriting lässt dann auch eine höchst individuelle Risikoeinschätzung zu. Ganze Branchen unter Generalverdacht zu stellen ist hingegen nicht vertrauensbildend, sogar kontraproduktiv.

Fazit:

Aufgrund eines Umfelds mit zunehmend höheren Schadenbelastungen, vor allem im Großkundensegment, sind Prämien-erhöhungen der D&O-Versicherer nicht immer vermeidbar. Bedingungsseitig sollte der Kerngehalt einer D&O-Versicherung jedenfalls unangetastet bleiben und ausschließlich an der optimalen Absicherung der Geschäftsführung orientiert sein. „Gimmicks“ in der Police zu haben, ist in Ihrem eigenen Interesse nicht sinnvoll.

Und wenn Sie Versicherungsschutz ausschließlich nur für sich haben möchten, dann gibt es ja noch die persönliche D&O-Versicherung. Also machen Sie das Thema zur Chefsache! ■



Wann ist ein Geschäftsführer Arbeitnehmer?



Dr. Rolf Stagat,
Fachanwalt für
Handels- und Gesellschaftsrecht,
Fachanwalt für Arbeitsrecht,
GKD Gäng Kramer Döring Stagat
Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB

„Wann ist ein Mann ein Mann?“ lautete die Frage von Herbert Grönemeyer. „Wann ist ein Geschäftsführer ein Geschäftsführer?“ könnte man in Anlehnung an Grönemeyer fragen, wenn man das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 17.06.2020 – 7 AZR 398/18 – liest. Oder anders gefragt: wann ist ein Geschäftsführer Dienstnehmer und wann ist er Arbeitnehmer? Das BAG befasst sich in seinem Urteil mit der jahrzehntealten Frage, ob der Geschäftsführer einer GmbH als freier Dienstnehmer einzustufen ist, auf den die arbeitsrechtlichen Schutzgesetze keine Anwendung finden oder ob er auch Arbeitnehmer sein kann. In letzterem Fall kann er sich nach einer Kündigung auf das Kündigungsschutzgesetz sowie auf die sonstigen Arbeitnehmerschutzgesetze berufen. In seinem Urteil vom 17.06.2020 gibt das Bundesarbeitsgericht hierzu wichtige Fingerzeige, die sich GmbH-Geschäftsführer in einer Exit-Situation zunutze machen können.

1. Warum ist die Unterscheidung zwischen Dienstvertrag und Arbeitsvertrag wichtig?

Geschäftsführer einer GmbH sind nach deutschem Rechtsverständnis grundsätzlich keine Arbeitnehmer. Seit jeher geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass Geschäftsführer einer GmbH „im Lager des Arbeitgebers“ stehen und deshalb nicht selbst Arbeitnehmer sein können. Diese Differenzierung kennt man in ausländischen Rechtsordnungen nicht und findet auch bei den deutschen Rechtsanwendern wenig Beachtung. So werden Geschäftsführerverträge nicht selten als Arbeitsverhältnis bezeichnet oder es finden sich in Geschäftsführerverträgen Klauseln, die nur

für ein Arbeitsverhältnis passen. Die Trennschärfe zwischen Dienstvertrag und Arbeitsvertrag lässt in der Praxis also häufig zu wünschen übrig, obwohl mit der Weichenstellung für ein Dienst- oder aber ein Arbeitsverhältnis erhebliche Konsequenzen verbunden sind. Geschäftsführern ist der Weg zum Arbeitsgericht versperrt (§ 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG), sie können das Kündigungsschutzgesetz nicht für sich in Anspruch nehmen (§ 14 KSchG), das Bundesurlaubsgesetz gilt für Geschäftsführer ebenso wenig wie das Teilzeit- und Befristungsgesetz oder das Sozialgesetzbuch, das bei einer Behinderung Arbeitnehmern Sonderkündigungsschutz gewährt (§ 168 SGB IX). Kommt es zur Kündigung, so hat der Geschäftsführer eine signifikant bessere Ausgangsposition, wenn er sich auf ein Arbeitsverhältnis als Grundlage seiner Organstellung berufen kann.

2. Worin liegt der Unterschied zwischen Arbeitsverhältnis und Dienstverhältnis?

Die Antwort gibt § 611a BGB. In dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber zusammengefasst, was ein Arbeitsverhältnis ausmacht.

Klassischer Anknüpfungspunkt der Abgrenzung zwischen Dienstvertrag und Arbeitsvertrag ist die persönliche Abhängigkeit des Dienstverpflichteten. Während der „normale“ Dienstnehmer nur verpflichtet ist, die zugesagten Dienste zu leisten, wird der Arbeitnehmer durch den Arbeitsvertrag zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Weisungsgebunden ist dabei, wer nicht im Wesentli-

chen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Arbeitnehmer ist somit, wer feste Arbeitszeiten an einem vorgegebenen Arbeitsplatz einhalten und Arbeitsanweisungen zu befolgen hat. Muss ein Geschäftsführer das nicht, weil er als Leiter des Unternehmens nicht selbst Weisungen bezüglich Zeit, Ort und Art der Durchführung seiner Arbeitsleistung unterliegt, sondern den Arbeitnehmern Weisungen erteilt, so ist er freier Dienstnehmer.

3. Kann ein Geschäftsführer überhaupt Arbeitnehmer sein?

Die Zivilgerichte gehen davon aus, dass Geschäftsführer Arbeitgeberfunktion haben, also im Lager des Arbeitgebers stehen und deshalb grundsätzlich nicht Arbeitnehmer sein können. Demgegenüber vertritt das Bundesarbeitsgericht die Auffassung, dass bei Geschäftsführern „in extremen Ausnahmefällen“ auch ein Arbeitsverhältnis Grundlage der Organstellung sein kann. Zwingend sei es aber nicht, dass die der Bestellung zum Geschäftsführer zugrundeliegende vertragliche Abrede ein Dienstvertrag ist. Die Bestellung zum Geschäftsführer könne auch auf einem Arbeitsvertrag beruhen, allerdings nur bei hoher Intensität der Eingliederung und Weisungsunterworfenheit. Geschäftsführer konnten nach dieser Rechtsprechung bisher zwar theoretisch Arbeitnehmer sein, praktisch haben die Gerichte aber letztlich nie ein Arbeitsverhältnis angenommen.

4. Das Bundesarbeitsgericht öffnet Geschäftsführern die Tür zum Arbeitsverhältnis

Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 17.06.2020 stellt einen Wendepunkt dar. In der Entscheidung ging es um einen schriftlichen

„Geschäftsführervertrag“, den es dieses Mal nicht als Dienstvertrag, sondern als Arbeitsvertrag einstufte. Bemerkenswert sind die inhaltlichen Regelungspunkte, die das Vertragsverhältnis nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitsvertrag machen:

a) Zurverfügungstellung der vollen Arbeitskraft

Wie in fast jedem Geschäftsführervertrag fand sich auch in dem der Klägerin die Klausel, dass sie ihre volle Arbeitskraft sowie ihr ganzes Wissen und Können in den Dienst der Gesellschaft zu stellen hat und sie außerdem in der Bestimmung ihrer Arbeitszeit frei ist, jedoch jederzeit, sobald es das Wohl der Gesellschaft erfordert, zu ihrer Verfügung zu stehen und ihre Interessen wahrzunehmen hat. In dieser Standardklausel für Geschäftsführerverträge erkennt das Bundesarbeitsgericht den Grund dafür, dass die Geschäftsführerin nicht im Wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und ihre Arbeitszeit bestimmen kann. Ihr grundsätzliches vertragliches Recht, ihre Arbeitszeit frei zu bestimmen, werde durch das „jedoch“ eingeschränkt, dass sie der Gesellschaft jederzeit, wenn es ihr Wohl erfordere, zu ihrer Verfügung zu stehen habe.

b) Behandlung hinsichtlich der Sozialversicherungspflicht wie Arbeitnehmer

Ein weiteres Indiz für die Arbeitnehmerstellung der Geschäftsführerin sieht das Bundesarbeitsgericht in dem vertraglichen Hinweis, die Geschäftsführerin sei kranken-, pflege-, renten- und arbeitslosenversicherungspflichtig und alle damit verbundenen notwendigen Handlungen erfolgten „wie für jeden anderen Arbeitnehmer der Gesellschaft.“ Das BAG schließt also vom sozialversicherungsrechtlichen Status auf die Arbeitnehmereigenschaft.





c) Bezeichnung der Geschäftsführerin als Arbeitnehmerin

Den Rückschluss von der sozialversicherungsrechtlichen Behandlung auf die Arbeitnehmerstellung zieht das Bundesarbeitsgericht aber wohl deshalb, weil die Geschäftsführerin hinsichtlich der Sozialversicherung „wie jeder andere Arbeitnehmer“ behandelt werden sollte. Nicht die Sozialversicherungspflicht als solche wird als maßgeblich angesehen, sondern dass die Geschäftsführerin insoweit den anderen Arbeitnehmern gleichgestellt werden soll. Eine Mitarbeiterin wie andere Arbeitnehmer zu behandeln, bedeutet nach Lesart des Bundesarbeitsgerichts also, dass diese Mitarbeiterin auch rechtlich als Arbeitnehmerin zu betrachten ist.

d) Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses

Die interessanteste Botschaft des Urteils des BAG vom 17.06.2020 dürfte zugleich die für Geschäftsführer nützlichste sein: Die dargestellten Grundsätze zur Abgrenzung eines freien Dienstverhältnisses von einem Arbeitsverhältnis gelten nur, wenn die Parteien ihr Rechtsverhältnis nicht als Arbeitsverhältnis bezeichnet haben, sondern als Dienstverhältnis oder freies Mitarbeiterverhältnis. Haben die Parteien dagegen ein Arbeitsverhältnis vereinbart, so ist es auch als solches einzuordnen. Für die Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses lässt es das Bundesarbeitsgericht genügen, dass der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers als Arbeitsverhältnis bezeichnet wird. Im konkreten Fall sah es die Bezeichnung als Arbeitsverhältnis schon darin, dass es im Geschäftsführervertrag hieß:

„Die Geschäftsführerin nimmt die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers i. S. d. arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften und Gesetze wahr. Sie ist 'leitende Angestellte'.“

Leitende Angestellte seien aber regelmäßig Arbeitnehmer und keine freien Dienstnehmer. Die Verwendung des Begriffs „leitende Angestellte“ im Geschäftsführervertrag macht den Geschäftsführer somit zum Arbeitnehmer.

Zusammenfassung:

GmbH-Geschäftsführer sind im Regelfall freie Dienstnehmer und genießen nicht den Schutz arbeitsrechtlicher Gesetze. Von dieser Regel gibt es jedoch Ausnahmen. Eine Ausnahme liegt vor, wenn die Gesellschaft mit dem Geschäftsführer ein Arbeitsverhältnis vereinbart. Für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses kann es ausreichen, dass der Geschäftsführer im Anstellungsvertrag als „leitender Angestellter“ bezeichnet wird. Für ein Arbeitsverhältnis des Geschäftsführers spricht es außerdem schon, wenn er nach seinem Anstellungsvertrag zwar in der Bestimmung seiner Arbeitszeit frei ist, der Gesellschaft jedoch jederzeit zur Verfügung zu stehen hat, wenn es ihr Wohl erfordert. Für Geschäftsführer kann es deshalb lohnend sein, die Formulierungen in ihrem Anstellungsvertrag genau zu prüfen, wenn sich eine Auseinandersetzung mit der Gesellschaft ankündigt. ■

Neue Strukturmöglichkeiten im Lichte der Reform des Gemeinnützigkeitsrechts: Die gemeinnützige GmbH (gGmbH) als immer beliebter werdende Rechtsform für gemeinnütziges und mildtätiges Handeln.



Susanne Erb,
Rechtsanwältin,
Bette Westenberger Brink Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Einleitung

Der in Deutschland als sogenannter „Dritter Sektor“ bezeichnete Non-Profit Bereich, in dem eine Vielzahl von Stiftungen und gemeinnützigen Unternehmen zu verorten sind, bildet eine facettenreiche Sphäre jenseits der staatlichen Verwaltung (sog. erster Sektor) sowie der profitorientierten Ökonomie (sog. zweiter Sektor, For-Profit). Sogenannte Non-Profit-Organisationen (NPO's) übernehmen vielfältige, aus unserem Alltag nicht mehr wegzudenkende gemeinnützige Aufgaben. Die Organisationen tragen zur Sozialintegration bei und bieten ein breites Spektrum an Dienstleistungen insbesondere im sozialen Bereich sowie im Gesundheitswesen an und sind mittlerweile unverzichtbar für die Gesellschaft.

Zum Dritten Sektor zählen deutschlandweit mehr als 600.000 Organisationen. Mit ca. 4 Millionen Beschäftigten (sozialversicherungspflichtig und geringfügig) spielt der Bereich auch eine zentrale Rolle für den Arbeitsmarkt und die Wertschöpfung in der Gesamtwirtschaft.

Der Non-Profit Bereich wurde lange Zeit eher vernachlässigt, ist jedoch aufgrund seiner wichtigen Funktion für die Gesellschaft und der zunehmenden Ökonomisierung der Non-Profit-Organisationen in den vergangenen Jahren stärker in den Fokus von Politik, Finanzverwaltung und Gesellschaft gerückt.

Nicht nur aufgrund der Corona Pandemie, sondern auch aufgrund von immer höheren Anforderungen gesetzlicher Art werden die NPO's vor schwierige Herausforderungen wirtschaftlicher als auch

struktureller Art gestellt. Betriebswirtschaftliche Instrumente, wie man sie von For-Profit-Organisationen kennt, können nicht einfach „copy & paste“ nahtlos auf eine gemeinnützige Organisation übertragen werden. Vielmehr bedarf es Anpassungen an die besonderen Strukturen und Anforderungen der NPO's.

Die Reform des Gemeinnützigkeitsrechts im Jahressteuergesetz 2020 war daher ein wichtiger Schritt für die NPO's, Strukturmöglichkeiten zu schaffen, die ihnen bisher verwehrt waren. Die NPO's sind zukünftig, unter Ausnutzung der nun gegebenen Möglichkeiten, in der Lage, noch professioneller und effizienter am Markt aufzutreten.

gGmbH – Gemeinnützige GmbH als Rechtsträger für die Umsetzung steuerbegünstigter Zwecke

Die Rechtsform der gemeinnützigen GmbH (gGmbH) erfreut sich als Rechtsform für steuerbegünstigte Zwecke immer größerer Beliebtheit. Derzeit sind schätzungsweise ca. 25.000 gGmbH in deutschen Handelsregistern eingetragen. Die Tendenz ist steigend, da eine Vielzahl von Vereinen aufgrund wachsender Geschäftstätigkeit ihrer Rechtsformen entwachsen und einen Formwechsel in eine gGmbH vornehmen.

Die Rechtsform der gGmbH (§ 4 Satz 2 GmbHG) ist jedoch keine gesellschaftsrechtliche Sonderform, sondern es gelten grundsätzlich die allgemeinen Regelungen des GmbH-Rechts. Besonder-



heiten ergeben sich lediglich im Hinblick auf die Zweckverfolgung der gGmbH. Diese orientiert sich an den steuerlich begünstigten Zwecken im Sinne der §§ 51 ff. AO (Abgabenordnung). Steuerbegünstigte Zwecke im Sinne der §§ 51 ff. AO sind gemeinnützige, mildtätige und kirchliche Zwecke, welche von der gGmbH selbstlos, ausschließlich sowie unmittelbar verfolgt werden müssen.

Die gGmbH ist unter Erfüllung diverser gesetzlicher Anforderungen als Kapitalgesellschaft von der Entrichtung der Körperschafts-, und Gewerbesteuer befreit. Außerdem können Leistungen, die zur Erfüllung von gemeinnützigen, mildtätigen und kirchlichen Zwecken erbracht werden, unter Umständen mit reduzierter Umsatzsteuer oder ohne Umsatzsteuer abgerechnet werden. Die gemeinnützige Gesellschaft kann bei Zuwendungen aus Schenkungen oder Erbschaften von der Erbschafts- bzw. Schenkungssteuer befreit werden.

Charakteristisch für alle gemeinnützigen Organisationen ist die Besonderheit des rechtsformunabhängigen Gewinnausschüttungsverbot. Gewinne dürfen nicht ausgeschüttet werden, sondern lediglich für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden. Ausschüttungen laufender Gewinne oder von Liquidationsgewinnen an nichtgemeinnützige Gesellschafter oder Dritte verstoßen gegen den Grundsatz der Selbstlosigkeit (§ 55 AO).

Analog einer For-Profit GmbH erfolgt die Führung der Geschäfte durch einen Geschäftsführer. Fakultativ und zu seiner Unterstützung können noch weitere Organe wie beispielsweise ein Aufsichtsrat oder Beirat etabliert werden. Besondere Organe sind aufgrund der gemeinnützigen Ausrichtung der gGmbH nicht vorgeschrieben. Jedoch sind die gesetzlichen Regelungen (§ 52 GmbHG) für die Bestellung eines obligatorischen Aufsichtsrates auch für die gGmbH bindend. Außerdem sind beim Abschluss

eines Dienstvertrages zwischen dem Geschäftsführer und der gGmbH gemeinnützigkeitsrechtliche Besonderheiten zu beachten. Besonders zu berücksichtigen sind insbesondere die gemeinnützigkeitsrechtlichen Besonderheiten im Hinblick auf die Höhe der Vergütungen des Geschäftsführers. Die Vergütung darf nicht unverhältnismäßig hoch sein, wobei das Gesamtbild aller gewährten Vergütungsbestandteile kumuliert zu bewerten ist (§ 55 Absatz 1 Nr. 3 AO). Sofern von der Finanzverwaltung die Zahlung von überhöhten Vergütungen festgestellt wird, kann dies unter Umständen zum Verlust der Gemeinnützigkeit aufgrund einer Mittelverwendung führen.

Haftung der Geschäftsführung einer gGmbH

Neben den üblichen Haftungsregeln des GmbHG ergibt sich eine nicht zu unterschätzende erweiterte Haftung im Hinblick auf die Erfüllung der steuerlichen Anforderungen an eine gemeinnützige Organisation, die sich aus der Abgabenordnung und den Einzelsteuergesetzen ergibt.

Sofern sich im Rahmen des steuerlichen Veranlagungsverfahrens herausstellt, dass die tatsächliche Geschäftsführung von der Satzung abweicht, weil bspw. Mittel fehlverwendet wurden, kann das zum Verlust der Gemeinnützigkeit im jeweiligen Veranlagungszeitraum führen. Dann drohen der Gesellschaft unter Umständen erhebliche Nachforderungen steuerlicher Art. Diese können, aufgrund des Gebotes der zeitnahen Mittelverwendung, die es NPO's verbietet, hohe Kapitalrücklagen zu bilden zu existenziellen Schwierigkeiten oder gar zur Insolvenz führen. Zu beachten ist dann, dass die Geschäftsführer nach der Regelung des § 15b InsO bei verspäteter Antragstellung für eine eingetretene Masse-

schmälerung persönlich haften. Darüber hinaus können die geschäftsführenden Organe und Verfügungsberechtigten bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Handeln auch persönlich für die Steuerschulden der Gesellschaft haftbar gemacht werden (§§ 34, 35, 69 AO). Aus alledem wird ersichtlich, dass die Haftung der Geschäftsführung bei einer gGmbH um einiges größer sein kann als bei einer „normalen“ For-Profit GmbH. Es ist daher angeraten, zwingend eine D&O Versicherung für die handelnden Personen abzuschließen.

Reform des Gemeinnützigkeitsrechts schafft Möglichkeiten der Haftungsreduzierung und Effizienzsteigerung

Durch die Reform des Gemeinnützigkeitsrechts hat der Gesetzgeber den NPOs nun Möglichkeiten und Chancen eingeräumt, die bereits sehr lange überfällig waren. Insbesondere wurden Neuregelungen geschaffen, die es ermöglichen, den NPOs gemeinnützige Konzernstrukturen zu schaffen und bisher in wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben ausgelagerte Servicegesellschaften in den gemeinnützigen Verbund einzubinden. Was für den Bereich der For-Profit-Organisationen gang und gäbe ist, nämlich eine Betriebsaufspaltung mit dem Ziel der Asset Protection, war bis zur Reform nicht ohne weiteres möglich.

§ 57 AO – Möglichkeit der Schaffung von Holdingstrukturen

Bis zu den Reformbemühungen konnten Organisationen an der Konzernspitze, die neben dem reinen Halten von Beteiligungen

selbst keine steuerbegünstigten Zwecke verwirklichen, nicht als gemeinnützig anerkannt werden. Durch die Neuregelung in § 57 Abs. 4 AO ist es nun auch möglich, dass eine reine Holdingkörperschaft ohne eigene operative gemeinnützige Tätigkeit an der Spitze eines gemeinnützigen Konzerns steuerbegünstigt sein kann.

Somit ist es nun endlich möglich, effiziente Beteiligungsstrukturen zu schaffen und das Betriebsrisiko vom Vermögen der Gesellschaft zu trennen. Durch die Gesetzesänderung fingiert der Gesetzgeber nunmehr eine unmittelbare Zweckverwirklichung, wenn eine Gesellschaft ausschließlich Anteile an gemeinnützigen Gesellschaften hält und verwaltet. Bisher behinderte das Gebot der Unmittelbarkeit den Aufbau von Non-Profit-Konzernen bzw. Non-Profit-Holdingstrukturen, da innerhalb von Non-Profit-Konzernen bislang lediglich die jeweiligen Tochtergesellschaften unmittelbar gemeinnützige Zwecke verwirklichten. Ausschließlich die operativ tätige Tochtergesellschaft war als gemeinnützig anerkannt, während die Holding Gesellschaft, da sie selbst nicht unmittelbar gemeinnützig tätig war, der vollen Steuerpflicht unterlag.

Durch die Neuregelung können nun zeitgemäße Beteiligungsstrukturen aufgebaut und eine Professionalisierung der Führung und Verwaltung der Gesellschaften herbeigeführt werden.

§ 57 Abs. 3 AO – Stärkung von Kooperationen

Das Gebot der Unmittelbarkeit, das besagt, dass gemeinnützige Organisationen ihre satzungsmäßigen Zwecke selbst verwirklichen müssen (§ 57 Abs. 1 AO), hat in der Vergangenheit dazu geführt, dass aus verschiedensten Gründen in eigene Gesellschaften ausgliederte Betriebsteile nicht als gemeinnützig anerkannt wurden,



obwohl sie für die gemeinnützige Organisation wichtige Unterstützungsleistungen erbracht haben. Durch die Neuregelungen, wird nun ebenfalls die unmittelbare Zweckverwirklichung fingiert, wenn eine Organisation gemeinsam mit mindestens einer weiteren Organisation einen steuerbegünstigten Zweck verfolgt. Infolgedessen können Servicegesellschaften als gemeinnützig anerkannt werden, sofern sie ihre Leistungen der Mutterorganisation bereitstellen und ihre Satzung selbst den gemeinnützigkeitsrechtlichen Anforderungen entspricht. Aufgrund der Auslagerung von Unterstützungsleistungen auf Gesellschaften, die nun ebenfalls als

steuerbegünstigt anzusehen sind, kann ebenfalls eine Effizienzsteigerung und Kostensenkung herbeigeführt werden.

Fazit:

Trotz der hohen Anforderungen und Grenzen des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts bildet eine gemeinnützige GmbH zur Verwirklichung steuerbegünstigter Zwecke nach wie vor eine gute Alternative zu anderen Gesellschaftsformen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Einhaltung einer Vielzahl von Regelungen, die über das normale Recht

der Kapitalgesellschaften hinaus gehen, zu beachten sind und insbesondere die steuerlichen Anforderungen an die Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke und der Mittelverwendung mit nicht unerheblichen Haftungsrisiken für den Geschäftsführer verbunden sind. Aufgrund der Neuregelung ist es nun auch gemeinnützigen Organisationen möglich, zeitgemäße Beteiligungsstrukturen zu schaffen und dadurch Haftungsrisiken für die Gesellschaft zu minimieren sowie flexiblere Kooperationsmöglichkeiten der Arbeitsteilung mit anderen (Tochter-) Gesellschaften besser auszunutzen. ■



Interessentheorie und Untreue – Strafrechtliches Risiko für den GmbH-Geschäftsführer außerhalb der Krise



John Paul Fürus,
Rechtsanwalt und Steuerberater,
Fachanwalt für Strafrecht,
Fachanwalt für Steuerrecht und



Andreas Pfister,
Rechtsanwalt,
Wessing & Partner

Die Untreue (§ 266 StGB) ist neben dem Betrug (§ 263 StGB) das Vermögensdelikt mit der größten wirtschaftsstrafrechtlichen Relevanz. Sie schützt das Vermögen des Treugebers vor Schäden infolge von Pflichtverletzungen des Trenehmers. Das Verhalten des Trenehmers hat sich am durch den Treugeber vorgegebenen Pflichtenprogramm zu orientieren. Anders als gewöhnliche vertragliche Pflichtverletzungen führt die Verletzung der sogenannten Vermögensbetreuungspflicht nicht nur zu einem zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch gegen den Trenehmer, sondern sogar zu dessen Strafbarkeit. Begründet wird dies mit der besonderen Verantwortung des Trenehmers. Er ist in besonderer Weise in die organisatorische Sphäre des betroffenen Vermögens eingebunden und schädigt es von innen heraus.

Welche Anforderungen an die Pflicht zu stellen sind, fremde Vermögensinteressen zu wahren, ist Gegenstand andauernder Diskussionen. Unstreitig ist, dass der Geschäftsführer einer GmbH eine solche Pflicht gegenüber der Gesellschaft hat. Die GmbH ist eine eigene Rechtspersönlichkeit mit eigenem Vermögen. Es besteht jedoch die Besonderheit, dass seine Tätigkeit zugleich die Interessen der Gesellschafter der GmbH berührt. Die Gesellschaft gehört zum Vermögen der Gesellschafter. Trenehmer ist der Geschäftsführer. Treugeber ist die GmbH. Umstritten ist, welche Bedeutung der Zustimmung der Gesellschafter zu bestimmten Geschäften des Geschäftsführers zukommt. Fraglich ist, ob das Einverständnis der Gesellschafter das Pflichtenprogramm des Geschäftsführers derart modifiziert, dass eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Gesellschaft entfällt.

In den Dreißigerjahren des vergangenen Jahrhunderts entschied das Reichsgericht, dass sich auch der einzige Gesellschafter einer GmbH einer Untreue zu Lasten der Gesellschaft – seiner Gesellschaft – schuldig machen könne. Das Reichsgericht hielt in einem obiter dictum ohne tiefergehende Ausführungen schlicht fest, dass die Pflichten der Gesellschaft gegenüber den Gläubigern „weder vereitelt noch gefährdet werden“ dürften. Die Rechtsprechung folgerte hieraus, dass die Zustimmung der Gesellschafter einer GmbH die Untreuestrafbarkeit des Geschäftsführers zulasten der Gesellschaft nicht entfallen lasse.

In den Fünfzigerjahren entschied erstmalig der Bundesgerichtshof, dass das Einverständnis der Gesellschafter die Untreuestrafbarkeit grundsätzlich entfallen lasse – solange die konkreten Handlungen des Geschäftsführers mit den Grundsätzen der Geschäftsführung eines ordentlichen Kaufmannes vereinbar seien.

In den Achtzigerjahren reformulierte der Bundesgerichtshof die Grenzen einer wirksamen Einwilligung der Gesellschafter. Die Gesamtheit der Gesellschafter bilde zwar das oberste Organ der Gesellschaft, so dass ihr Wille grundsätzlich maßgeblich sei. Der Bestimmung der Gesellschafter sei jedoch entzogen, was dem Wesen der Gesellschaft zuwiderlaufe oder was der Gesetzgeber überwiegend im Interesse der Gesellschaftsgläubiger vorgegeschrieben habe. Hierzu zähle insbesondere der Erhalt des Stammkapitals der Gesellschaft. Der Gesetzgeber habe dieses im Interesse der Gesellschaftsgläubiger als Mindesthaftungsmasse vorgesehen.

Diese Rechtsprechung setzt sich seither – allenfalls feingestimmt in Nuancen – unverändert fort. Zu Recht erfährt sie jedoch von Rechtswissenschaftlern heftige Kritik. Die Untreue schützt das Vermögen des Treugebers vor schädigenden Pflichtverletzungen des Trenehmers. Sie ergänzt den strafrechtlichen Vermögensschutz durch Schädigungen von außen, wie etwa durch Betrug und Nötigung, und wird kriminalpolitisch für sinnvoll gehalten. Vor allem die Organuntreue steht hierbei im Zentrum der Diskussion: Das Auseinanderfallen von Management und Eigentümerschaft bei juristischen Personen ist eine für kapitalistische Wirtschaftsordnungen heute zentrale Struktur. Das entstehende Missbrauchspotenzial wird durch den Straftatbestand der Untreue kriminalisiert. Die Zustimmung des Treugebers, im Falle der GmbH der Gesellschafter, lässt eine Pflichtverletzung der Geschäftsführung hingegen entfallen. Der Missbrauch ist bei Zustimmung der Gesellschafter nicht gegeben – bei Vorliegen einer „Ein-Mann-GmbH“, d.h. alleiniger Gesellschafter der GmbH ist gleichzeitig deren Geschäftsführer, gar von vornherein ausgeschlossen.

Dem BGH ist zuzustimmen, dass die Zustimmung der Gesellschafter eine Gefährdung von Gläubigern nicht entfallen lässt. Allein: Die Vermögensinteressen Dritter liegen nicht im Schutzbereich der Untreue. Hierfür bedarf es anderer Regularien, da Dritte außerhalb der Beziehung zwischen Treugeber und Treunehmer stehen.

Diese Aufgabe obliegt den allgemeinen Vermögensdelikten, wie dem bereits genannten Betrug, oder den Insolvenzstraftatbeständen, wie den Bankrottdelikten. Dabei wird zu Recht nicht jedes wirtschaftlich riskante Verhalten inkriminiert. Dies wäre einer Marktwirtschaft wesensfremd. Ein an die Leistungsfähigkeit des Schuldners knüpfender Schutz ist, abgesehen vom Sonderfall der Täuschung des Gläubigers, erst im Moment der Krise geboten. Ein gesonderter strafrechtlicher Schutz von Gläubigerinteressen wird erst bei Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung bzw. drohender Zahlungsunfähigkeit, notwendig.

Die strafrechtlichen Regeln zum Schutz von Gläubigerinteressen durch Gefährdung der (Haftungs-)Masse treffen die sogenannten

Bankrotttatbestände der §§ 283 ff. StGB. Diese liefen durch die vom Bundesgerichtshofs bisher vertretene Interessentheorie häufig ins Leere. Die Bankrotttatbestände sollten nur anwendbar sein, wenn der Täter im Interesse des Haftungssubjekts handelte. Dies war besonders in Fällen der Ein-Mann-GmbH relevant: Der Geschäftsführer, der für seine Person Vermögenswerte sichern wollte, handelte nicht im Interesse seiner Gesellschaft, sondern aus eigennützigen Motiven. Die Rechtsprechung erkannte hierin eine unangemessene Strafbarkeitslücke und suchte diese in einem Kunstgriff durch die Bemühung der Untreue zu schließen.

Zwischenzeitlich hat der Bundesgerichtshof die Interessentheorie zu Recht aufgegeben. Die Schutzbedürftigkeit der Gläubiger wird durch die Motivlage des Täters nicht berührt. Der Anwendungsbereich der Bankrotttatbestände, §§ 283 ff. StGB wird durch diese Rechtsprechungsänderung deutlich ausgeweitet. Insbesondere die Fälle, in denen der Geschäftsführer der Ein-Mann-GmbH Vermögenswerte für eigene Zwecke entzieht, werden nun von den Bankrottdelikten erfasst. Die selbst geschaffene und erkannte Strafbarkeits-

lücke besteht nicht mehr und wurde mit der konsequenten Anwendung der Bankrottdelikte aus der richtigen Richtung geschlossen.

Seine überdehnende Anwendung der Untreue hat der Bundesgerichtshof bisher jedoch (noch) nicht aufgegeben. Für Geschäftsführer, die mit Zustimmung der Gesellschafter handeln, ergeben sich damit unerwartete Strafbarkeitsrisiken auch außerhalb wirtschaftlicher Krisensituationen. Ebenso überrascht dürften die Gesellschafter sein, die sich durch die Zustimmung des Gesellschafterkreises auf einmal der Gefahr der Strafverfolgung wegen des Vorwurfs der Teilnahme an einer Untreue zulasten ihrer eigenen Gesellschaft ausgesetzt sehen. Dies wiegt umso schwerer, als die Rechtsprechung eine Konkretisierung, was überwiegend im Interesse der Gesellschaftsgläubiger vorgeschrieben und damit einer wirksamen Einwilligung entzogen sein soll, nicht vorgenommen hat. Eine Absicherung hiergegen ist für alle Beteiligten, bis zur hoffentlich baldigen Aufgabe der wesensfremden Anwendung der Untreue, nur durch die vorhergehende Einholung von Rechtsrat möglich. ■

Digitalisierung aus Sicht der Arbeitnehmervertretungsgremien



Dr. Stephanie Palm,
Rechtsanwältin und



Dr. Arno Frings,
Rechtsanwalt und Partner,
fringspartners Rechtsanwälte

Die Digitalisierung der Arbeitswelt hat bereits vor der Corona-Pandemie ihren Siegeszug in Deutschland erlebt. Die letzten zwei Jahre haben nun auch den letzten Zweiflern gezeigt, dass eine Tätigkeit vom Betrieb aus nicht zwingend erforderlich ist – selbstverständlich vorausgesetzt die Tätigkeit der jeweiligen Mitarbeiter lässt eine Erfüllung ihrer Arbeitspflicht von außerhalb zu. Nichtsdestotrotz findet sie erst langsam Einzug in die Betriebsratsarbeit. Der effektive Einsatz digitaler Arbeitsmittel als moderne Arbeitsmethode beschäftigt den Betriebsrat zwar immer häufiger im Rahmen mitbestimmungsrechtlich relevanter Themen, seine eigene Arbeitsweise wird jedoch (bislang) vom Gesetzgeber nicht stets digital ermöglicht.

Die Digitalisierung bringt zahlreiche Aspekte mit sich, die vom Arbeitgeber und von den Betriebsratsgremien im betrieblichen Alltag zu beachten sind. Die größte Veränderung trat bereits zu Beginn der Pandemie ein. Der Gesetzgeber hat – ausnahmsweise – sehr schnell gehandelt und bereits Ende Mai 2020, also kurz nach Beginn der Pandemie, dem Betriebsrat in § 129 BetrVG, einem Paragraphen der die Überschrift „Sonderregelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie“ trägt, die Möglichkeit eröffnet, Betriebsversammlungen per Videokonferenz durchzuführen. Ebenfalls wurde den Betriebspartnern die Möglichkeit eröffnet, die Teilnahme an Einigungsstellen per Videokonferenzen durchzuführen. Beides hat das Leben der Betriebspartner während der Dauer der Pandemie erheblich erleichtert.

Nunmehr hat der Gesetzgeber mit dem Betriebsrätkestärkungsgesetz unter anderem Teile dieser Übergangsnorm in eine dauerhafte Regelung überführt. Allerdings hat der Gesetzgeber dennoch einen klaren „Vorrang der Präsenzsitzung“ normiert. Die Durchführung einer Betriebsratssitzung mittels Video- oder Telefonkonferenz ist nur unter engen, im Gesetz regulierten, Voraussetzungen möglich: die Geschäftsordnung des Betriebsrats muss die Vorgaben regeln, es darf nicht mindestens $\frac{1}{4}$ der Mitglieder des Betriebsrats der Durchführung innerhalb einer bestimmten Frist widersprechen und es muss sichergestellt sein, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können. Liegen diese Voraussetzungen bei Durchführung einer virtuellen Sitzung nicht vor, sind die hierbei gefassten Beschlüsse unwirksam. Ferner weist das Gesetz darauf hin, dass eine Aufzeichnung der Sitzung unzulässig ist und selbst dann, wenn eine Betriebsratssitzung mit der zusätzlichen Möglichkeit der Teilnahme mittels Video- und Telefonkonferenz erfolgt, die Teilnahme vor Ort ebenfalls als erforderlich gilt. Dies ist wiederum maßgeblich für den Anspruch auf Arbeitsbefreiung (sowie die damit verbundenen weiteren Aspekte) derjenigen Mitarbeiter, die in Präsenz teilnehmen möchten.

Weiterhin besteht künftig die Möglichkeit, Betriebsvereinbarungen unter Nutzung einer qualifizierten elektronischen Signatur nach § 126 a BGB abzuschließen. Das bringt in der betrieblichen Praxis sicherlich nicht überall Erleichterungen, allerdings kann es durchaus von Vorteil sein, wenn gewünscht ist, einen schnellen

Abschluss herbeizuführen, die Parteien jedoch nicht an einem Ort zusammensitzen. Dies war bislang nicht möglich. Das Gesetz sah vor, dass die sog. Schriftform bei dem Abschluss von Betriebsvereinbarungen einzuhalten und das Dokument von den Betriebspartnern gemeinschaftlich zu unterzeichnen war. Bei anderen Normen wurde die geforderte „Schriftlichkeit“ durchaus weiter ausgelegt, sodass auch bereits bislang bei der Verweigerung der Zustimmung zu personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 Abs. 3 BetrVG oder bei der Äußerung von Bedenken bzw. der Erhebung eines Widerspruchs im Rahmen einer Kündigung nach § 102 BetrVG sogar nur die Textform nach § 126b BGB einzuhalten ist und war. Die elektronische Signatur nach § 126 a BGB wurde auch bereits in anderen Bereichen, in denen das Gesetz die Schriftform vorsah, gestattet. So genügte es bereits in der Vergangenheit, wenn die Übertragung von Betriebsratsaufgaben an den Betriebsausschuss oder andere Ausschüsse nach § 27 Abs. 2 BetrVG oder die Sitzungsniederschrift der Betriebsratssitzung nach § 34 Abs. 1 BetrVG in elektronisch signierter Form erfolgten. Auch wenn dies nicht in allen Bereichen zu erheblichen Erleichterungen im betrieblichen Alltag führt, so zeigt es zumindest die Bereit-

schaft des Gesetzgebers und der Rechtsprechung, sich den Erfordernissen der digitalen Arbeitswelt zu öffnen. Im Rahmen der sonstigen internen und externen Kommunikation im Verhältnis zum Arbeitgeber unterliegt der Betriebsrat in der Regel keinen Formzwängen, sodass diese Arbeit mobil und digital erfolgen kann. Auch besteht die Möglichkeit, die in § 39 BetrVG vorgesehenen Sprechstunden im Wege einer Videokonferenz durchzuführen. Insofern unterliegt der Betriebsrat nicht dem Zwang der persönlichen Teilnahme vor Ort. Allerdings ist der Betriebsrat verpflichtet sicherzustellen, dass auch in der „Videosprechstunde“ höchste Vertraulichkeit gewährleistet ist. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Arbeitgeber jedoch in der Regel nicht verpflichtet sein dürfte, dem Betriebsrat zur Durchführung von „Videosprechstunden“ besondere Software zur Verfügung zu stellen, die ansonsten nicht im Betrieb genutzt wird. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die Abhaltung einer Videosprechstunde erforderlich i. S. v. § 40 Abs. 2 BetrVG wäre – dies dürfte nur im Einzelfall gegeben sein. Ebenso sieht es mit der sonstigen Ausstattung des Betriebsrats mit digitalen Arbeitsmitteln aus. Sicherlich gehören heutzutage ein Telefon sowie ein PC mit der üblichen Ausstattung

zu der gängigen Grundausstattung in den allermeisten Betrieben. Ob weitere Arbeitsmittel (Laptop, iPad, bestimmte Hard- und Software – beispielsweise für das Abhalten von Videokonferenzen) erforderlich sind, beurteilt sich maßgeblich nach den individuellen betrieblichen Anforderungen. Einzig der Aspekt der rechtlichen Zulässigkeit des Einsatzes eines bestimmten Kommunikationsmittels bedeutet nicht im Umkehrschluss, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, es einzuführen bzw. zur Verfügung zu stellen. Insofern ist stets das betriebsübliche Ausstattungsniveau zugrunde zu legen.

Zudem sieht das Betriebsrätemodernisierungsgesetz im Hinblick auf die Ausgestaltung mobiler Arbeit ein neues Mitbestimmungsrecht in § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG vor. Der Gesetzgeber sieht vor, dass mobile Arbeit vorliegt, wenn Mitarbeiter die von ihnen geschuldete Arbeitsleistung unter Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnik außerhalb der Betriebsstätte von einem Ort oder von Orten ihrer Wahl oder von einem mit dem Arbeitgeber vereinbarten Ort oder von mit dem Arbeitgeber vereinbarten Orten erbringen. Nicht nur die regelmäßige, auch die anlassbezogene mobile Arbeit ist erfasst – ebenso die Tätigkeit aus dem

Home-Office. Insofern stellt sich allerdings die Frage, wie viel Neues dieses nunmehr in einer ergänzten Ziffer kodifizierte Mitbestimmungsrecht tatsächlich mit sich bringt. Dem Betriebsrat steht weiterhin kein Initiativrecht zu – er kann also die Einführung mobiler Arbeit nicht erzwingen. Ob der Arbeitgeber mobile Arbeit einführen möchte, obliegt ihm demzufolge weiterhin selbst und damit ist der größte Schrecken, der vor der Einführung mit dieser Ziffer einherging, obsolet. Abzuwarten bleibt jedoch, wie die Rechtsprechung den Begriff „Ausgestaltung“ auslegen wird. Die Gesetzesbegründung hilft hier zwar mit Ansätzen, allerdings birgt dieses neue Mitbestimmungsrecht noch sehr viel Unsicherheit, da die wesentlichen Fragen hinsichtlich seiner Grenzen offen sind. Es ist unklar, wie das Verhältnis zu den anderen Mitbestimmungstatbeständen, die in § 87 BetrVG geregelt sind, zu werten ist. § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG soll wohl einen Auffangtatbestand darstellen – auch sind beispielsweise § 87 Abs. 1 Nr. 1 der Nr. 2 sowie § 87 Abs. 1 Nr. 6 und Nr. 7 BetrVG einschlägig, wenn es um die Ausgestaltung mobiler Arbeit geht. Es bleibt daher abzuwarten, wie viel Platz noch für § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG vorhanden ist. Das hängt jedoch auch davon ab, wie weit die Recht-

sprechung den Begriff der „Ausgestaltung“ auslegen wird. Diskutiert wird, ob tatsächlich der „zeitliche Umfang der mobilen Arbeit“ dem Mitbestimmungsrecht unterworfen sein kann – dies zu Recht, da durchaus in Zweifel zu ziehen ist, ob eine Mitbestimmung hinsichtlich des zeitlichen Anteils der mobilen Arbeit nicht zu sehr in Richtung des „Ob“ der Einführung mobiler Arbeit geht – es sei denn, es geht beispielsweise nur um die Verteilung des vorgegebenen Umfangs auf die Wochentage oder Ähnliches. Auch kann es um Arbeitsschutzgesichtspunkte sowie Datenschutzaspekte gehen, die tägliche Arbeitszeit sowie die Erreichbarkeit der Arbeitnehmer, den konkreten Ort, von dem aus die Tätigkeit gestattet ist, die Ausstattung und deren Kostentragung sowie etwaigen verpflichtenden Anwesenheitstagen im Betrieb (zumindest deren Verteilung – ob auch die Anzahl erfasst sein wird, bleibt abzuwarten – siehe oben). All diese Fragen werden die Gerichte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit beschäftigen.

Auch wenn noch sehr viel im Hinblick auf die Digitalisierung der Arbeitswelt und die damit einhergehenden Rechte und Pflichten des Betriebsrats unklar ist, so hat sich doch auch in diesem Bereich –

insbesondere während der vergangenen zwei Jahre – sehr viel getan. Selbstverständlich wird die Rechtsprechung gefordert sein, sowohl den Aspekt der erforderlichen Ausstattung des Betriebsrats der fortschreitenden Digitalisierung anzupassen als auch die noch offenen Fragen rund um das neu eingeführte Mitbestimmungsrecht zu klären. Bis die ersten (höchstrichterlichen) Entscheidungen vorliegen, sollte vor der Einführung mobiler Arbeit/ der Änderung vorhandener Regelungen sehr genau geprüft werden, inwieweit das Erfordernis der Einbeziehung des Betriebsrats besteht. Sodann wird es Aufgabe der Rechtsprechung sein, die Grenzen des § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG – möglichst eng – zu stecken und Arbeitgebern Leitlinien zum Umgang an die Hand zu geben. ■



Haftung der Geschäftsleitung für ESG-Compliance



Dr. Jan Kraayvanger,
Partner,
Mayer Brown LLP und



Salome Kamenetskaia,
wissenschaftliche Mitarbeiterin,
Mayer Brown LLP

„A business that makes nothing but money is a poor kind of business“ sagte schon Henry Ford. Auch heutzutage dominiert die Auffassung, dass Unternehmen nicht nur die Aufgabe haben, Gewinne zu erwirtschaften. Sie tragen auch soziale Verantwortung und haben über die Einhaltung gewisser ethischer Standards zu wachen – und das nicht nur im eigenen Haus, sondern entlang der gesamten Lieferkette. In diesem Kontext taucht immer öfter der Begriff „ESG“ auf.

ESG steht für Environmental, Social and Corporate Governance – zu Deutsch: „Umwelt, Soziales und Unternehmensführung“. Der Begriff umfasst ethische Standards, zu denen sich Unternehmen freiwillig bekennen, um einen Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung in der Wirtschaft zu leisten, der über die gesetzlichen Mindestanforderungen hinausgeht. Darunter fallen unter anderem Themen wie Compliance, Arbeitnehmerrechte, Chancengleichheit und Umweltschutz.

Zum Teil wurden ESG-Themen aber auch schon durch den Gesetzgeber kodifiziert. Das in Deutschland wohl bekannteste Beispiel dürfte das zukünftige Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetz sein, das voraussichtlich zum 1. Januar 2023 in Kraft treten wird. Bei Verstößen drohen Unternehmen im Einzelfall sowohl erhebliche Ordnungsgelder als auch zivilrechtliche Haftung. Auch das Gesetz zur Frauenquote in Vorständen, welches am 12. August 2021 in Kraft getreten ist, sowie die „EU-Taxonomie-Verordnung“ fallen in den Bereich von ESG. Darüber hinaus lassen sich hierunter auch herkömmliche Gesetze zum Umwelt- und Arbeitnehmerschutz fassen.

Dass sich ein Unternehmen an diese Gesetze halten muss, ist selbstverständlich. Doch auch gesetzeskonforme, aber sozial unerwünschte Verhaltensweisen können zu Vermögensschäden führen, etwa in Form von Reputationsverlust und Wettbewerbsnachteilen.

Ein prominentes Beispiel für einen solchen Reputationsverlust ist die schwedische Marke „Oatly“. Das Unternehmen, das vegane Milch vertreibt, galt lange Zeit als umweltfreundliches Vorzeigunternehmen. Das gute Image des Unternehmens bekam Risse, als herauskam, dass es Aktien im Wert von mehreren Millionen Dollar an eine Unternehmensgruppe verkaufte, zu der der Großinvestor Blackstone gehörte. Nachdem auf Twitter veröffentlicht wurde, dass Blackstone an Brandrodungen im Amazonas-Gebiet beteiligt war, sah sich „Oatly“ mit einem Massenboykott seitens seiner Kunden konfrontiert.

Auch die amerikanische Luxusmarke „Lululemon“ erlitt einen empfindlichen Imageverlust, nachdem das Unternehmen einen Workshop mit dem Slogan „resist capitalism“ veranstaltet hatte. Viele (ehemalige) Kunden empfanden ein solches Verhalten als „heuchlerisch“, angesichts der Tatsache, dass „Lululemon“ Yoga-Leggings für 150\$ pro Stück vertreibt. Auf Social Media wurde massenhaft zum Boykott der Marke aufgerufen. Es ist wohl davon auszugehen, dass „Lululemon“ hohe Marketingkosten auf sich nehmen musste, um den Imageschaden zu beheben.

Diese beiden Beispiele sind keine Einzelfälle. Studien belegen, dass Konsumenten von Unternehmen zunehmend erwarten, klare

Stellung zu beziehen, wenn es um soziale und umweltpolitische Themen geht. Dabei reicht das öffentliche Bekenntnis zu bestimmten Wertvorstellungen nicht mehr aus. Vielmehr wird auch erwartet, dass sich diese Wertvorstellungen im Handeln des Unternehmens wiederfinden.

Häufig legen sich Unternehmen einen Code of Conduct – also einen eigenen Verhaltenskodex – zu, in dem sie sich freiwillig dazu verpflichten, bestimmte Richtlinien bei ihrem Produktionsablauf, Chancengleichheit, Umweltschutz und anderen Themen aus dem Bereich des ESG einzuhalten. Es ist zu erwarten, dass in Zukunft immer mehr Unternehmen von ihren Vertragspartnern dazu angehalten werden, sich zur Einhaltung von ESG-Standards zu bekennen, die über die gesetzlichen Mindeststandards hinausgehen. Ist ein Unternehmen nicht in der Lage, solche Zusagen zu machen und vor allem einzuhalten, drohen auf lange Sicht Wettbewerbsnachteile, Vermögenseinbußen sowie der Verlust von Kunden und Geschäftspartnern. Werden zugesagte ESG-Standards nicht eingehalten, so kann dies ggf. sogar zu Sanktionen in Gestalt von Schadenersatzforderungen, Vertragsstrafen oder Vertragskündigungen führen.

Es stellt sich daher die Frage, inwieweit der Geschäftsleiter dafür verantwortlich ist, dass das Unternehmen ESG-Standards einhält und welche Haftungsrisiken ihm ggf. drohen.

Der Geschäftsführer bzw. Vorstand hat die Aufgabe, das Unternehmen zu führen und es vor Schaden zu bewahren. Zu den maßgeblichen Pflichten des Geschäftsleiters gehört die sogenannte „Legalitätspflicht“. Danach hat er dafür Sorge zu tragen, dass das Unternehmen so organisiert und beaufsichtigt wird, dass es zu keinen Gesetzesverletzungen kommt. In all jenen Bereichen, die

gesetzlich geregelt sind, ist der Geschäftsleiter durch die gesetzlichen Vorgaben gebunden. Er hat keinen Ermessensspielraum, sondern trifft sog. gebundene Entscheidungen. Kommt es dennoch infolge fehlerhafter Organisation oder unzureichender Überwachung seitens der Geschäftsleitung zu einem Gesetzesverstoß, so droht die persönliche, unbeschränkte Haftung des Geschäftsleiters für alle der Gesellschaft aufgrund der Pflichtverletzung entstandenen Vermögensschäden. Die Haftung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften, also nach § 43 GmbHG für den GmbH-Geschäftsführer, nach § 93 AktG für den Vorstand und nach § 116 AktG für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft. Danach ist es ausreichend, wenn das Unternehmen ein Tun oder Unterlassen der Geschäftsleitung darlegt, das möglicherweise eine Pflichtverletzung darstellt und kausal für den Eintritt des Vermögensschadens geworden ist. Es ist dann Aufgabe der Geschäftsleitung, sich im Hinblick auf die Pflichtverletzung oder das Verschulden zu entlasten bzw. zu beweisen, dass es auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten zum Schadenseintritt gekommen wäre.

Anders verhält es sich bei Vermögensschäden, die durch Verhaltensweisen entstanden sind, die zwar nicht ESG-konform, aber gleichwohl gesetzlich zulässig sind. Grundsätzlich steht dem Geschäftsleiter in diesem Bereich, in dem ein konkretes Tun oder Unterlassen aufgrund der Legalitätspflicht nicht zwingend vorgeschrieben ist, ein weites unternehmerisches Ermessen zu. Hat der Geschäftsleiter eine unternehmerische Entscheidung auf angemessener Informationsgrundlage zum Wohle der Gesellschaft und unbeeinflusst von Eigen- oder Drittinteressen getroffen, so liegt eine haftungsbegründende Pflichtverletzung insoweit nicht vor (Business Judgement Rule). Dies bedeutet allerdings, dass der Geschäftsführer bzw. Vorstand im Rahmen seiner unter-



nehmerischen Entscheidung auch die mit ihr einhergehenden sozialen und umweltrelevanten Faktoren zu ermitteln, zu berücksichtigen und zu dokumentieren hat. Denn nur, wenn er die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen in erforderlichem Maße ausgeschöpft hat, kann er das Privileg der Business Judgment Rule für sich in Anspruch nehmen und so der persönlichen Haftung entgehen.

Um Haftungsrisiken zu minimieren, sollte die Geschäftsleitung ihre Organisations- und Überwachungspflichten mit größtmöglicher Transparenz erfüllen und ein geeignetes Risikomanagement installieren. Zu diesem Zweck werden Compliance-Management-Systeme (CMS) implementiert. Die Einrichtung solcher Compliance-Management-Systeme sieht etwa auch der „Deutsche Corporate Governance Codex (DCGK)“ vor, ein Regelwerk, das Standards der „Best Practice“ im Bereich der Unternehmensführung festlegt und entsprechende Empfehlungen und Anregungen für börsennotierte Unternehmen enthält. Bei den herkömmlichen Compliance-Management-Systemen stehen meistens Themenbereiche wie die Prävention von Betrug, Korruption, Geldwäsche und Insiderhandel im Vordergrund. Themen aus dem Bereich des ESG werden zwar auch zum Teil berücksichtigt, spielen aber häufig eine eher untergeordnete Rolle. Dabei wird verkannt, dass nicht ESG-konforme Verhaltensweisen mitunter bedeutende Schäden verursachen können. Das Compliance-Management muss daher so angepasst werden, dass auch ESG-bezogene Themen hinreichend berücksichtigt werden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es bei ESG-Compliance um mehr geht als nur einen idealistischen Text auf der Firmenhomepage und gute Vorsätze. Von Unternehmen wird die Einhaltung ethischer Standards erwartet und Verstöße werden mitunter seitens der Kunden und Geschäftspartner geächtet. Auch ohne dass es zu einem Gesetzesverstoß kommt, sind mit ESG unvereinbare Verhaltensweisen geeignet, erhebliche Wettbewerbsnachteile und Vermögensschäden herbeizuführen.

Geschäftsleiter sollten sich daher intensiv mit für ihr jeweiliges Unternehmen relevanten Themen aus dem Bereich der „ESG-Compliance“ auseinandersetzen, diese „weichen Faktoren“ bei der Organisation und Überwachung der Arbeitsabläufe innerhalb der Gesellschaft berücksichtigen und ihnen insbesondere im Rahmen unternehmerischer Ermessensentscheidungen hinreichend Rechnung tragen. Darüber hinaus ist auch das Compliance-Management auf ESG bezogene Risiken auszuweiten. Versäumt es der Geschäftsleiter, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, so geht er das Risiko ein, im Falle des Schadenseintritts persönlich für die Vermögenseinbußen der Gesellschaft zu haften. ■



Risikomanagement vor dem Hintergrund geänderter Rahmenbedingungen – Eine Betrachtung aus betriebswirtschaftlicher Sicht – Chancen erkennen und Unternehmen stärken



Bernd Peter,
Geschäftsführer, CIA, CISA,
BANSBACH ECONUM
Unternehmensberatung GmbH und



Simon Hart
Senior Manager der
BANSBACH ECONUM
Unternehmensberatung GmbH,
Wirtschaftsprüfer und Steuerberater
BANSBACH GmbH

Aktuelle Entwicklung der Rahmenbedingungen

Die Bedeutung des Risikomanagements nimmt derzeit massiv zu. Dies liegt sowohl an geänderten rechtlichen Rahmenbedingungen als auch an einem gestiegenen Risikobewusstsein aufgrund der zunehmenden Komplexität des Unternehmensumfelds.

So wurde mit dem Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (kurz: StaRUG) die rechtliche Grundlage für eine verpflichtende Einführung eines Krisenfrüherkennungssystems geschaffen.

Des Weiteren wurde durch das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (kurz: FISG) die Verpflichtung zur Einführung von wirksamen internen Kontroll- und Risikomanagementsystemen für börsennotierte Aktiengesellschaften normiert und der bisherige Anwendungsbereich, der nur die Risikofrüherkennung im Blick hatte, erweitert. Diese Normierung entfaltet auch Ausstrahlungswirkung auf Unternehmen anderer Rechtsformen.

Nicht zuletzt hat die Corona-Pandemie die Relevanz eines funktionsfähigen Liquiditätsmanagements und der kontinuierlichen Ermittlung des verfügbaren Schuldendeckungspotenzials branchen- und rechtsformübergreifend verdeutlicht. Beides sind relevante Parameter bei der Bestimmung der unternehmensindividuellen Risikotragfähigkeit und damit Bestandteile des Risikomanagementsystems.

Der Blick über den Tellerrand – Bleiben Sie nicht bei den rechtlichen Verpflichtungen rund um das Risikomanagement stehen!

Die rechtlichen Verpflichtungen mit allen daraus resultierenden Folgen für das Leitungsorgan eines Unternehmens sind definiert und werden kontinuierlich konkretisiert und erweitert.

Das Ziel des Unternehmers beziehungsweise der Geschäftsführung sollte aber sein, das Erfordernis „Risikomanagement“ nicht allein als rechtliche Bürde zu begreifen. Vielmehr sollte der Anspruch sein, die betriebswirtschaftlichen Aspekte zu erkennen. Ein angemessenes und funktionsfähiges Risikomanagementsystem stellt vor allem ein wirksames Instrument zur Unternehmenssteuerung dar. Benchmarkstudien legen aber nahe, dass das Risikomanagement nur von rund einem Drittel aller Unternehmen auch tatsächlich für Steuerungszwecke eingesetzt wird.

Im Folgenden sollen die Voraussetzungen für eine Unternehmenssteuerung unter Zuhilfenahme des Risikomanagements sowie die Grundzüge der Implementierung eines solchen Systems näher beleuchtet werden. Des Weiteren möchten wir erläutern wie es gelingen kann, das Risikomanagement in den Unternehmensablauf einzubetten um nachhaltige Unternehmenserfolge zu sichern.

Risikomanagement aus betriebswirtschaftlicher Sicht

Der Begriff „Risiko“, steht für die negative Abweichung zu einem definierten Sollzustand oder einem gesetzten Ziel. Risiken entstehen für Unternehmen dabei aufgrund von Unsicherheiten oder unvollständigen Informationen in Bezug auf zukünftige Entwicklungen und Ereignisse.

Ein angemessenes und funktionsfähiges Risikomanagement erfasst nunmehr alle Tätigkeiten, die darauf ausgerichtet sind, diese unternehmensindividuellen Risiken systematisch und möglichst frühzeitig zu erkennen, diese zu steuern und zu überwachen.

Es genügt dabei nicht, lediglich bereits identifizierte Risiken zu überwachen. Das Risikomanagement muss ein lebendes System sein, denn primär geht es um fortlaufende Transparenz über unternehmensindividuelle Risiken und das Erkennen etwaiger Krisen. Je präziser dies gelingt, desto größer ist stets der bestehende

Handlungsspielraum, der einer Geschäftsführung für die Reaktion auf die Risiken und das entsprechende Gegensteuern bleibt.

Identifikation von Risiken

Voraussetzung für die Implementierung eines angemessenen und funktionsfähigen Risikomanagementsystems ist jedoch in einem ersten Schritt, dass die Unternehmensrisiken auch identifiziert werden. Diese sind vielfältig und stets individuell.

Eine sorgfältige Risikoanalyse erfordert daher Zeit, Erfahrung aber auch Unternehmenskenntnis. Eine Blaupause kann folglich nicht existieren. Die häufigsten Risiken stellen erfahrungsgemäß Risiken im Bereich der Bedrohung von Kernkompetenzen oder Wettbewerbsvorteilen, die Abhängigkeiten von Kunden oder Lieferanten sowie Nachfrage- und Absatzpreisschwankungen dar – wobei diese konjunkturell oder strukturell bedingt sein können. Des Weiteren spielen aber auch

Haftpflichtschäden, stetig steigende Personalkosten, Compliance-Verstöße und Nachhaltigkeitsthemen, wie beispielsweise die Kosten für eine CO₂-Bepreisung, im Rahmen der Risikoanalysen eine zunehmende Rolle.

Implementierung eines Managementsystems

Sind die Risiken identifiziert worden, so gilt es, diese anhand einer Relevanzskala auf die spezifischen unternehmensrelevanten Risiken zu verdichten. Nach einer ersten groben Bewertung kann hieraus das Risikoinventar, das heißt die Summe aller individuellen Risiken, abgeleitet werden.

Um das Risikomanagementsystem ziel führend für die Unternehmenssteuerung einsetzen zu können, ist eine hieran anschließende vertiefende Risikoquantifizierung unerlässlich, denn nur, wenn ein Risiko in Zahlen ausgedrückt ist, lassen sich hieraus Schlussfolgerungen ziehen.

Diese Schlussfolgerungen sind vielschichtig: So ermöglicht eine erfolgte Risikoquantifizierung eine Aussage zum Eigenkapital- und Liquiditätsbedarf – letztlich zur Risikotragfähigkeit des Unternehmens. Die Risikoquantifizierung und der hierdurch definierbare „Risikoappetit“ können als Grundlage für unternehmerische Entscheidungen, für das Abwägen von Chancen und Risiken dienen. Die Frage nach der ökonomisch sinnvollen Höhe einer Versicherungsprämie oder der Relevanz eines Sicherungsgeschäfts ist beantwortbar. Gleichzeitig spiegelt sich die Summe der quantifizierten Risiken auch in Kapitalkostensätzen wider. Nicht zuletzt ist die Quantifizierung der Risiken auch Voraussetzung für eine Aggregation der Risiken und die Simulation verschiedener Eintrittsszenarien.

Wichtig ist dabei, die Risikoquantifizierung anhand korrekter mathematischer Methoden vorzunehmen. Die simple Formel „Eintrittswahrscheinlichkeit mal erwartete Schadenshöhe“ wird dem Charakter der meisten Risiken nicht gerecht.

Einbettung des Risikomanagementsystems in das Unternehmen

Wie gelingt nun die Einbettung eines aufgesetzten Risikomanagements in die Unternehmenslandschaft – was letztlich Voraussetzung für die fortlaufende Funktionsfähigkeit des Systems und damit auch die gewünschte, mögliche Unternehmenssteuerung ist?

Unerlässlich hierfür ist zunächst eine entsprechende Risikokultur, welche die grundsätzliche Einstellung und die Verhaltensweisen beim Umgang mit Risikosituationen umfasst. Sie ist prägend für das Risikobewusstsein eines jeden Mitarbeiters und muss diesen seitens des Managements entsprechend vorgelebt werden.

Des Weiteren ist von herausragender Bedeutung, dass der Aufbau des Risikomanagementsystems transparent ist und Verantwortungsbereiche und Rollen klar definiert und abgegrenzt, aber auch kommuniziert und dokumentiert werden.

Nur so kann gewährleistet werden, dass Maßnahmen zur Reduktion von Risiken sowie implementierte Kontrollen fortlaufend durchgeführt werden.

Chancen erkennen und Unternehmen stärken

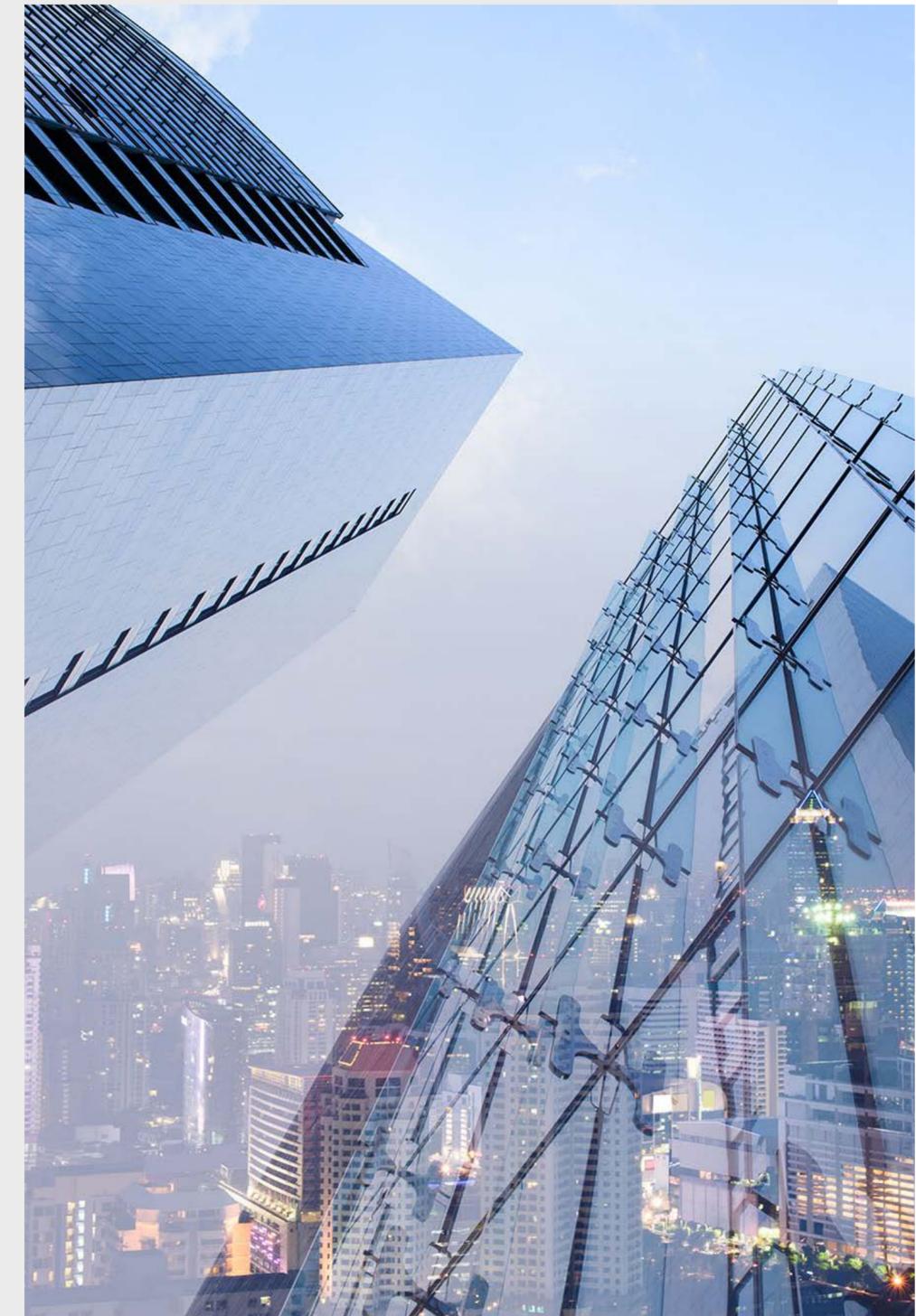
Fakt ist: Es besteht eine Korrelation zwischen einem funktionsfähigen Risikomanagement, nachhaltigen Unternehmenserfolgen und damit auch der Zukunftsfähigkeit eines Unternehmens.

Im Gegensatz zu einer reinen Auswertung der Jahresabschlüsse und der Ermittlung von Kennzahlen (etwa der Kapitalquoten, des dynamischen Verschuldungsgrads oder der Zinsdeckungsquote), was einem Blick in die Vergangenheit entspricht, ist ein gelebtes und funktionsfähiges Risikomanagement der Blick in die Gegenwart und Zukunft.

In einem funktionsfähigen Risikomanagementsystem, in welchem Risiken korrekt identifiziert und quantifiziert wurden, sind Rückschlüsse auf eine eventuell erforderliche Adjustierung der Unternehmensstrategie und -planung, des Geschäftsmodells, der Absatzstrategie von Produkten und Dienstleistungen usw. möglich. Unternehmen mit einem entsprechenden Risikomanagementsystem sind in der Lage, Veränderungen zu erkennen und – wichtiger noch – angemessen auf diese Veränderungen zu reagieren.

Durch ein funktionsfähiges Risikomanagementsystem können die Auswirkung von Risikoszenarien auf die Gewinn- und Verlustrechnung, d.h. auf die Ertragslage des Unternehmens und infolgedessen auch auf die Vermögens- und die Liquiditätslage dargestellt und entsprechend ausgewertet werden. Somit tragen die aus dem Risikomanagement gewonnenen Informationen zu verbesserten Entscheidungen der Unternehmensleitung bei.

Unsere Empfehlung lautet bei allen Änderungen der Rahmenbedingungen daher, den zunächst vielleicht wahrgenommenen Druck als Chance zu begreifen, sich eigenen Stärken, Schwächen, Chancen und Risiken zu stellen. Ihr Unternehmen wird hiervon profitieren. ■



Aufräumen bei der betrieblichen Altersversorgung – Chancen und Risiken bei der Abfindung von Versorgungsanwartschaften



Dr. Charlotte Beck,
Rechtsanwältin | Fachanwältin
für Arbeitsrecht, Partner und



Gero Thole,
Rechtsanwalt,
ALTENBURG Fachanwälte für
Arbeitsrecht Partnerschaft von
Rechtsanwälten mbB

Es gibt zahlreiche Gründe, um bei der betrieblichen Altersversorgung „aufzuräumen“: Die Reduktion von Verwaltungsaufwand, ein Abbau finanzieller Risiken oder die Optimierung der Bilanz sind nur Beispiele. Mittel der Wahl ist die Abfindung, also der Verzicht des Begünstigten auf seine Ansprüche im Austausch gegen eine Zahlung. Bei Abfindungsprogrammen ist jedoch Vorsicht geboten, denn vorschnell vereinbarte Abfindungen können im Ergebnis teuer für das Unternehmen werden. Rentenanwartschaften dürfen nämlich nur in den Grenzen des § 3 Betriebsrentengesetz (BetrAVG) abgefunden werden. Dieser regelt, wann Abfindungsvereinbarungen zulässig sind, unter welchen Umständen Arbeitgeber oder Arbeitnehmer eine Abfindung auch gegen den Willen der anderen Seite verlangen kann und wie die Abfindung zu berechnen ist.

Welche Risiken bestehen bei Abfindungen?

Sensibilität für den Problemkreis ist wichtig, denn nicht selten geht es um erhebliche Beträge – insbesondere, wenn mehrere Arbeitnehmer abgefunden werden sollen.

Abfindungsvereinbarungen, die gegen § 3 BetrAVG verstoßen, sind unwirksam. Daher bleiben die Ansprüche des Arbeitnehmers bestehen, sodass dieser trotz Erhalt der Abfindung später eine entsprechende Rente verlangen kann. Durch die Rechtsprechung ist nicht abschließend geklärt, ob der Arbeitgeber den erfolglos gezahlten Abfindungsbetrag stets zurückfordern oder auf die ausstehenden Rentenansprüche anrechnen kann. Eine Doppelzahlung von Abfindung und Rentennachzahlung ist daher nicht ausgeschlossen.

Wann kann der Arbeitgeber einseitig ablösen?

Neben den Einschränkungen für Abfindungsvereinbarungen gewährt § 3 BetrAVG sowohl Arbeitgebern als auch Arbeitnehmern Ablösungsrechte, nach denen Rentenanwartschaften ohne Zustimmung des jeweils anderen abgefunden werden können.

Zunächst können Arbeitgeber auch gegen den Willen des Arbeitnehmers Bagatellanwartschaften abfinden. Dabei handelt es sich um Anwartschaften, bei denen der Monatsbetrag der resultierenden laufenden Leistung bei Erreichen der Altersgrenze 1% der monatlichen Rentenbezugsgröße nicht übersteigt. Bei Kapitalleistungen beträgt der Grenzwert 120% der monatlichen Bezugsgröße. Für 2021 bedeutete das EUR 32,90 bzw. EUR 31,15 (Ost) bei laufenden Leistungen und EUR 3.948,00 bzw. EUR 3.738,00 (Ost) für Kapitalleistungen. Ausnahmen von diesem Abfindungsrecht bestehen nur, wenn der Arbeitnehmer von seinem Recht auf Übertragung der Anwartschaft Gebrauch macht oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein neues Arbeitsverhältnis im EU-Ausland eingeht und dies innerhalb von drei Monaten mitteilt.

Ein weiteres Abfindungsrecht gewährt die Norm im Falle der Insolvenz. Wird das Unternehmen nach einem Insolvenzverfahren unter Einstellung der Betriebstätigkeit liquidiert, können die Anwartschaften, die während des Verfahrens verdient worden sind, einseitig abgefunden werden.

Wovon kann man sich einvernehmlich trennen?

Im Ausgangspunkt kann jede Anwartschaft oder laufende Leistung durch Vertrag abgefunden werden, solange das Verbot des § 3 BetrAVG nicht entgegensteht. Dieses ist jedoch relativ umfangreich.

Während des **laufenden Arbeitsverhältnisses** umfasst das Verbot die gesetzlich unverfallbaren Anwartschaften, wenn ein Zusammenhang zwischen der Abfindung und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht. Damit sind zum einen Abfindungsvereinbarungen über Anwartschaften zulässig, die nicht oder nur auf-

grund einer vertraglichen Regelung unverfallbar sind. Vor allem können jedoch Abfindungen vereinbart werden, soweit keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Raum steht. Es kommt darauf an, ob ein Zusammenhang zwischen der Beendigung und der Abfindung besteht. Dies muss nicht notwendigerweise ein zeitliches Zusammentreffen bedeuten: Maßgeblich ist vielmehr eine inhaltliche Verknüpfung. In jedem Fall unwirksam sind damit Abfindungsvereinbarungen in Aufhebungs- oder Abwicklungsverträgen und solche, die nach einer bereits ausgesprochenen Kündigung getroffen werden. Das Verbot kann nicht dadurch umgangen werden, dass die Vereinbarung vor dem Ausspruch der Kündigung erfolgt, wenn letztere schon geplant ist.



Für bereits **laufende Leistungen** dürfen keine Abfindungen vereinbart werden, es sei denn, sie wurden erstmals vor dem 01.01.2005 gezahlt (präziser: hätten gezahlt werden müssen). Denn das Abfindungsverbot für laufende Leistungen wurde erst zu diesem Zeitpunkt durch das Alterseinkünftegesetz eingeführt. § 30g Abs. 3 BetrAVG regelt insoweit, dass die neue Regelung nicht rückwirkend anzuwenden ist.

Vorsicht ist schließlich bei **Betriebsübergängen** geboten. In der Vereinbarung von Abfindungen beim Veräußerer im Vorfeld des Inhaberwechsels kann eine unzulässige Umgehung von § 613a BGB, der Vorschrift zum Betriebsübergang, liegen. Dies ist insbesondere bei der Due Diligence vor einer Akquisition zu prüfen.

Besonderheiten bei Organen der Gesellschaft

Erweiterte Gestaltungsmöglichkeiten bestehen für die Anwartschaften von Organmitgliedern von Kapitalgesellschaften – insbesondere also GmbH-Geschäftsführer. Die Rechtsprechung ermöglicht Organen und den Gesellschaften, von den Vorschriften des BetrAVG im gleichen Umfang abzuweichen, wie dies Tarifvertragsparteien möglich wäre. Im Ergebnis ist die Abfindung daher für amtierende Gesellschaftsorgane möglich, sodass beispielsweise in deren Dienstverträge weitergehende einseitige Abfindungsrechte der Gesellschaft aufgenommen werden können oder die Abfindung in einem Aufhebungsvertrag vereinbart werden kann. Es gelten nur die allgemeinen Bestimmungen – beispielsweise zur Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen. Für beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer gelten die Regelungen des BetrAVG und damit die Einschränkungen für die Abfindung nicht.

Wann können Arbeitnehmer eine Abfindung verlangen?

In praktisch seltenen Fällen haben auch Arbeitnehmer die Möglichkeit, einseitig eine Abfindung zu beanspruchen. Dies setzt voraus, dass ihre Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung erstattet wurden. Das betrifft zum einen nicht versicherungspflichtige Versicherte, die kein Recht zur freiwilligen Versicherung haben. Zum anderen kann dies bei Versicherten oder deren Hinterbliebenen der Fall sein, wenn die Regelaltersgrenze erreicht, aber die Wartezeit noch nicht erfüllt wurde.

Höhe der Abfindung

Sind abfindbare Anwartschaften oder laufende Leistungen identifiziert, müssen die Vorgaben für die Höhe der Abfindung beachtet werden. Die Abfindung muss nach herrschender Meinung auch außerhalb der in § 3 BetrAVG vorgesehenen Abfindungsfälle mindestens dem Betrag entsprechen, der im Falle einer Übertragung der Anwartschaft oder laufenden Leistung auf einen neuen Arbeitgeber maßgeblich wäre. Sie ist nicht gleichzusetzen mit dem Betrag der Pensionsrückstellungen in der Steuerbilanz. Bei einer Direktzusage oder einer Unterstützungskasse entspricht dies dem Barwert der künftigen Versorgungsleistung im Zeitpunkt der Abfindung. Dieser ist nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik zu berechnen. Bei Pensionsfonds, Pensionskasse oder Direktversicherung ist der Mindestbetrag gleich dem gebildeten Kapital im Zeitpunkt der Übertragung. Freiwillige Abfindungsprogramme sind nur dann effektiv, wenn auch genügend Arbeitnehmer daran teilnehmen. Dies ist leichter zu erreichen, wenn die Abfindungssumme für die Arbeitnehmer attraktiver ist als die künftige Rentenleistung.

Zustimmungserfordernisse des Betriebsrats

Schließlich ist noch zu beachten, dass die Wirksamkeit einer Abfindungsregelung häufig von der Zustimmung des Betriebsrats abhängt, wenn im Unternehmen ein solcher besteht. Dies betrifft zunächst alle Anwartschaften und laufenden Leistungen, die sich aus einer Betriebsvereinbarung ergeben. Denn das BetrVG sieht vor, dass ein Verzicht auf Rechte aus einer Betriebsvereinbarung nur mit Zustimmung des Betriebsrats möglich ist. Eine Abfindungsregelung ist stets auch mit dem Verzicht auf die Anwartschaft verbunden. Weiter besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, wenn eine Regelung geschaffen wird, die sich auf mehrere Arbeitnehmer auswirkt. Soll beispielsweise ein Abfindungsprogramm eingeführt werden, das Abfindungsmöglichkeiten nach allgemeinen Regeln vorsieht, ist der Betriebsrat einzubinden.

Fazit

Festzuhalten bleibt, dass Abfindungen ein nützliches Werkzeug sein können, um sich von unliebsamen Rentenansprüchen zu befreien. Unternehmen und ihre Geschäftsführer müssen sich jedoch bewusst sein, dass eine solche Abfindung nicht immer zulässig ist und Verstöße gegen die Abfindungsverbote mit erheblichen finanziellen Schäden verbunden sein können. Bei dem Abschluss einer Vereinbarung oder der Einführung eines Abfindungsprogramms ist zudem darauf zu achten, dass die Höhe der Abfindung angemessen gewählt wird und eventuell der Betriebsrat beteiligt wird. Für wirtschaftlich bedeutende Vereinbarungen oder Programme empfiehlt sich daher eine professionelle Beratung. ■



(Weiter-) Arbeiten unter den Vorzeichen von Corona



Susanne Schröder
Geschäftsführerin/Partnerin
Rechtsanwältin/Fachanwältin für
Arbeitsrecht
Lehrbeauftragte der Hochschule
der Bayerischen Wirtschaft (HDBW)
für Wirtschaftsrecht



Sandra Weitl-Ott LL.M.Eur.
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht
BTU SIMON GMBH
Rechtsanwaltsgesellschaft
Steuerberatungsgesellschaft

I. Wichtiges rund ums Homeoffice

Corona hat die (Arbeits-) Welt immer noch fest im Griff. Der Gesetzgeber hat die Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer*innen im Fall von Büroarbeit und bei vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entstehen. Gleichzeitig müssen die Arbeitnehmer*innen dieses Angebot annehmen, wenn ihrerseits keine Gründe entgegenstehen. Die Regelung in § 28 b IV Infektionsschutzgesetz gilt zunächst bis 19. März 2022. Ungeachtet dieser Verpflichtung entspricht das Homeoffice in vielen Fällen dem Zeitgeist, es kann Vorteile für Arbeitgeber und Arbeitnehmer*innen bieten. Man darf gespannt sein, ob die neue Ampelregierung eine dauerhafte gesetzliche Grundlage für einen Anspruch auf Arbeiten im Homeoffice nach der Pandemie schafft, den es aktuell noch nicht gibt.

Was aber sind die rechtlichen Rahmenbedingungen rund ums Homeoffice? Wer übernimmt die Betriebskosten? Gilt der betriebliche Arbeitsschutz auch im Homeoffice? Wer haftet bei Schäden und Unfällen? Wie steht es um die Datensicherheit? Bitte denken Sie bei allen im folgenden angesprochenen Themen immer auch an etwaige Mitbestimmungsrechte Ihres Betriebsrats.

1. Abgrenzung Telearbeit / Mobiles Arbeiten

Der Gesetzgeber schreibt dem Arbeitgeber keinen voll eingerichteten Telearbeitsplatz vor, sondern erlaubt auch das einfacher umzusetzende Mobile Arbeiten. Die Unterscheidung ist für die rechtliche Beurteilung relevant.

Bei Telearbeit handelt es sich nach § 2 (VII) Arbeitsstättenverordnung um vom Arbeitgeber fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Arbeitnehmer*innen. Die benötigte Ausstattung mit Mobiliar, Arbeitsmitteln einschließlich Kommunikationseinrichtungen wird durch den Arbeitgeber oder eine von ihm instruierte Person bereitgestellt und installiert. Die Telearbeit muss im Arbeitsvertrag geregelt werden. Vor der Einrichtung des häuslichen Arbeitsplatzes muss der Arbeitgeber eine Gefährdungsbeurteilung erstellen und die häuslichen Umstände erfragen.

Hiervon zu unterscheiden ist das Mobile Arbeiten, das ein ortsunabhängiges Arbeiten ermöglicht. Es trägt den gestiegenen Mobilitätsanforderungen an die Arbeitswelt Rechnung. Anders als bei der Telearbeit unterliegt das Mobile Arbeiten nicht der Arbeitsstättenverordnung, gleichwohl hat der Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht. Die Pflichten des Arbeitgebers liegen in erster Linie darin, über einen eigenverantwortlichen Umgang mit Risiken zu informieren und die Arbeitnehmer*innen entsprechend zu schulen.

2. Wer übernimmt die Betriebskosten für das Homeoffice?

Wenn nicht ohnehin der Arbeitgeber die Betriebsmittel stellt, so können Arbeitnehmer*innen im Zuge des Aufwendungsersatzes die Kosten für zuhause entstandene betriebliche Tätigkeiten vom Arbeitgeber verlangen, sofern sie für die Arbeitstätigkeit erforderlich sind, § 670 BGB. Hierzu gehören z.B. die Kosten für Papier, Drucker, PC und Telefongerät. Abweichende Regelungen können vereinbart werden. Sollten die Arbeitnehmer*innen Ersatz für das (auch privat genutzte) WLAN und /oder eine Beteiligung an den Mietkosten für das häusliche Arbeitszimmer verlangen, sollte eine Lösung in Form einer pauschalierten monatlichen Abgeltung gesucht werden. Erstattungsbeträge können steuerlich begünstigt und von der Sozialversicherung befreit sein.

3. Gilt der betriebliche Arbeitsschutz auch im Homeoffice?

Sowohl bei Telearbeit als auch bei Mobilem Arbeiten finden die betrieblichen Arbeitsschutzvorschriften uneingeschränkt Anwendung. Gleiches gilt für das Arbeitszeitgesetz. Wenngleich bei Mobilem Arbeiten die Arbeitsstättenverordnung keine Anwendung findet, muss der Arbeitgeber aktuell nach § 4.2.4 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel die Arbeitnehmer*innen in ergonomischer Arbeitsplatzgestaltung und der Nutzung der Arbeitsmittel (z.B. korrekte Bildschirmposition, möglichst separate Tastatur und Maus, richtige und wechselnde Sitzhaltung und Bewegungspausen) unterweisen.

Da der Arbeitgeber wegen Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) nicht einfach die Wohnung der Arbeitnehmer*innen betreten darf,

empfiehlt es sich, zu vereinbaren, dass dem Arbeitgeber Zutritt zum Homeoffice-Arbeitsplatz zur Ausübung der Kontrolle gesetzlicher Pflichten gewährt wird.

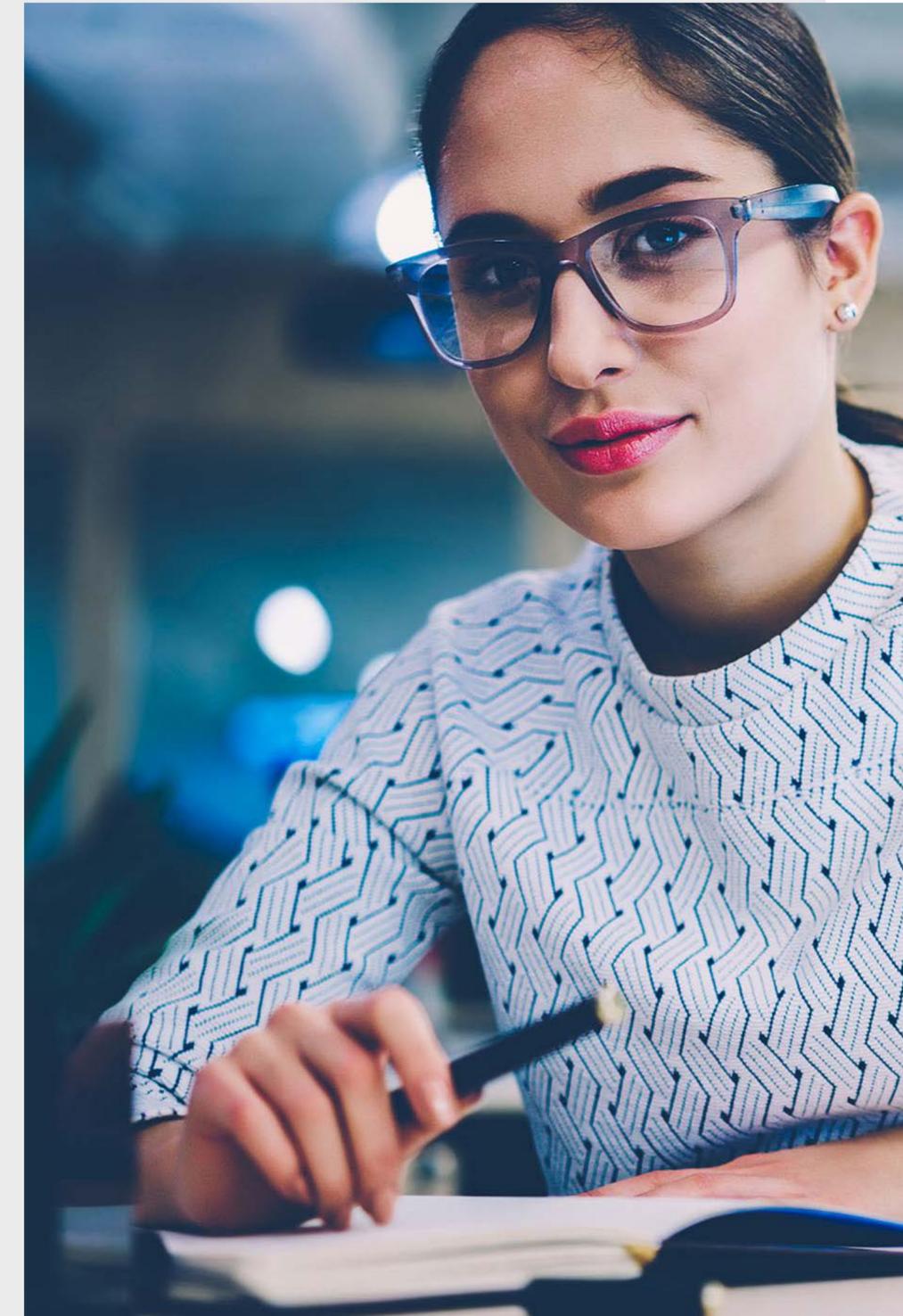
4. Schutz bei Schäden und Unfällen?

Der Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung greift zugunsten von Arbeitnehmer*innen grundsätzlich auch bei Telearbeit und Mobilem Arbeiten. Allerdings ist stets zu prüfen, ob der dafür erforderliche „innere Zusammenhang“ zwischen der Arbeitstätigkeit und dem Unfallgeschehen bejaht werden kann. Relevant wird dies z.B. bei Unfällen, die abseits vom Heimarbeitsplatz etwa auf dem Weg in die Küche passieren. Hier sind nach dem Bundessozialgericht Wege z.B. auf der häuslichen Treppe keine „Betriebswege“. Der Weg zur Küche und die Küche selbst zählen zum persönlichen Lebensbereich und dementsprechend nicht zum Arbeitsplatz und Unfälle dort sind entsprechend nicht versichert.

5. Wie steht es um die Datensicherheit?

Ungeachtet der Frage, von wo aus gearbeitet wird, gelten die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).

Für den Arbeitgeber stellt dies ein Problem dar: Während er gesetzlich weiter voll als Verantwortlicher im Sinne des Datenschutzrechts gilt, hat er bei Mobilem Arbeiten nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten, den Umgang mit Daten zu steuern und zu kontrollieren. Zugleich besteht im Unterschied zur Arbeit im Büro naturgemäß ein erhöhtes Risiko von Datenpannen, z.B., wenn Dritte



in der Öffentlichkeit, z.B. bei Arbeit im Zug oder einem Café, Einblicke in vertrauliche Inhalte nehmen oder Daten oder Datenträger abhandeln.

Arbeitgebern ist zu empfehlen, die Sicherheitsbedingungen möglichst anzupassen und Dienstanweisungen zu erteilen und zu dokumentieren, z.B. Pflichten

- zur Vergabe und Nutzung von Passwörtern,
- zum raschen Aktivieren von passwortgeschützten Bildschirmschonern,
- zum Einsperren von Betriebsmitteln während der Freizeit,
- zur Verwendung von Sichtschutz für Monitore,
- zur sicheren Entsorgung von ausgedruckten Unterlagen, am besten am Reißwolf im Betrieb.

Zugleich sollte möglichst der Zugang auf betriebliche Inhalte nur über eine gesicherte Remote-Ebene erfolgen. Bei Missachtung entsprechender Dienstanweisungen durch Arbeitnehmer*innen haften diese für Schäden nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadenausgleichs.

6. Haftungsthemen

Generell gelten im Homeoffice wie auch im Betrieb die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadenausgleichs, d.h. die Arbeitnehmer*innen haften dem Arbeitgeber je nach Intensität der Pflichtwidrigkeit. Bei leichter Fahrlässigkeit haften Arbeitnehmer*innen nicht, bei mittlerer Fahrlässigkeit anteilig und bei großer Fahrlässigkeit bzw. Vorsatz haften die Arbeitnehmer*innen in vollem Umfang.

II. Corona Wirtschaftshilfen verlängert bis Ende März 2022

Die Corona Wirtschaftshilfen wurden bis Ende März 2022 verlängert. Damit werden Unternehmen, Soloselbständige und selbständige Angehörige der freien Berufe unterstützt, die weiterhin unter coronabedingten Einschränkungen leiden.

Voraussetzung für einen Antrag ist wie bei der laufenden Überbrückungshilfe III Plus weiterhin ein durch Corona bedingter Umsatzrückgang von 30 Prozent im Vergleich zum Referenzmonat im Jahr 2019. Der maximale Fördersatz der förderfähigen Fixkosten beträgt 90 Prozent bei einem Umsatzrückgang von über 70 Prozent.

Geltend gemacht werden können (wie bisher) die Kosten z.B. für Miete, Zinsaufwendungen für Kredite, Ausgaben für Instandhaltung, Versicherungen, Finanzierungskostenanteil von Leasingraten, Lizenzgebühren und Kosten für Steuer- und Rechtsberatung, die im Rahmen mit der Antragstellung anfallen. Kostenpositionen, wie Modernisierungs- oder Renovierungsausgaben, die seit dem Förderzeitraum November 2020 von vielen Unternehmen genutzt wurden, sind künftig keine förderfähigen Kostenpositionen mehr.

Außerdem wurden die beihilferechtlichen Höchstgrenzen um 2,5 Mio. Euro erhöht. Damit sind maximal, unter Berücksichtigung aller beihilferechtlichen Vorgaben, über alle Programme hinweg 54,5 Mio. Euro Förderung pro Unternehmen und Unternehmensverbund möglich. Der maximale monatliche Förderbetrag liegt weiterhin bei 10 Mio. Euro.

Zudem besteht die Option eines geänderten und verbesserten Eigenkapitalzuschusses für Unternehmen, die im Dezember 2021 und Januar 2022 durchschnittlich einen covidbedingten Umsatzeinbruch von mindestens 50 % nachweisen können. Sie können einen Zuschlag von bis zu 30 % auf die Fixkostenerstattung nach den Ziff. 1. bis 11 des Fixkostenkatalogs erhalten.

III. Arbeitnehmerbindung

Der Corona-Bonus wurde verlängert. Ein Betrag in Höhe von einmalig bis zu 1.500 Euro pro Arbeitgeber kann bis Ende März 2022 als Beihilfe und Unterstützung aufgrund der durch die Corona-Krise entstandenen Belastungen steuer- und sozialversicherungsfrei an die Arbeitnehmer*innen zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn ausbezahlt oder auch als Sachbezug gewährt werden.

IV. Urlaub

Fallen aufgrund von Kurzarbeit einzelne Arbeitstage vollständig aus, ist dies bei der Berechnung des Jahresurlaubs zu berücksichtigen. Der Arbeitgeber darf also den Urlaub entsprechend kürzen. Das hat das Bundesarbeitsgericht kürzlich entschieden (Urteil vom 30.11.2021, Az. 9 AZR 225/21).

V. Arbeitsunfähigkeit

In aller Regel führt an einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung „kein Weg vorbei“ – ihr wohnt einer hoher Beweiswert inne. Dieser kann aber erschüttert sein, wenn ein Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis kündigt und er am Tag der Kündigung arbeitsunfähig krankgeschrieben wird. Dies gilt besonders dann, wenn die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfasst, so das Bundesarbeitsgericht in seinem neuen Urteil vom 08.09.2021 – 5 AZR 149/21. ■



EU-Whistleblowing-Richtlinie: Dialog statt Einbahnstraße

Wie funktioniert ein hochwertiges und effizientes Hinweisgebersystem?



Stephanie Kappen,
Rechtsanwältin,
Bette Westenberger Brink Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Bereits Ende 2019 trat die Europäische Richtlinie zum Hinweisgeberschutz (RL EU 2019/1937) in Kraft. Sie definiert Maßnahmen, die einen einheitlichen Schutz von Hinweisgebern in Europa sicherstellen sollen. Mit den Schutzmaßnahmen korrespondieren Pflichten für Unternehmen und die öffentliche Hand.

Jedes Unternehmen ab 50 Mitarbeitern muss auf Grundlage der Richtlinie künftig besondere interne Meldekanäle einrichten, über die ein Hinweisgeber mögliche Verstöße melden kann. Bei der Abgabe der Meldung muss die Vertraulichkeit des Inhalts sowie der Identität des Hinweisgebers geschützt sein. Bezüglich aller in der Meldung enthaltenen Daten müssen die Anforderungen der DSGVO beachtet werden.

Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet

Die Richtlinie hätte von Deutschland bis zum 17.12.2021 in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Dies ist bisher nicht passiert. Nach der Überschreitung der Umsetzungsfrist hat die EU-Kommission im Januar 2022 ein Vertragsverletzungsverfahren gegenüber Deutschland eingeleitet. Die amtierende Regierungskoalition hat sich in ihrem Koalitionsvertrag dazu verabredet, die Anforderungen der EU-Richtlinie praktikabel umzusetzen. Seit dem 06.04.2022 liegt nun ein neuer Entwurf eines deutschen Hinweisgeberschutzgesetzes vor bezüglich dessen das Bundesjustizministerium eine Beschlussfassung im Juni 2022 anstrebt.

Mindeststandards sind verbindlich

Unabhängig vom Ausgang der Abstimmung des Gesetzesentwurfes ist allerdings jetzt schon klar, dass die Regelungen der EU-Richtlinie den Mindeststandard definieren. Über das nationale Gesetz können allenfalls noch mehr Pflichten dazukommen, keinesfalls kann es aber unter dem Inhalt der Richtlinie zurückbleiben. Insofern empfiehlt es sich für Unternehmen, die verbleibende Zeit für die Einführung eines richtlinienkonformen Meldekanals zu nutzen. Wenn das deutsche Gesetz erst einmal umgesetzt ist, sind Fristen für die Implementierung zu erwarten und es steht in Aussicht, dass bei Nichtumsetzung ein Bußgeld droht.

Fortlaufend geschützter Dialog

Die Richtlinie definiert nicht nur die Pflicht, einen internen Meldekanal einzurichten, sondern sie macht auch Maßgaben für die Funktionalitäten, die ein Meldekanal aufweisen muss. Das ist eine Neuerung im deutschen Recht, denn auch wenn es schon bisher in vereinzelt Branchen, wie z.B. in der Finanzbranche, Verpflichtungen zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems gab, so war bisher die inhaltliche Ausgestaltung im Wesentlichen frei und es existierten keinerlei gesetzliche Rahmenvorgaben diesbezüglich.



Konkret verlangt die EU-Richtlinie:

- Vorhaltung eines internen Meldekanals für alle Unternehmen mit 50 oder mehr Beschäftigten
- Wahrung der Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers
- Einrichtung der Möglichkeit zur schriftlichen oder mündlichen Kommunikation
- Rückmeldung an den Hinweisgeber als Eingangsbestätigung (innerhalb max. 7 Tagen)
- Rückmeldung an den Hinweisgeber über Folgemaßnahmen (innerhalb von max. 3 Monaten)

Durch die Vorgabe, dass der Hinweisgeber in jedem Fall eine Rückmeldung zu seinem Hinweis zu bekommen hat, wird eine Kernfunktion des Hinweisgebersystems definiert. Hinweisgebersysteme, die den Maßgaben der EU-Whistleblowing Richtlinie gerecht werden, müssen dialogfähig sein!

Es muss möglich sein, mit dem Hinweisgeber fortlaufend Kommunikation zu führen und während der gesamten fortlaufenden Kommunikation muss die Vertraulichkeit des Hinweises und der Identität des Hinweisgebers gewährt bleiben.

Der Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes sieht darüber hinaus vor, dass auf Wunsch des Hinweisgebers auch die Hinweisabgabe im Rahmen eines persönlichen Treffens ermöglicht werden muss – auch das natürlich unter Wahrung der Vertraulichkeit.

Welcher Kommunikationskanal passt zum Unternehmen?

Es stellt sich nun die Frage, mit welchem Hinweisgebersystem diese Anforderungen rechtlich sicher und für das Unternehmen praktikabel abgedeckt werden können. Grundsätzlich stehen im Rahmen von Hinweisgebersystemen verschiedene Kommunikationskanäle zur Verfügung. Entscheidend ist, dass der von Ihnen ausgewählte Kanal zur Organisation und Kultur in Ihrem Unternehmen passt. Viele Unternehmen wählen auch mehrere Kommunikationskanäle, um den Bedürfnissen der Hinweisgeber gerecht zu werden und um auch der Richtlinienvorgabe, dass Mitteilungen schriftlich oder mündlich möglich sein sollten, gerecht zu werden.

Einbahnstraße Compliance-Briefkasten

Der anonyme Compliance-Briefkasten, so wie er noch heute in einer Vielzahl von Unternehmen als einfache Lösung praktiziert wird, dürfte an dieser wohl Stelle ausgedient haben. Die Möglichkeit für den Mitarbeiter, mittels eines anonymen Schreibens sein Anliegen über den Compliance-Briefkasten an einen speziell für das Thema zuständige Mitarbeiter zu adressieren ist nur eine Einbahnstraßenlösung. Selbst wenn der Hinweisgeber beim Einwurf des Schreibens eine Kommunikationsmöglichkeit eröffnen würde, indem er beispielsweise eine Rufnummer oder eine E-Mail-Adresse für den Rückkontakt hinterlässt, so erscheint es äußerst schwierig, unter diesen Voraussetzungen die Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers zuverlässig zu wahren. Das Hinterlassen von Kontaktdaten birgt immer die Gefahr des Rückschlusses auf die Identität. Außerdem verursacht eine solche Lösung einen sehr hohen Aufwand, da zu überlegen ist, wie man mit diesen Informationen, die einen möglichen Rückschluss auf den Hinweisgeber zulassen, umgeht, um seine Identität fortgesetzt zu schützen.

Anruf beim Ombudsmann

In vielen Unternehmen sind klassische Ombudsmann-Lösungen implementiert, bei denen ein externer Rechtsanwalt der Ansprechpartner für Mitarbeiter ist. Diese Lösungen ermöglichen ein hohes Niveau an Vertrauensschutz, da sie regelmäßig so ausgestaltet sind, dass der Hinweisgeber auf den Schutz der Vertraulichkeit im Gespräch mit dem externen Rechtsanwalt vertrauen darf und dieser Information über den Hinweis nur dann an das Unternehmen weitergibt, wenn der Hinweisgeber damit einverstanden ist. Da diese Lösungen ausschließlich auf die persönliche Erreichbarkeit abstellen, limitieren sie sich an anderer Stelle. Selbst bei überdurchschnittlicher Erreichbarkeit der externen Rechtsanwälte ergibt sich eine gewisse Begrenzung des kommunikativen Austauschs auf die Tageszeiten, zu denen üblicherweise Geschäftsverkehr stattfindet. Das dürfte viele Hinweisgeber vor die Schwierigkeit stellen, da sie erfahrungsgemäß eher außerhalb ihrer eigenen Kernarbeitszeiten die Möglichkeit zum Austausch ohne Zeitdruck suchen.

Vertraulichkeitsschutz durch digitale Verschlüsselung

Eine Lösung, die diesen Anforderungen gerecht wird, kann in einer digitalen Hinweisgeberplattform liegen. Plattformlösungen haben den Vorteil, dass sie regelmäßig 24 Stunden rund um die Uhr und 7 Tage die Woche erreichbar sind. Das heißt, dass der Hinweisgeber immer genau in dem Moment, in dem er für sich persönlich die Zeit findet, seine Gedanken zu sortieren, den Kommunikationskanal ansteuern kann. Weiter bieten digitale Plattformlösungen die Möglichkeit, die Sicherstellung der Vertraulichkeit des Hinweises technisch durch hochwertige Verschlüsselungstechniken zu unterstützen. Durch eine Ende-zu-Ende Verschlüsselung kann dem Hinweisgeber höchster Vertrauensschutz gewährt werden. Eine qualitativ hochwertige Plattformlösung funktioniert so, dass der Hinweisgeber sich dort ein elektronisches Postfach einrichten kann, ohne dass er sich an irgendeiner Stelle registrieren muss. Er erhält vielmehr einen systemseitig generierten Zugangsschlüssel und ein Passwort, mit dem er fortlaufend im Austausch bleiben kann, das heißt über ein digitales Hinweisgeberportal ist neben dem Schutz der Vertraulichkeit sogar ein Angebot zur anonymen Kommunikation gegeben.

Wer bearbeitet eingehende Hinweise?

Stellt sich die Frage, wer als Empfänger hinter dem digitalen Hinweisgeberportal sitzen sollte. Dazu gibt es zwei denkbare Varianten. Zum einen kann das Hinweisgebersystem so ausgestaltet sein, dass die Hinweise, die über den digitalen Kanal eingehen, von einem Mitarbeiter im Unternehmen selbst empfangen werden. Bezüglich dieses Hinweisempfängers macht die Richtlinie die Vorgabe, dass der Mitarbeiter unabhängig, das heißt frei von Interessenkonflikten, sein muss. Gerade im Mittelstand ist das ein sehr schwieriger Spagat, da regelmäßig nicht davon auszugehen ist, dass allein die Betreuung der Hinweisgeberstelle eine Mitarbeiterkapazität voll ausfüllen kann. Außerdem schreibt die Richtlinie vor, dass dieser Mitarbeiter regelmäßig zu schulen ist. Das heißt hier entsteht eine laufende Fortbildungsverpflichtung.

Wenn die Staatsanwaltschaft klingelt

Weiter ist zu beachten, dass in dieser Lösung die Informationen immer in der Sphäre des Unternehmens eingehen. Das

heißt sobald der Hinweis über das Hinweisgeberportal abgegeben wurde, ist sein Inhalt eine Information des Unternehmens. Sollte der Sachverhalt parallel zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden gelangen, z.B. weil derselbe oder weitere Hinweisgeber die ebenfalls von den Landeskriminalämtern vorgehaltenen digitalen Meldeportale nutzen, so unterliegen die im Unternehmen eingegangenen Informationen dem nahezu uneingeschränkten Zugriff der Strafverfolgungsbehörden. Hier sind sowohl die Beschlagnahme von Unterlagen denkbar als auch Zeugenvernehmungen in dem Fall, dass ein Ermittlungsverfahren gegen Verantwortliche des Unternehmens eingeleitet wird.

Vertrauensanwalt mit Zeugnisverweigerungsrecht

In der zweiten Variante verbleiben die Informationen bei externen Rechtsanwälten (sog. Vertrauensanwälten oder Ombudsmann), die die Bearbeitung der über die Plattform eingehenden Hinweise für das Unternehmen übernehmen. Im Rahmen einer Mandatsbeziehung bestehen besondere Schutzrechte, die geeignet sind, vor einer Beschlagnahme von Unterlagen zu schützen und zum anderen stehen

Rechtsanwälten resultierend aus ihrer berufsrechtlichen Schweigepflicht gegenüber den Strafverfolgungsbehörden Zeugnisverweigerungsrechte zu. Hierdurch erhält der Schutz des Hinweisgebers und der Information eine wesentlich höhere Schutzqualität als in der ersten Variante, wo die Hinweise direkt im Unternehmen eingehen. Eine Lösung für die Erfüllung der Anforderungen der EU-Hinweisgeberrichtlinie könnte also darin bestehen, eine Hinweisgeberlösung einzuführen, bei der das Unternehmen von externen Rechtsanwälten betreut wird, diese aber den Mitarbeitern neben den herkömmlichen Kommunikationswegen auch eine digitale Plattform anbieten.

Das Beste aus zwei Welten

Über diesen Weg kann sich das Unternehmen eine sehr hochwertige Lösung schaffen, die die Vorteile eines digitalen Hinweisgebersystems mit der besonderen Vertrauensstellung von Rechtsanwälten verbindet. Da mit den externen Rechtsanwälten sogleich Nachrichtempfänger hinter dem System stehen, die alle Anforderungen der Richtlinie erfüllen, nämlich vom operativen Geschäft des Unternehmens unabhängige und geschulte Exper-

ten auf dem Gebiet Compliance sind, hilft diese Lösung ganz besonders den mittelständigen Unternehmen, die Pflichten aus der EU-Richtlinie unkompliziert und zuverlässig zu erfüllen.

Dilemma-Situation auflösen

Der hochwertige Schutz für den Hinweisgeber bedeutet zugleich einen hochwertigen Schutz ihres Unternehmens vor Regelverstößen. Die Erfahrung zeigt, dass Hinweisgeber, die mit ernsthaften Absichten zum Schutz des Unternehmens handeln, deutlich früher kommunizieren, wenn sie die Möglichkeit haben, einen Austausch über ihren Hinweis mit einem Ansprechpartner zu finden, der außerhalb des Unternehmens steht. Das erklärt sich damit, dass ein ehrlicher Hinweisgeber, der Missstände im Unternehmen abstellen möchte, eine hohe Loyalität zum Unternehmen und zu den Kollegen aufweist. Das führt dazu, dass der Hinweisgeber, auch wenn er Beobachtungen macht, die für ihn auf einen Missstand hindeuten, sorgfältig abwägt, ob er mit seiner Aussage möglicherweise Kollegen schaden kann, wenn z.B. ein Missverständnis vorliegt. Der Hinweisgeber befindet sich in einer klassischen Dilemma-Situation. Dieses

Dilemma auflösen kann am besten ein externer Ansprechpartner. Mit diesem hat der Hinweisgeber die Möglichkeit, sein Anliegen auszutauschen und kann von einem Experten eine rechtliche Einschätzung erfahren, ob das von ihm Beobachtete, vorausgesetzt es entspricht der Wahrheit, tatsächlich einen relevanten Regelverstoß darstellt. Wenn der Hinweisgeber die Möglichkeit hat, diesen fachlichen Austausch zu finden und erhält eine positive Rückmeldung diesbezüglich, dann festigt das in der Regel den Entschluss des Hinweisgebers, die Information an das Unternehmen weiterzugeben. Die ursprüngliche Motivation des Hinweisgebers zur Kontaktaufnahme ist, dass er aufgrund seiner Loyalität zum Unternehmen erreichen möchte, dass Missstände abgestellt werden, damit das Unternehmen keinen Schaden nimmt. Deshalb wird er in diesem Fall auch der Weitergabe der Informationen an das Unternehmen zustimmen, um eine interne Aufarbeitung und Beseitigung des Missstandes zu erreichen.

Ein weiterer Vorteil einer kombinierten Lösung ist, dass mit dem digitalen Kommunikationskanal den Mitarbeitern ein sehr niederschwelliges Angebot zum Beginn der Kommunikation gemacht werden

kann. Derartige Lösungen sind regelmäßig über eine Webseite abrufbar, so dass den Mitarbeitern einfach ein Link zur Verfügung gestellt werden kann, über den das Hinweisgebersystem erreicht werden kann. Wie für alle Compliance-Maßnahmen gilt auch im Hinblick auf den Hinweisgeberschutz, dass der Erfolg wesentlich davon abhängt, dass die Maßnahme mit einem „Tone from the top“ von der Geschäftsführung ins Unternehmen getragen wird. Nur so können eventuelle Vorbehalte von Führungskräften im mittleren und unteren Management abgebaut werden und können die Mitarbeiter von der schützenden Wirkung des Hinweisgebersystems überzeugt werden.

Im Gegensatz zur internen Besetzung der Stelle fallen bei derartigen Lösungen häufig nur geringe Monatspauschalen für die Bereitstellung der technischen Anbindung zur Verfügung, während Kosten für die externe Unterstützung erst dann entstehen, wenn auch tatsächlich Hinweise eingehen. So funktioniert die Umsetzung der EU-Richtlinie effizient, kostengünstig und mit höchstem Vertrauensschutz. ■



Das Ende der Geschäftsführertätigkeit – Was ist bei Niederlegung und Abberufung zu beachten?



Carsten Laschet,
Rechtsanwalt und Partner
und



Claudia Maaßen,
Rechtsanwältin und Partnerin,
Friedrich Graf von Westphalen &
Partner mbB

Alles hat ein Ende – dies gilt auch für die Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH. § 38 GmbHG bestimmt, dass die Bestellung der Geschäftsführer jederzeit widerruflich ist. Außer durch Widerruf kann die Bestellung aufgrund einer Befristung oder auflösenden Bedingung enden, durch Verlust der Amtsfähigkeit oder Tod des Gesellschafters, Liquidation der Gesellschaft oder durch Niederlegung des Geschäftsführeramtes.

Nicht selten zeigt sich in diesem Zeitpunkt, dass die bisherige Harmonie zwischen Geschäftsführern und Gesellschaftern brüchig wird. Daher lohnt es sich, schon während der Amtszeit einige Gedanken darauf zu verwenden, wann und in welcher Form die eigene Geschäftsführertätigkeit einmal enden kann.

Widerruf der Bestellung, § 38 Abs. 1 GmbHG

Nach § 38 Abs. 1 GmbHG ist die Bestellung des Geschäftsführers jederzeit widerruflich. Diesen Grundsatz kann die Satzung nach § 38 Abs. 2 GmbHG weitgehend einschränken. Lediglich eine Abberufung aus wichtigem Grund bleibt zwingend möglich. Als wichtigen Grund nennt das Gesetz die grobe Pflichtverletzung und die Unfähigkeit zur Geschäftsführung. Damit sind wichtige Gründe aber nicht abschließend benannt. Tatsächlich gilt als wichtiger Grund alles, was es unter Abwägung aller Umstände für die Gesellschafter unzumutbar macht, den Geschäftsführer im Amt zu belassen. In dieser Abwägung spielt insbesondere eine Rolle, wie schwer die Pflichtverletzung des Geschäftsführers wiegt, ob ihn ein individuelles Verschulden trifft, wie lange er für die Gesellschaft tätig war und was er in dieser Zeit für sie geleistet hat.

Bei einer Abberufung wegen Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung ist nicht allein maßgeblich, ob der Geschäftsführer geschäftsfähig ist. Vielmehr kommt eine Amtsunfähigkeit auch in Betracht, wenn der Geschäftsführer aufgrund fehlender Kenntnisse oder Autorität oder mangelnden Arbeitseinsatzes ungeeignet ist, oder wenn er wegen längerer Krankheit oder Haft faktisch nicht in der Lage ist, sein Amt auszuüben.

Verfahren

Die Abberufung des Geschäftsführers erfolgt durch Beschluss der Gesellschafterversammlung. Die Satzung kann hierzu jedoch Abweichendes bestimmen. Legt die Satzung z.B. fest, dass die Geschäftsführer von einem Aufsichtsrat oder Beirat bestellt werden, ist im Zweifel auch die Abberufung durch Aufsichtsrat oder Beirat zu beschließen. Ob daneben dann auch die Gesellschafterversammlung noch zur Abberufung berechtigt bleibt, ist umstritten und sollte in der Satzung ausdrücklich geregelt werden.

In der Einberufung der Gesellschafterversammlung, in der über die Abberufung entschieden werden soll, ist dieser Tagesordnungspunkt ausdrücklich zu benennen. Enthält die Satzung keine anderweitigen Regelungen, erfolgt die Abberufung mit einfacher Mehrheit. Ob die Satzung höhere Mehrheitserfordernisse auch für eine Abberufung aus wichtigem Grund vorsehen kann, ist umstritten. Ist der Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter, stimmt er über eine Abberufung ohne wichtigen Grund mit ab. Bei einer Abberufung aus wichtigem Grund ist er vom Stimmrecht ausgeschlossen.

Der Abberufungsbeschluss ist dem Geschäftsführer mitzuteilen. Bei dieser Erklärung wird die Gesellschaft durch die Mehrheit der Gesellschafter vertreten. In der Praxis wird die Gesellschafterversammlung bei Fassung des Abberufungsbeschlusses in der Regel einen Vertreter bestimmen, der den Geschäftsführer über die Abberufung informiert. Dieser Vertreter muss dann allerdings bei Erklärung der Abberufung gegenüber dem Geschäftsführer eine Originalvollmacht vorlegen. Andernfalls kann der Geschäftsführer die Abberufung nach § 174 Satz 1 BGB zurückweisen.

Die Abberufungserklärung ist nicht formgebunden, es sei denn, die Satzung sieht eine bestimmte Form vor. Sie muss nicht begründet werden, aber angeben, ob die Abberufung aus wichtigem Grund erfolgt.

Schicksal des Dienstvertrages

Mit der Abberufung des Geschäftsführers endet nicht zugleich der mit ihm geschlossene Dienstvertrag. Auch wenn der Geschäftsführer nicht mehr als solcher tätig sein darf, behält er den Anspruch auf seine Vergütung, wenn der Dienstvertrag nicht gleichzeitig gekündigt werden kann. Dabei begründet die

bloße Abberufung keinen Grund für eine außerordentliche Kündigung des Dienstvertrages. Erfolgt die Abberufung aus wichtigem Grund, kann – muss aber nicht zwingend – der wichtige Grund auch zur fristlosen Kündigung des Dienstvertrages berechtigen.

Niederlegung der Geschäftsführung

Die Bestellung des Geschäftsführers kann auch dadurch enden, dass der Geschäftsführer sein Amt niederlegt. Die Niederlegung der Geschäftsführung ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Die Niederlegung durch den Geschäftsführer stellt aber das Spiegelbild zur Abberufung des Geschäftsführers durch die Gesellschafter dar. Besondere Voraussetzungen für die Niederlegung bestehen demnach nicht. Nach der Rechtsprechung hat der sein Amt niederlegende Geschäftsführer bei seiner Erklärung weder eine bestimmte Form oder Frist zu beachten, noch muss er seine Entscheidung begründen (BGH, Urteil vom 08.02.1993, NJW 1993, 1198, 1199f). Ausreichend ist, dass die Rücktrittserklärung dem Bestellungsorgan, jedenfalls aber zumindest einem der Gesellschafter, zugeht.

Wie beim Widerruf der Bestellung des Geschäftsführers kann die Satzung jedoch auch hier Abweichendes festlegen und entsprechend § 38 Abs. 2 GmbHG Regelungen zur Form oder Frist treffen. Die Satzung kann insbesondere bestimmen, dass der Geschäftsführer sein Amt nur aus wichtigem Grund niederlegen darf. In der Praxis ist allerdings zu beachten, dass die Amtsniederlegung durch den Geschäftsführer selbst dann sofort wirksam wird, wenn der vom Geschäftsführer zur Begründung seines Rücktritts angegebene wichtige Grund tatsächlich gar nicht besteht oder die Parteien hierüber streiten. Die Rechtsprechung begründet dies mit dem Verkehrsschutz: Bis durch das Gericht entschieden wäre, ob ein wichtiger Grund vorliegt und der Rücktritt des Geschäftsführers wirksam war, würden sich die Geschäftspartner der GmbH andernfalls dem Risiko ausgesetzt sehen, einen Vertrag mit einem Geschäftsführer abgeschlossen zu haben, der unter Umständen keine Vertretungsmacht besaß (BGH, a.a.O.).



Niederlegung unter Bedingung der Eintragung in das Handelsregister

Der Geschäftsführer kann sein Amt unter einer aufschiebenden Bedingung oder einer Befristung niederlegen. In der Praxis wird der Rücktritt häufig unter die aufschiebende Bedingung der Eintragung des Ausscheidens in das Handelsregister gestellt.

Hintergrund ist, dass der Geschäftsführer bei sofort wirksamer Niederlegung die Eintragung zum Handelsregister nicht mehr selbst anmelden kann; und zwar auch dann nicht, wenn der Antrag sofort nach der Niederlegung erfolgt. Für den Fall, dass es der ausscheidende Geschäftsführer versäumt hat, seine Rücktrittserklärung unter die Bedingung der Eintragung ins Handelsregister zu stellen, verbleibt nur die Möglichkeit der Anmeldung durch einen anderen, ggf. erst noch zu bestellenden Geschäftsführer.

Die führerlose GmbH

Problematisch ist die Niederlegung in den Fällen der sog. führerlosen GmbH, wenn die Niederlegung des Amtes durch den Geschäftsführer die Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft zur Folge haben würde. Dies ist z.B. gegeben, wenn der alleinige Geschäftsführer auch der einzige Gesellschafter ist und sein Amt niederlegt, ohne gleichzeitig einen neuen Geschäftsführer zu bestellen. Hier hat die Rechtsprechung die Niederlegung des Amtes durch den Geschäftsführer als rechtsmissbräuchlich und unwirksam angesehen. Gleiches gilt, wenn die beiden einzigen Gesellschafter und Geschäftsführer jeweils ihren Rücktritt erklären, ohne dass ein Nachfolger durch die Gesellschaft bestellt wird. Die Niederlegungen der Geschäftsführung stellen dabei selbst dann einen

Rechtsmissbrauch dar, wenn sie im konkreten Fall ganz unabhängig voneinander erfolgt sind (aktuell: OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.05.2021, MittBayNot 2021, 506).

Zwar hat der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 einen gewissen Schutz für die Gläubiger einer führungslosen GmbH geschaffen, indem nach § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG eine führungslose Gesellschaft für den Fall, dass ihr gegenüber Willenserklärungen abgegeben oder Schriftstücke zugestellt werden, durch ihre Gesellschafter vertreten wird. Nach § 15a Abs. 3 InsO ist im Fall der Führungslosigkeit einer GmbH grundsätzlich auch jeder Gesellschafter zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet. Dennoch hält die obergerichtliche Rechtsprechung auch nach Einführung des MoMiG an der Unwirksamkeit der Amtsniederlegung fest, wenn diese die Führungslosigkeit der GmbH zur Konsequenz hat. Denn der Gesetzgeber habe mit der Einführung des MoMiG lediglich zwei Teilproblematiken, die sich im Hinblick auf die führerlose GmbH stellen, geregelt. Diese Gesetzesänderungen reichten jedoch nicht aus, um den Rechtsverkehr in der Praxis ausreichend zu schützen (OLG Nürnberg, a.a.O; OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.11.2014, BeckRS 2015, 4011, Rn. 29 ff).

Aufhebungsvertrag

Bei der Beendigung der Geschäftsführertätigkeit durch Abberufung oder Niederlegung empfiehlt es sich, einen Aufhebungsvertrag zu schließen. Zuständig für den Abschluss eines solchen Vertrages ist das für die Bestellung und Abberufung zuständige Gesellschaftsorgan.

Ein Aufhebungsvertrag wird Vereinbarungen zum Zeitpunkt des Endes der Tätigkeit und des Dienstverhältnisses und eine etwaige Freistellung, zu einer Abfindung und ausstehenden Vergütungsansprüchen ebenso enthalten wie zu einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot, Rückgabe von Firmeneigentum oder einer betrieblichen Altersversorgung.

In der Praxis wichtig für den Geschäftsführer ist zudem eine Ausgleichsklausel, nach der mit Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Aufhebungsvertrag sämtliche wechselseitigen Ansprüche der Parteien endgültig erledigt sind. Denn bei genauer Betrachtung der bisherigen Geschäftsführertätigkeit durch einen Nachfolger werden häufig Fehler entdeckt, die Ersatzansprüche der Gesellschaft begründen können. Nach § 43 Abs. 4 GmbHG verjähren derartige Schadensersatzansprüche in fünf Jahren. Will der ausscheidende Geschäftsführer vor unliebsamen Überraschungen gefeit sein, sollte er also bei seinem Ausscheiden nicht nur für eine reibungslose Übergabe der operativen Tätigkeit, sondern auch für einen rechtlich endgültigen Schlussstrich sorgen, damit Schadensersatzansprüche der Gesellschaft später nicht mehr erhoben werden können. ■



Versichert, aber nicht gesichert? – Eine kritische Auseinandersetzung mit der Geschäftsführerversicherung im Rahmen einer D&O



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

In Zeiten, in denen die vorübergehend ausgesetzten Insolvenzantragspflichten wieder uneingeschränkt gelten, Geschäftsführer zur Beantragung von Fördermitteln und Hilfsmaßnahmen umfassende Erklärungen zur wirtschaftlichen Situation ihres Unternehmens abgeben müssen und sich die Prüfpflichten des Geschäftsführers verschärfen, ist die Diskussion der Geschäftsführerhaftung so aktuell wie nie zuvor.

Der Verfasser ist seit über 20 Jahren auf dem Gebiet der Insolvenzverwaltung und der Sanierungsberatung tätig und somit fast täglich mit der Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegenüber Geschäftsführern oder deren Abwehr konfrontiert. In der gesamten Zeit gab es nicht einen einzigen Fall, in welchem der Geschäftsführer zu den konkreten Versicherungsbedingungen seiner Geschäftsführerversicherung Auskunft geben konnte, geschweige denn ihm die Unterschiede seiner Versicherung zu einer Vermögensschadenhaftpflichtversicherung bewusst waren. Vielmehr ging der Geschäftsführer nahezu immer davon aus, dass es sich bei einer D&O-Versicherung um eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung handele. Während sich Sanierungsberater in der insolvenznahen Beratung, der Gläubigerausschuss im Insolvenzverfahren, der Eigenverwalter sowie der Sachwalter und/oder Insolvenzverwalter im Rahmen einer Vermögensschadenhaftpflichtversicherung versichern, werden solche Produkte am

Markt außerhalb der Krisenberatung nicht angeboten. Für den Geschäftsführer eines Unternehmens bleibt daher nur die Möglichkeit eine sogenannte D&O-Versicherung abzuschließen, wobei am Markt ausschließlich Versicherungen angeboten werden, welche auf dem Anspruchserhebungsprinzip basieren. Im Nachfolgenden soll daher der Geschäftsführer für diese Unterschiede sensibilisiert werden.

Die praktische Brisanz zeigt sich insbesondere anhand der nachfolgenden Beispielfälle.

Fall 1: In dem der Entscheidung des OLG München (Urteil vom 08.05.2009, 25 U 5136/08) zugrundeliegenden Fall wurde ein Vorstandsmitglied einer AG, welche im Juni 2003 Insolvenz angemeldet hatte, von deren Insolvenzverwalter wegen Insolvenzverschleppung erstmals im Jahr 2006 für Handlungen, welcher dieser als Geschäftsführer in 2002 getätigt hatte, in Anspruch genommen. Das Vorstandsmitglied verlangte hierfür Deckungsschutz von der D&O-Versicherung. Der von der AG abgeschlossene Versicherungsvertrag war durch das Versicherungsunternehmen bereits zum Ablauf des Jahres 2002 gekündigt worden. Die D&O-Versicherung lehnte den Deckungsschutz unter Hinweis auf das vertraglich vereinbarte claims-made-Prinzip sowie die vereinbarte Nachhaftungsfrist von einem Jahr ab.

Fall 2: Ein Geschäftsführer wird vom Insolvenzverwalter der GmbH wegen masseschmälernder Zahlungen in Höhe von mehr als € 20 Mio. nach § 15b Abs. 4 InsO (vormals § 64 Satz 1 GmbHG) in Anspruch genommen. Die verbotenen Zahlungsvorgänge erstreckten sich hierbei über einen Zeitraum von zwei Jahren. Für den Geschäftsführer wurde seitens der GmbH eine D&O-Versicherung mit einer Versicherungssumme in Höhe von € 10 Mio. pro Versicherungsjahr abgeschlossen. Eine über diesen Betrag hinausgehende Regulierung lehnte die D&O-Versicherung ab.

Wesentliche Unterschiede zwischen der Vermögensschadenhaftpflicht nach dem Verstoßprinzip und einer Geschäftsführerversicherung nach dem Anspruchserhebungsprinzip

Dem deutschen Versicherungsrecht immanent ist die Vermögensschadenhaftpflichtversicherung, welche sich bei einer Schadensregulierung nach dem Verstoßprinzip richtet. Dies bedeutet, dass es für den Versicherungsschutz auf den Zeitpunkt der Vornahme der schädigenden Handlung ankommt. Bestand zu diesem Zeitpunkt eine Versicherung in ausreichender Höhe und liegen keine Ausschlussgründe vor, greift der Versicherungsschutz. Ein weiteres wesentliches Merkmal der Vermögensschadenhaftpflicht ist, dass sich die Beschränkungen in der Versicherungshöhe nach dem jeweiligen Versicherungsjahr, in welchem das haftungsbegründende Ereignis eintrat, richten. Teilweise wird zwei- und dreifacher Schutz gewährt, das heißt, dass bei mehreren Verstößen jeder dieser Verstöße entweder bis zu einer Gesamthöhe oder jeweils in Höhe der Versicherungssumme abgesichert ist. Wird die versicherte Person zu einem späteren Zeitpunkt in Anspruch

genommen, kommt es nicht darauf an, ob die Versicherung zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme noch besteht oder ob zu diesem Zeitpunkt die Versicherungssumme aufgrund geringerer Risiken bereits entsprechend reduziert wurde.

Hingegen basieren D&O-Versicherungen vorwiegend auf dem Anspruchserhebungsprinzip (claims made), sodass nicht die haftungsbegründende Handlung sondern vielmehr die erstmalige Geltendmachung des Haftungsanspruchs den Versicherungsfall auslöst. In der Praxis erfolgt diese meist Jahre nach dem schädigenden Ereignis, indem Ansprüche entweder durch den nachfolgenden Geschäftsführer gegen den ausgeschiedenen Geschäftsführer oder durch den Insolvenzverwalter gegen den Geschäftsführer geltend gemacht werden. In all diesen Fällen hat der in Anspruch genommene Geschäftsführer das Zepter des Handelns nicht mehr selbst in der Hand. Der Geschäftsführer läuft Gefahr, dass zum Zeitpunkt der Anspruchserhebung der Versicherungsvertrag bereits beendet ist oder er zu diesem Zeitpunkt bereits aus dem Unternehmen ausgeschieden ist und somit kein Versicherungsschutz mehr besteht, obwohl die zum Schadensersatzanspruch führende Pflichtverletzung während der Vertragslaufzeit begangen





worden ist. Dies ist im Fall der Inanspruchnahme aus § 15b Abs. 4 InsO regelmäßig der Fall, da durch den Versicherer mit oder unmittelbar nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens der D&O-Versicherungsvertrag gekündigt wird. Durch die Vereinbarung einer Nachmeldefrist hinsichtlich vor Vertragsbeendigung begangener Pflichtverletzungen wird dieser Nachteil zwar teilweise kompensiert, allerdings ist die Nachmeldefrist in der Praxis oft auf ein Jahr beschränkt, wodurch aufgrund der längeren Verjährungsfrist der haftungsbegründenden Normen kein ausreichender Schutz besteht. Bei der Inanspruchnahme eines bereits ausgeschiedenen Geschäftsführers offenbaren sich die Nachteile des

Anspruchserhebungsprinzips besonders deutlich. Trotz Bestehens eines D&O-Versicherungsvertrages im Unternehmen zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung und sogar zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme haftet der ausgeschiedene Geschäftsführer mit seinem Privatvermögen, da er mit Ausscheiden aus dem Unternehmen den Versicherungsschutz verliert, soweit die maßgeblichen Versicherungsbedingungen nicht auch die ehemaligen Organmitglieder vom Kreis der versicherten Personen erfassen.

Die Problematik des Anspruchserhebungsprinzips zeigt sich auch, wenn sich die schädigende Handlung, wie z.B. die verspätete Insolvenzantragstellung, über mehrere Jahre erstreckt. In diesem Fall beruft sich die Geschäftsführerversicherung aufgrund des Anspruchserhebungsprinzips darauf, dass lediglich Versicherungsschutz für das letzte Jahr und dies außerdem auf die vereinbarte Versicherungssumme des letzten Jahres, soweit diese nicht bereits verbraucht worden ist, beschränkt ist. Damit lassen sich in der Praxis oft gravierende Deckungslücken zwischen der tatsächlichen Inanspruchnahme des Geschäftsführers und der bestehenden Versicherungshöhe erkennen. Deckungslücken bestehen regelmäßig

auch im Sonderfall einer Konzernversicherung, bei welcher zahlreiche Organe mehrerer Gesellschaften in den Versicherungsschutz einbezogen werden. Der Geschäftsführer hat hierbei zu beachten, dass die vereinbarte Versicherungssumme Höchstbetrag für alle während eines Versicherungsjahres eingetretenen Versicherungsfälle zusammen ist. Hierbei ist höchstrichterlich noch nicht entschieden, ob die Regulierung der Versicherungsfälle nach dem Prioritätsprinzip erfolgt oder die Versicherungssumme quotal verteilt wird.

Für vorgenannte Beispielfälle bedeutet dies, dass sowohl im Fall 1 wie auch im Fall 2 eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung einstandspflichtig gewesen wäre. Auch wäre aufgrund der Summierung der Versicherungssummen aus den verschiedenen Versicherungsjahren keine Deckungslücke im Versicherungsschutz aufgetreten. Unter Geltung des Anspruchserhebungsprinzips besteht hingegen im Fall 1 kein Versicherungsschutz, da zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme im Jahr 2006 der Versicherungsvertrag bereits beendet und die vereinbarte Nachhaftungsfrist abgelaufen war. Im Fall 2 steht unter Geltung des Anspruchserhebungsprinzips die vereinbarte Versicherungssumme in

Höhe von € 10 Mio. nur einmalig zur Verfügung, da die Pflichtverletzungen aus mehreren Versicherungsjahren als ein Anspruch geltend gemacht werden. Eine Summierung der Versicherungssumme der jeweiligen Versicherungsjahre wird entgegen der verbreiteten Vorstellung in Anspruch genommener Geschäftsführer seitens der Versicherer ausgeschlossen.

Vereinbarkeit des Anspruchserhebungsprinzips mit deutschem Recht

Die gravierenden Unterschiede zwischen dem Anspruchserhebungsprinzip und dem im deutschen Haftpflichtversicherungsrecht vorherrschenden Verstoßprinzip wirft die Frage der Vereinbarkeit des Anspruchserhebungsprinzips mit dem deutschen Recht auf. Höchststrichterliche Rechtsprechung hierzu existiert bisher nicht. Ob der Bundesgerichtshof der vereinzelt unterinstanzlichen Rechtsprechung folgt und insbesondere die Vereinbarung des Anspruchserhebungsprinzips ebenfalls als nicht überraschend im Sinne von § 305c BGB ansieht, bleibt abzuwarten. In seiner Entscheidung vom 18.11.2020 (IV ZR 217/19) stellt der BGH bei der Auslegung der allgemeinen Versicherungsbedingungen

einer D&O-Versicherung auf den Empfängerhorizont eines geschäftserfahrenen und mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertrauten, jedoch nicht juristisch oder versicherungsrechtlich vorgebildeten Versicherungsnehmer/Versicherten ab. Neben den Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Versicherten kommt es für die Auslegung auch erheblich auf dessen Interessen an. In der Praxis fällt hierzu wie anfangs dargestellt auf, dass die gravierenden Unterschiede zwischen einer Vermögensschadenhaftpflicht- und einer D&O-Versicherung mit Vereinbarung des Anspruchserhebungsprinzips weder verstanden werden noch im Interesse der Versicherten liegen, sodass gewichtige Argumente für eine Unwirksamkeit nach § 305c BGB sprechen.

Freiwerden aufgrund von Ausschlusstatbeständen oder „Aus Freund wird Feind“

Verkannt werden oftmals auch die Hürden bei der Inanspruchnahme der Versicherung. So berufen sich die Versicherer bei Abzeichnen der Einstandspflicht häufig auf ein Freiwerden aufgrund von Ausschlusstatbeständen. Hauptausschlussgrund ist hierbei der durch den Versicherer

erhobene Einwand der Wissenslichkeit. Kann der Versicherer darlegen und beweisen, dass der Versicherungsnehmer die ihm bekannte Pflicht bewusst verletzt hat, entfällt nach den zugrundeliegenden Versicherungsbedingungen regelmäßig der Versicherungsschutz. Die strenge Darlegungs- und Beweislast trifft den Versicherer dabei nicht, soweit dem Versicherten die Verletzung einer Kardinalpflicht vorgeworfen wird. In diesem Fall schließt der Bundesgerichtshof bereits vom äußeren Geschehensablauf und dem Ausmaß des objektiven Pflichtverstößes auf die inneren Vorgänge, sodass die Wissenslichkeit der Pflichtverletzung vermutet wird. Es obliegt nun dem Versicherten, diese Vermutungswirkung zu entkräften, was sich umso schwieriger gestalten wird, je länger die streitgegenständliche Angelegenheit vergangen ist. Bei welchen Pflichten des Geschäftsführers es sich um Kardinalpflichten handelt, ist in der Rechtsprechung bisher nicht geklärt. In Krisenzeiten dürfte insbesondere die nunmehr in § 1 Abs. 1 StaRUG kodifizierte Pflicht des Geschäftsführers zur Krisenfrüherkennung und zum Krisenmanagement Bedeutung erlangen. Eine detaillierte Dokumentation der hierzu getroffenen Maßnahmen ist unabdingbar, soll ein Widerlegen der vermuteten Wissenslich-

keit gelingen. Nicht entlasten kann sich der Versicherte jedenfalls, indem er darlegt, auf den Nichteintritt eines Schadens vertraut zu haben, da der Wissenslichkeitsausschluss schadensunabhängig ist. Aus einem solchen Vortrag wird vielmehr auf die Kenntnis der Pflicht und deren Verletzung geschlossen werden können.

Die Kommunikation zwischen den Beteiligten ist im Rahmen der Inanspruchnahme der Versicherungsleistung ohnehin äußerst bedacht und bestenfalls mit fachkundiger anwaltlicher Unterstützung zu führen. Nach Eintritt des Versicherungsfalles treffen das Unternehmen als Versicherungsnehmer sowie den Geschäftsführer als versicherte Person umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Versicherer, deren Verletzung zu dessen Leistungsfreiheit führen kann. Allerdings ergeben sich aus dem Wesen der D&O-Versicherung als Versicherung für fremde Rechnung insbesondere im Fall der Innenhaftung aufgrund der wechselnden Rollen im Haftungs- und Deckungsverhältnis nichtaußerAchtzulassendeInteressenkollisionen. Unterstützt der Versicherer im Haftungsprozess noch den Geschäftsführer als versicherte Person bei der Abwehr der Inanspruchnahme durch das Unternehmen, ist er im nachfolgenden Deckungsprozess

Anspruchsgegner des Geschäftsführers, welcher wiederum Unterstützung vom Unternehmen erhält, da die Versicherungsleistung letztendlich diesem zugutekommt. An den einstigen Mitstreiter weitergegebene Informationen können sich nunmehr nachteilig auswirken. Insbesondere Informationen, die der Geschäftsführer im Rahmen des Haftungsprozesses an den Versicherer gibt, verwendet dieser bei Abzeichnen seiner Einstandspflicht nicht selten, um sich auf Ausschlusstatbestände zu berufen.

Praxistipps

Bei Abschluss einer D&O-Versicherung sollte der Geschäftsführer zur Wahrung der Einflussmöglichkeit auf die Vertragsgestaltung die Versicherungsbedingungen durch einen eigenen Anwalt prüfen lassen.

Die Versicherungssumme einer D&O-Versicherung sollte nicht zu gering gewählt werden. Im Hinblick auf die Haftung nach § 15b Abs. 4 InsO sollte die Versicherungssumme mindestens den Zahlungsausgängen im Unternehmen von zwei Jahren entsprechen.

Die Versicherungsbedingungen sollten eine unbeschränkte oder zumindest an den Verjährungsfristen von Haftungsansprüchen orientierte Nachmeldefrist für Inanspruchnahmen nach Vertragsbeendigung beinhalten. Die Nachmeldefrist sollte darüber hinaus unverfallbar sein, sodass die Nachhaftung auch dann nicht verfällt, wenn ein neuer Versicherungsvertrag bei einem anderen Anbieter abgeschlossen wird. Hierdurch werden Deckungslücken für bekannte Pflichtverletzungen vermieden, da diese vom Versicherungsschutz des neuen Vertrages in der Regel ausgeschlossen sein werden.

Der Kreis der versicherten Personen sollte auch ehemalige Organmitglieder – bestenfalls ohne Einschränkungen – umfassen. Sofern für diese lediglich eine Nachmeldefrist für Inanspruchnahmen nach deren Ausscheiden vereinbart ist, sollte sich diese ebenfalls an den gesetzlichen Verjährungsfristen orientieren.

Organmitglieder sollten bei Ausscheiden mit dem Unternehmen die Aufrechterhaltung des bestehenden Versicherungsschutzes für einen an den Verjährungsfristen orientierten Zeitraum vertraglich vereinbaren.

Jeder Geschäftsführer sollte zusätzlich die Notwendigkeit des Abschlusses einer persönlichen D&O-Versicherung prüfen.

Im Schadensfall ist die Beauftragung eines auf diesem Gebiet erfahrenen, von der Versicherungsgesellschaft unabhängigen Rechtsanwalts dringend anzuraten. Die rechtliche Prüfung des Versicherungsvertrages empfiehlt sich dabei auch bei scheinbarer Leistungsfreiheit des Versicherers, da in der Praxis eine Tendenz der Versicherungsgesellschaften zum Vergleichabschluss zu beobachten ist. ■



Haftung des Geschäftsleiters wegen einer Reorganisationsverschleppung bei drohender Zahlungsunfähigkeit?

Rechtliche Ausgangslage und Möglichkeiten der Risikominimierung



Dr. Jochen Markgraf,
Rechtsanwalt und Partner
und



Fabian von Lübken,
Rechtsanwalt und Associate,
GLADE MICHEL WIRTZ
Corporate & Competition

Einleitung

Das inzwischen vor mehr als einem Jahr in Kraft getretene Unternehmensstabilisierungs- und restrukturierungsgesetz (StaRUG) soll Unternehmen in der Krise einen gesetzlichen und verfahrensrechtlichen Rahmen für die Sanierung und Restrukturierung im Vorfeld einer Insolvenz bieten.

Daneben hat es auch den Pflichtenkanon von Geschäftsleitern erweitert, etwa in Gestalt von § 43 StaRUG. Nach dieser Vorschrift sind die Geschäftsleiter dazu verpflichtet, eine „rechtshängige Restrukturierungssache“ mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu betreiben und die Interessen der Gläubigergesamtheit zu wahren. Für erhebliche Rechtsunsicherheit sorgt jedoch die Frage, ob Geschäftsleiter in Folge des Inkrafttretens des StaRUG nunmehr auch eine Haftung wegen einer sog. Reorganisationsverschleppung fürchten müssen.

Der Beitrag will sich dieser Rechtsunsicherheit annehmen, indem er beleuchtet, ob und inwiefern sich der allgemeine Sorgfaltsmaßstab von Geschäftsleitern verändert hat (dazu unter A.), wie Geschäftsleiter mit Weisungen von Gesellschaftern in der Krise umgehen sollten (dazu unter B.) und ob es eine Verpflichtung zur Nutzung der Instrumente des StaRUG gibt (dazu unter C.).

A. Veränderung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs von Geschäftsleitern nach § 43 GmbHG, § 93 AktG?

Der allgemeine Sorgfaltsmaßstab für Geschäftsleiter nach §§ 43 GmbHG, 93 AktG, an dem alle geschäftspolitischen Entscheidungen und Geschäftsführungsmaßnahmen zu beurteilen sind, gilt selbstverständlich auch in der wirtschaftlichen Krise und drohenden Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft. Offen ist jedoch, ob die Geschäftsleiter nach dem Inkrafttreten des StaRUG in dieser Phase im Rahmen ihrer allgemeinen Sorgfaltspflichten auch zur Wahrung der Interessen der Gläubigergesamtheit, den sog. „shift of duties“, verpflichtet sind und eine Reorganisationsverschleppungshaftung fürchten müssen.

I. Ausgangspunkt der Diskussion

Der Ausgangspunkt für diese aktuelle Diskussion ist, dass in dem Referenten- und auch Regierungsentwurf des StaRUG zum einen in § 2 StaRUG-E eine allgemeine Verpflichtung der Geschäftsleiter (und auch Aufsichtsräte) zur Berücksichtigung des allgemeinen Gläubigerinteresses ab dem Zeitpunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO vorgesehen war und deren Verletzung zum anderen durch die Regelung des § 3 StaRUG-E haftungsrechtlich sanktioniert werden sollte.¹

¹ Vgl. den Regierungsentwurf des SanInsFoG, BT-Drs. 19/24181.

Die Regelungen der §§ 2 f. StaRUG-E wurden zwar mehr oder weniger in „letzter Minute“ durch den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags aus dem Gesetzentwurf gestrichen. Allerdings hat die ersatzlose Streichung der beiden Normen die Diskussion über die Pflicht zur Berücksichtigung der „shift of duties“ durch die Geschäftsleiter nicht beendet.

II. Pflicht zur Berücksichtigung von Gläubigerinteressen

Somit stellt sich nach wie vor die Frage, ob und in welchem Umfang die Interessen der Gläubigergesamtheit durch den Geschäftsleiter zu beachten und zu wahren sind. Dies ist insbesondere auf den Umstand zurückzuführen, dass es in den vergangenen Jahren eine deutliche Tendenz in Literatur und instanzgerichtlicher Rechtsprechung gegeben hat, die in der Krise einer Gesellschaft eine Ausrichtung des Handelns der Geschäftsleiter an den Interessen der Gläubiger und nicht an denen der Gesellschafter verlangt bzw. statuiert.² Wenn und soweit die Geschäftsleiter in der Krise zur Berücksichtigung der Interessen der Gläubigergesamtheit verpflichtet sind, könnte man im Anschluss daran die Auffassung vertreten, dass die Geschäftsleiter auch für eine verzögerte bzw. „verschleppte“ Reorganisation der Gesellschaft haften.

Für eine Pflicht der Geschäftsleiter zur Berücksichtigung der Interessen der Gläubigergesamtheit spricht zunächst die Begründung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags zur Streichung der §§ 2 f. StaRUG-E. Dieser hat insoweit ausgeführt, dass das Bedürfnis des Gläubigerschutzes bereits durch die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen aufgefangen werde.³ Dem-

nach könnte es also dem gesetzgeberischen Willen und Wertung entsprechen, dass die Geschäftsleiter die Interessen der Gläubigergesamtheit in der Krise im Rahmen ihrer allgemeinen Sorgfaltpflicht nach § 43 GmbHG bzw. § 93 AktG zu berücksichtigen haben.⁴ Schließlich wird bereits durch die drohende Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft die Gefährdung ihrer Gläubiger indiziert und der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags geht ausdrücklich davon aus, dass es eine fortbestehende Pflicht zur Wahrung der Gläubigerinteressen in der drohenden Zahlungsunfähigkeit gebe.⁵ Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Prognosezeitraum für die Feststellung der Überschuldung nach § 19 Abs. 2 InsO auf zwölf Monate verkürzt wurde, wodurch aus der Sicht der Gläubigergesamtheit ein nicht unerhebliches Risiko besteht, dass die Gesellschaft ihre Liquidität durch eine Aufzehrung ihres Gesellschaftsvermögens decken könnte.

Gegen eine generelle Pflicht der Geschäftsleiter zur Berücksichtigung der Interessen der Gläubigergesamtheit in der Krise der Gesellschaft dürfte insbesondere sprechen, dass die gesetzliche Verpflichtung zur Berücksichtigung der Gläubigerinteressen nach § 43 Abs. 1 StaRUG erst ab der „Rechtshängigkeit“ der Restrukturierungssache gilt und eben nicht grundsätzlich in der Krise oder drohenden Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft. Bis zu diesem Zeitpunkt – so ließe sich jedenfalls argumentieren – muss immer bzw. primär das Interesse der Gesellschaft im Vordergrund stehen.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass sich die Diskussion bzgl. einer vorinsolvenzlichen Pflichtenverschiebung der Geschäftsleiter derzeit im vollen Gange befindet und bei dieser Thematik

² Vgl. hierzu den Überblick bei Bitter, in: Scholz, GmbHG, 12. Auflage 2021, § 64 Rn. 29 ff., 461 ff.; sowie zu § 2 StaRUG-E: Thole, ZIP 2020, 1985, 1987.

³ BT-Drs. 19/25353, S. 9.

⁴ So auch Bitter, ZIP 2021, 321, 322; Gehrlein, BB 2021, 66, 67; Bitter, GmbHR 2021, R16, R17.

⁵ BT-Drs. 19/25353, S. 12.



vieles im Fluss ist. Dies nicht zuletzt deshalb, weil sich der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags recht eindeutig für eine Berücksichtigung der Gläubigerinteressen positioniert hat, eine belastbare gerichtliche Klärung dieser Frage aber noch lange Zeit auf sich warten lassen dürfte. Richtigerweise wird man annehmen können, dass Geschäftsleiter erst mit Beginn einer Krise zur Berücksichtigung der Interessen der Gläubigergesamtheit verpflichtet sind, während ansonsten allein das Gesellschaftsinteresse maßgebend ist. Alles andere würde auch zu Abgrenzungsproblemen führen.

B. Umgang mit Weisungen von Gesellschaftern in der Krise

Diese unklare Rechtslage führt für Geschäftsleiter einer sich in der Krise befindlichen Gesellschaft zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit bei ihren Handlungen und Entscheidungen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Geschäftsleiter sich solchen Weisungen der Gesellschafter ausgesetzt sehen, deren Befolgung dem Interesse der Gläubigergesamtheit zuwiderläuft.

Vor diesem Hintergrund sollten Geschäftsleiter zur Reduzierung des eigenen Haftungsrisikos mit einem etwaigen Voranschreiten der Krise des eigenen Unternehmens die Interessen der Gläubigergesamtheit bei ihren Geschäftsleitungsmaßnahmen zumindest stärker beleuchten und diesen ein höheres Gewicht im Rahmen der eigenen Entscheidungsfindung einräumen. Dabei bedarf es selbstverständlich immer einer Betrachtung des Einzelfalls. Als grundsätzliche Empfehlung sollten Geschäftsleiter bereits bei den ersten konkreten Anzeichen einer wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft genauestens prüfen, was den Gesellschaftern zu-

gewendet werden kann bzw. darf. Zudem sollten Geschäftsleiter sowohl die Weisungen der Gesellschafter als auch ihre diesbezüglichen Entscheidungen nebst ihren Entscheidungsgrundlagen und -gründen schriftlich dokumentieren. Dies gilt gerade auch für die Berücksichtigung der Gläubigerinteressen im Zuge des Entscheidungsprozesses.

C. Keine Pflicht zur Nutzung des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens

Im Zusammenhang mit der vorstehenden Fragestellung ist auch zu untersuchen, ob es für Geschäftsleiter eine Pflicht zur Nutzung der Instrumente des StaRUG bzw. zur Inanspruchnahme des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens gibt.

Dies dürfte zu verneinen sein. Zwar sind Geschäftsleiter nach § 1 Abs. 1 StaRUG verpflichtet, fortlaufend über die Entwicklungen, welche den Fortbestand der Gesellschaft gefährden können, zu wachen und nach dem Erkennen solcher Entwicklungen geeignete Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Regelung ist somit festzuhalten, dass die Geschäftsleiter zur Einleitung geeigneter Gegenmaßnahmen verpflichtet sind.

Allerdings soll ihnen bereits nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers im Hinblick auf die Auswahl der zu treffenden Gegenmaßnahmen ein unternehmerischer Beurteilungs- und Ermessensspielraum zustehen.⁶ Entscheidend soll dabei sein, dass die betreffenden Maßnahmen die Gefährdung für den Fortbestand der Gesellschaft beseitigen.⁷ Eine Verpflichtung

⁶ BT-Drs. 19/24181, S. 104.

⁷ Mock, in: Skauradszun/Fridgen, StaRUG, § 1 Rn. 30.

zur Nutzung der Instrumentarien des StaRUGscheidenbereitsdeshalbaus,weildiese nur eine von vielen Sanierungsoptionen für eine Gesellschaft darstellen.⁸ Schließlich kann der Geschäftsleiter eine (drohende) Zahlungsunfähigkeit auch durch die Einwerbung von Eigen- oder Fremdkapital beseitigen oder im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit statt einer Restrukturierungsanzeige auch eine Sanierung im Eigenverwaltungsverfahren wählen.⁹

Soweit sich der Geschäftsleiter einer GmbH im Rahmen seiner Ermessensentscheidung jedoch für die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens entschieden hat, ist es erforderlich, sich vor der Anzeige der Restrukturierungssache in jedem Fall mit den Gesellschaftern abzustimmen. Dies nicht zuletzt deshalb, weil es sich bei dem Restrukturierungsverfahren um eine außergewöhnliche Maßnahme von besonderer Bedeutung handelt.¹⁰

D. Fazit

Die Geschäftsleiter sind in der Krise der Gesellschaft nicht zur Nutzung der Instrumentarien des StaRUG verpflichtet. Gleichwohl besteht aufgrund der unklaren Rechtslage hinsichtlich der Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen der Gläubigergesamtheit in der Krise für Geschäftsleiter ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit. Zur Reduzierung des damit einhergehenden Haftungsrisikos sollten Geschäftsleiter bei den ersten konkreten Anzeichen einer Krise der Gesellschaft genauestens prüfen, ob und welche Vorteile den Gesellschaftern gewährt werden. Zudem sollten Weisungen der Gesellschafter wie auch ihre Entscheidungen und Entscheidungsgründe schriftlich dokumentiert werden. ■

⁸ Vgl. auch Riedemann, in: Pannen/Riedemann/Smid, StaRUG, § 43 Rn. 16.

⁹ Vgl. auch Mock, in: Skauradszun/Fridgen, StaRUG, § 1 Rn. 30.

¹⁰ Goetker, in: Flöther, StaRUG, 2021, § 1 Rn. 78; vgl. auch Kramer, in: Skauradszun/Fridgen, StaRUG, § 31 Rn. 31; Brünkmans, ZInsO 2021, 125, 127.



Worauf Geschäftsführer und Geschäftsführerinnen achten sollten, um ein motiviertes und schlagkräftiges Führungsteam aufzubauen – 8 wirksame Maßnahmen



Michael Kühner,
geschäftsführender Gesellschafter,
Strametz & Associates GmbH

Aktuelle Herausforderungen

Veränderungen im Markt und in der Gesellschaft fanden schon immer statt. Aber heutzutage sind Führungskräfte in einem besonderen Maße herausgefordert, da verschiedene grundlegende Veränderungen zusammenkommen. Übergeordnet ist vor allem die massive Zunahme von Komplexität und Dynamik zu nennen, die ein immer schnelleres Agieren oder zumindest Reagieren fordern. Führungskräfte stehen in einem Spannungsfeld zwischen Markt- und Kundenanforderungen, Anforderungen vom Top-Management und natürlich den Anforderungen ihrer Mitarbeitenden. Der Führungsjob ist dadurch heute auch nicht mehr so attraktiv wie früher, da es inzwischen gute laterale Karrieremöglichkeiten ohne Personalverantwortung gibt, die durch wichtiges Wissen sowie Erfahrung Steigerungen von Verdienstmöglichkeiten ermöglichen. Auf der anderen Seite ist die Führungsarbeit heute ein eigenständiger Job geworden und nicht mehr nur das Beiwerk einer fachlich guten Performance. Das erhöht die Chancen für Menschen, die sich wirklich auf das Führen fokussieren und sich von einer starken Fachlichkeit lösen wollen/können.

Was sind wesentliche Unterschiede zu früher?

Wir müssen anerkennen, dass eine Machtverschiebung stattgefunden hat. Wir haben nun einen Anbieter-Markt, auf dem sich Unternehmen bei potenziellen Mitarbeitenden bewerben müssen und nicht umgekehrt. Gute Leute mit viel Potenzial oder bereits profunden Fähigkeiten befinden sich in der Lage, sich für einen passenden Arbeitgeber zu entscheiden – sie haben die Wahl. Selbst wenn die erste Wahl eine Fehlentscheidung sein sollte, ist heutzutage schnell ein guter neuer Job gefunden. Auch wenn es schwerfällt, diese Verschiebung müssen Geschäftsführer und Geschäftsführerinnen immer stärker anerkennen. Sie sind Bittsteller bei Bewerbenden geworden und sind nicht länger die Gönner für gute Arbeitsplätze.

Parallel findet ein Wertewandel statt. Die Generation von heute möchte ihr Leben sinnvoll gestalten und Freude bzw. Erfüllung bei ihren Tätigkeiten empfinden. Das Thema Life-Balance (das Wort "Work-Life-Balance" sollte man übrigens vermeiden, denn Arbeit gehört zum Leben dazu und ist somit ein integraler Bestandteil) ist für die junge Generation wichtig und wirkt ansteckend auch auf die „älteren“ Generationen. Die inhaltlichen Anforderungen von Mitarbeitenden an ihre Jobs sowie auch an ihre Arbeitgeber sind enorm gewachsen. Die Lücke zwischen Anspruch und Wirklichkeit wird gnadenlos auf den einschlägigen Bewertungsplattformen kundgetan. Auch immer mehr Führungskräfte wollen sich nicht verheizen lassen und pochen auf Rahmenbedingungen, die die Differenz zwischen Arbeitspensum auf Mitarbeiterebene und Führungsebene nicht zu groß werden lassen. Das Mehr an Gehalt wird vielfach schon als Schmerzensgeld tituliert.

Perspektive der Führungskräfte

Es ist vielfach zu beobachten, dass Führungskräfte auf die Anforderungen der neuen Arbeitswelt zu wenig vorbereitet werden. Sie werden buchstäblich „ins kalte Wasser geschmissen“. Der Automatismus, eine gute Fachkraft zur Führungskraft zu befördern, hat sich noch nie als sinnvolle Lösung präsentiert. Bei Führung geht es um weitaus mehr als die Fachexpertenrolle, die zuvor eingenommen wurde. Daher ist eine gute Vorbereitung auf diese neue Rolle unerlässlich. Inwieweit die Eignung und das Potenzial für Führung vorhanden sind, muss entsprechend rechtzeitig vorher geprüft werden. Es darf nicht automatisch von guten fachlichen Leistungen darauf geschlossen werden, dass das Potenzial für Führung in einem ebenso guten Ausmaß vorhanden ist.

Zudem erleben Führungskräfte eine hohe Überforderung aus den bereits im ersten Teil genannten Gründen, was übrigens auch einige Studien belegen (z.B. Führungskräfte radar Bertelsmann Stiftung, 2019). Viele Führungskräfte fühlen sich allein gelassen. Warum? Auf der einen Seite aufgrund der hohen Anforderungen von Geschäftsführenden und der aus ihrer Sicht überzogenen Anforderungen der Mitarbeitenden. Auf der anderen Seite sind sie frustriert und werden daher führungsmüde. Daraus entstehen häufig zwei Reflexe:

1 Ein autoritärer Führungsstil wird verstärkt angewandt. Es wird versucht, die Situation mit der Brechstange zu lösen, was die Situation aber eher verschlimmert.

2 Aufgrund innerer Resignation fällt man zunehmend in einen Laissez-Faire-Stil. Dieser ist allerdings für die Mitarbeitenden genauso schädlich und demotivierend.

Perspektive der Mitarbeitenden

Viele Mitarbeitende erleben eine unzureichende oder übermäßige Führung. Es wird häufig beklagt, dass die Führung nicht professionell ist. Schlechte Führung ist nach wie vor der häufigste Kündigungsgrund. Daher sind die Kosten für schlechte Führung sehr hoch.

Was passiert auf Seiten der Mitarbeitenden, wenn sie nicht gut geführt werden?

Sie sind demotiviert, machen „Dienst nach Vorschrift“ oder streben sogar einen Jobwechsel an. Vor allem wechseln die besten Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen immer als erstes. Sie finden meist schnell einen guten neuen Job. Die anderen Mitarbeitenden haben diesbezüglich etwas mehr Schwierigkeiten, befinden sich aber oft in diesem „inneren Kündigungsmodus“. Insofern nützen aktuell niedrige Fluktuationsraten, mit den sich manche Unternehmen immer noch pauschal brüsten, am Ende des Tages nichts, wenn die „falschen“ Leute gehen bzw. bleiben.

Positionen im Unternehmen bleiben unbesetzt, wenn zu wenig Potenziale in den eigenen Reihen bekannt sind. Folglich müssen Unternehmen einen langwierigen Prozess der Rekrutierung am Markt in Kauf nehmen, der sich oftmals nicht auszahlt: Auf Papier können sich potenzielle neue Mitarbeitende gut verkaufen, doch passen sie wirklich ins Team und zur Unternehmenskultur? Die Kosten, welche für Personalberatung, Einstellungsprozess, Einarbeitung und Wissenstransfer aufgewendet werden müssen, sind nicht zu unterschätzen.

Es braucht also eine gute, zeitgemäße und sowohl unternehmens- als auch mitarbeiterorientierte Führung.



8 wirksame Maßnahmen, um ein motiviertes und schlagkräftiges Führungsteam aufzubauen

Was können Geschäftsführer und Geschäftsführerinnen unternehmen, um diesen Ansprüchen zu begegnen und ein schlagkräftiges, aber auch gesundes und wirksames Führungsteam aufzubauen?

1 Geschäftsführende von Unternehmen müssen sich mit dem Thema Talent- und Nachfolgemanagement rechtzeitig – am besten kontinuierlich – auseinandersetzen, um genügend Talente und Potenzialträger bzw. Potenzialträgerinnen in den eigenen Reihen zu identifizieren und sie für künftige Jobs zu entwickeln. So werden die Kosten für externe Suche und Gewinnung verringert und die Motivation der eigenen Mitarbeitenden erhöht, die sich verstärkt wahrgenommen fühlen.

2 Bei der Identifizierung von künftigen Führungskräften ist es wichtig, dass auf das Potenzial geschaut wird und nicht ausschließlich auf die Kompetenz. Menschen, die noch in keiner Führungsposition sind, fehlt es an Erfahrung und somit an Wissen. Daraus resultiert oft der Trugschluss, dass man sie per se nicht als Führungskraft sieht. Doch es kommt auf das Potenzial dahinter an: Besitzt jemand von seiner Persönlichkeit, von seinem Ehrgeiz und von seinen mitgebrachten Talenten das Zeug dazu, notwendiges Wissen und Handlungskompetenzen zu erlernen – und zwar auf einem schnellen Wege – dann sollte hier investiert werden. Führung ist grundsätzlich erlernbar, aber wie schnell und weitgehend, hängt von den Potenzialen ab.

3 Die Auswahl und Förderung von Potenzialträgern sollten unter Einbezug der Mitarbeitenden stattfinden. Durch die Transparenz

und offene Kommunikation werden die Interessen und Ambitionen dieser Talente in den Fokus gerückt und dadurch entsteht eine positiv empfundene Wahrnehmung seitens der Mitarbeitenden. Selbst die Erkenntnis, dass die Aufgabe der Führung nicht das Richtige ist, wird eher positiv dadurch erlebt, dass es ermöglicht wurde, dies gemeinsam festzustellen.

4 Als nächstes geht es um den Aufbau von Entwicklungsmaßnahmen für Potenzialträger und Potenzialträgerinnen. Dabei darf nicht immer nur an Training gedacht werden. Mentoring oder andere Begleitungskonzepte, die Übernahme neuer Aufgaben – vor allem Stellvertreteraufgaben – ergänzen Schulungen, um in das Thema Führung mit Augenmaß hineinzuwachsen. Ein guter Mix aus verschiedenen Maßnahmen ist der effiziente, nachhaltigste Weg, das Thema Führung kompetent zu verstehen und umzusetzen – „on the job“ ganz praktisch und begleitend mit Wissen und Training.

5 Der ganze Entwicklungsprozess bedarf regelmäßiger Gespräche und Feedback. Es sollten immer wieder Präferenzen, Erfahrungen, Wünsche und Herausforderungen und mögliche Perspektiven im Dialog besprochen werden. Eine langfristige starre Planung ist beim Nachfolgemanagement heute sowieso schwierig, da die zukünftige Entwicklung von vakanten Positionen im Unternehmen nicht genau vorhersagbar ist. Ein regelmäßiger Austausch mit Talenten und Potenzialtragenden ist deshalb unerlässlich. Zudem wünschen Menschen regelmäßiges Feedback. Dieses sollte auch wertschätzend kritisch sein, darf also auch mal wehtun, wenn es mit einer grundsätzlich fördernden Haltung geschieht.

6 Mit der bestehenden Führungsmannschaft sollten Geschäftsführer und Geschäftsführerinnen ebenfalls regelmäßig im Aus-

tausch sein und das nicht nur zu Business Themen. Gerade wenn hier ein offenes Ohr für die Führungsthemen und Anliegen der Führungskräfte gezeigt wird, fühlen sich die Führungskräfte in ihrer Rolle ernst genommen und gehört.

7 Der Erfahrungsaustausch unter den Führungskräften selbst sollte zusätzlich gefördert werden. Es ist gerade in diesen bewegten Zeiten so wichtig, dass der regelmäßige Erfahrungsaustausch mit anderen Führungskräften aktiv umgesetzt wird. Herausforderungen müssen gemeinsam überlegt und angegangen werden. Kollegiale Beratung ist ein gutes Mittel.

8 Eine regelmäßige Evaluierung der Führungs- und Teamkultur bilden einen guten Gesamtrahmen für das People Management allgemein, aber auch Talent- bzw. Nachfolgemanagement speziell. Hier bieten sich 180 bis 360 Grad-Feedbacktools an, mit denen die Themen Führungsstile, Kulturparameter und Zufriedenheit erhoben werden können. Dabei geht es aber nicht nur um die reine Erhebung, sondern um die Auseinandersetzung zur Klärung von Missständen, zu Stimmungen und Veränderungsbedarfen. Darin können die Teams der Führungskräfte aktiv einbezogen werden. Auch hier ist die regelmäßige Kommunikation der Schlüssel und trägt zu einer positiven Entwicklung der Führungskultur bei.

Fazit

Der größte Fehler, den Geschäftsführer und Geschäftsführerinnen machen, ist, dass sie in diese Aktivitäten so lange nicht investieren, wie die Geschäfte stimmen und Ergebnisse gut aussehen. Das sollte in der heutigen Zeit nicht mehr die Devise sein. Denn früher oder später kommt es meist zu einem Einbruch, einer Konjunktur-

delle oder anderen Marktveränderungen. Wer dann seine Hausaufgaben im People Management nicht gemacht hat, wird das Ruder nicht eben mal schnell herumreißen. Aktionismus durchschauen die Menschen heute schnell und Vertrauen ist schnell verspielt, kann aber leider nicht im gleichen Tempo aufgebaut werden. ■



Die Immobiliengesellschaft

Ein steueroptimiertes und strategisches Instrument zur privaten Vermögensverwaltung



Dr. Zacharias-Alexis Schneider, LL.B., LL.M.,
Partner, Rechtsanwalt und Steuerberater,
Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt
für Handels- und Gesellschaftsrecht,
Fachberater für Unternehmensnachfolge
(DStV e.V.),
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Immobilien bilden noch vor den Finanzanlagen, wie Aktien und Kryptowährungen, in Deutschland und den meisten anderen Volkswirtschaften inzwischen die bedeutendste Assetklasse im Privatvermögen ab. Sowohl im Rahmen der Vermögensbildung als auch der Vermögensverteilung spielen Immobilien eine wichtige Rolle. Zeitgleich steht das Besteuerungskonzept für Immobilien stetig auf dem Prüfstand. Die gilt nicht allein für die Grund- oder Grunderwerbsteuer, sondern auch für die laufende Ertragsbesteuerung und die Erbschaft- und Schenkungsteuer. Im Jahr 2020 wurde in über 120 000 erb- und schenkungsteuerbaren Übertragungen auch Immobilienvermögen übertragen. Der Wert des übertragenen Grundvermögens lag bei über 32 Mrd €. Aus diesem Grund gehört die Einbindung von Familiengesellschaften insbesondere bei der Übertragung von Immobilienvermögen inzwischen zum Standardwerkzeug in der Vermögensnachfolge. Die Immobiliengesellschaft bzw. der sog. Familienpool hat sich jedoch hierbei nicht allein in der vorweggenommenen Erbfolge bewährt, sondern wird insb. aufgrund der vielfältigen und individualisierbaren Ausgestaltungsmöglichkeiten auch zur Strukturierung des Privatvermögens genutzt.

I. Reform der Immobilienbesteuerung

Die steuerliche Privilegierung von Immobilienvermögen steht sowohl in der steuerpolitischen wie in der steuerfachlichen Diskussion auf dem Prüfstand, da die hohen Immobilienpreise zumindest auch durch die steuerlichen Rahmenbedingungen beeinflusst werden. Es verwundert daher, dass sich weder in den

Wahlprogrammen noch dem Koalitionsvertrag der neuen Bundesregierung klare Aussagen zur Zukunft der Immobilienbesteuerung finden lassen. Gleichwohl wird insbesondere der Druck auf die Steuerbefreiung von privaten Immobilienveräußerungsgewinnen nach der Spekulationsfrist von 10 Jahren – wie aber auch von Kryptowährungen nach der Spekulationsfrist von 1 Jahr – deutlich höher, da gleichlautend in der steuerfach- und steuerpolitischen Diskussion in diesen Steuerfreistellungen eine Besteuerungslücke identifiziert wird. Diese Steuerbefreiung ist aber in der Regel der hauptsächliche Treiber im Rahmen der Strukturierung von Immobilien im Privatvermögen oder sog. vermögensverwaltenden Personengesellschaften.

II. Spekulationsfrist von 10 Jahren

Die auszumachenden Tendenzen der Privatwirtschaft aufgrund der stark ansteigenden Immobilienpreise Immobilienveräußerungsgeschäfte bereits innerhalb des 10-Jahreszeitraums wirtschaftlich anzulegen und erst nach Ablauf der Spekulationsfrist zivilrechtlich wirksam abzuschließen, um die Spekulationsfrist zu umgehen, dürfte den Reformdruck noch erhöhen. Sinn und Zweck des § 23 EStG ist es, nur innerhalb der in dieser Vorschrift definierten Frist im Privatvermögen des Steuerpflichtigen erzielte Werterhöhungen eines bestimmten Wirtschaftsguts der Besteuerung zu unterwerfen. Ausschlaggebend sowohl für den Beginn als auch das Ende der Frist ist grds. das schuldrechtliche Geschäft, mithin in der Regel der Abschluss des Kaufvertrages. Selbst mit einer aufschiebenden Bedingung kann die Wirksamkeit des

schuldrechtlichen Geschäfts nicht auf einen späteren Zeitpunkt hinausgeschoben werden. Der Bundesfinanzhof beurteilt dies jedoch bspw. für sog. schwebend unwirksame Geschäfte anders. Schwebend unwirksam ist bspw. ein Geschäft, das durch einen vollmachtlosen Vertreter für den Verkäufer abgeschlossen wird und der Genehmigung des eigentlichen Veräußerers bedarf. In diesen Fällen komme es nicht auf den Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufvertrages, sondern auf jenen der (nachfolgenden) Genehmigung an. Gleiches könnte grds. auch für Rechtsgeschäfte gelten, die der betreuungs-, nachlass- oder familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen.

III. Gründe für eine Immobiliengesellschaft

Der Erwerb oder die Einbringung von Immobilienvermögen in eine Immobiliengesellschaft ermöglicht zunächst die Beteiligung von nachfolgeberechtigten Familienmitgliedern durch die Schaffung von beliebig skalierbaren Anteilen an einer Gesellschaft. Die Immobiliengesellschaft kann in einer Vorbereitungsphase auch ohne die nachfolgeberechtigten Familienmitglieder geführt werden. Der Fami-

lienpool ermöglicht hierbei aber insb. die sukzessive und steuerschonende Übergabe von Immobilienvermögen. Der schrittweise Einbezug der nachfolgenden Generation in die Vermögensverwaltung eröffnet zudem eine Heranführung der jüngeren Generation an die Verwaltung des Familienvermögens und hilft außerdem Erbstreitigkeiten zu vermeiden und den Familienfrieden zu stärken.

Nicht zu vernachlässigen ist zudem, dass die Immobiliengesellschaft das Vermögen vor dem unerwünschten Zugriff von Dritten schützt und somit einen Beitrag zur Asset Protection liefern kann. Die Vinkulierung von Gesellschaftsanteilen, Ausscheidungs- und Abfindungsklauseln bei definierten Regelverstößen, gesellschaftsrechtliche Nachfolgeklauseln oder bspw. die Verpflichtung der Gesellschafter zur Ausnahme des Vermögens aus dem Zugewinn können einen Beitrag dazu leisten, das Immobilienvermögen gegen Zersplitterung und vor ungewollten Verfügungen der Nachfolgeneration zu schützen.

IV. Rechtsformwahl

Neben den zivilrechtlichen Implikationen, wie Gründungsaufwand und -kosten, Be-

teiligung Minderjähriger oder Publizitätspflichten geben regelmäßig die steuerlichen Implikationen den Ausschlag für die Rechtsform. Unabhängig von der Wahl einer Kapital- oder Personengesellschaft ist für die Immobiliengesellschaft häufig die ausschließlich vermögensverwaltende Tätigkeit prägend. Aus diesem Grund werden regelmäßig nicht allein Immobilien, sondern auch andere Wirtschaftsgüter, wie Finanzanlagen, die ausschließlich einer vermögensverwaltenden Tätigkeit dienen, mit in die Gesellschaft eingebracht.

V. Vermögensverwaltende Personengesellschaften

Eine Immobiliengesellschaft wird daher nicht selten als vermögensverwaltende, nicht gewerblich tätige Personengesellschaft ausgestaltet. Die Gesellschaft erzielt deshalb originär z. B. Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung oder aus Kapitalvermögen und wahrt insbesondere die Möglichkeit nach Ablauf der Spekulationsfristen Immobilien auch steuerfrei zu veräußern. Die Mieteinnahmen unterliegen bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften aber auf Ebene der Gesellschafter als Einkünfte aus Vermietung

und Verpachtung der Einkommensteuer mit dem jeweiligen persönlichen Einkommensteuersatz. Zwar können insbesondere Zinsen und Abschreibungen gegen die Mieteinnahmen verrechnet werden, der durchschnittliche (individuelle) Steuersatz dürfte aber im Hinblick auf die laufende Besteuerung nicht selten höher liegen als bei einer Kapitalgesellschaft. Ihre eigentlichen Vorteile spielt die Personengesellschaft im Rahmen der Errichtung aus, wenn bereits Bestandsimmobilien vorhanden sind. Die Einbringung von Immobilien in eine für steuerliche Zwecke transparente Gesellschaft kann regelmäßig weitgehend grunderwerbsteuerneutral- oder zumindest -scho-nend erfolgen.

VI. Vermögensverwaltende Kapitalgesellschaften

Die Übertragung von Grundvermögen auf die Kapitalgesellschaft kann dagegen nur in Ausnahmefällen grunderwerbsteuerneutral gestaltet werden. Dies ist immer dann unproblematisch, wenn die Immobilien noch angeschafft werden sollen, mithin der einmalige Anfall von Grunderwerbsteuer ohnehin nicht vermeidbar ist. Mieteinnahmen und etwaige Veräu-

ßerungsgewinne unterliegen der Körperschaftsteuer und dem Solidaritätszuschlag und grundsätzlich auch der Gewerbesteuer. Bei ausschließlich grundbesitzverwaltender Tätigkeit sind jedoch regelmäßig die Voraussetzungen der sog. erweiterten Gewerbesteuerkürzung erfüllt, so dass die laufende Besteuerung mit 15,83 % gegenüber jener in der vermögensverwaltenden Personengesellschaft optimaler ausgestaltet werden kann. Dies gilt auch deshalb, weil Immobilien in einem Betriebsvermögen regelmäßig mit 3% anstatt mit 2% abgeschrieben werden können.

VII. Nachfolge mit Immobilienfamiliengesellschaften

Eine sog. Immobilienfamiliengesellschaft oder der sog. Familienpool zeichnet sich in der Planung der Maßnahmen für eine vorweggenommene Erbfolge durch den individualisierbaren Zuschnitt auf die Interessen der übergebenden Generation und die Nachfolgeneration aus. Es ist in einem ersten Schritt das Immobilienvermögen näherungsweise gleichmäßig auf die übergebende Generation, mithin regelmäßig zwischen den Ehegatten, zu

verteilen. Nach der Gründung werden die Immobilien – ggf. unter Bestellung eines Vorbehaltsnießbrauchs – in die Gesellschaft eingebracht. Das Nießbrauchsrecht kann den Übergebern auf ihre Lebenszeit die Erträge sichern und senkt den Wert der später im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zu übertragenden Anteile an der Immobiliengesellschaft. Auf diese Weise kann die sukzessive Übertragung von Immobilienvermögen auf die nächste Generation – nicht zuletzt um die Freibeträge bei der Schenkungsteuer alle 10 Jahre wiederholt zielgenau nutzen zu können – gelingen.

VIII. Ausblick

Immobilien gesellschaften haben sich nicht nur im Rahmen der Nachfolgeplanung, sondern auch der Strukturierung des Privatvermögens bewährt. Die steuerlichen Rahmenbedingungen für Immobilien stehen derzeit jedoch weiterhin auf dem Prüfstand, so dass insbesondere auch die Rechtsformwahl von Immobiliengesellschaften mit Blick auf die Zukunft sorgfältig abgewogen werden sollte. Der derzeitige steuerpolitische Diskurs legt eine Einschränkung der Steuerbefreiungen für Immobilienveräußerungen zumindest

nahe. Die Ungleichbehandlung, wie bspw. im Vergleich zu Aktienanlagen, wird sich voraussichtlich nicht langfristig rechtfertigen lassen. Das Steuerkonzept sollte aber auch auf zukünftige Entwicklungen insb. i.R.d. zu erwartenden wachsenden Bedeutung von ESG-Kriterien (Environmental, Social and Governance) offen ausgestaltet und vorgedacht werden. Die Ausstattung von Gebäuden mit Photovoltaikanlagen birgt bspw. das Risiko der sog. gewerblichen Infizierung einer vermögensverwaltenden Immobiliengesellschaft. ■



Der fehlerhafte Geschäftsführeransetzungsvertrag |

Rechtliche und taktische Erwägungen für Geschäftsführer und Gesellschaft



Dr. Constantin Axer,
Rechtsanwalt und Partner und



Dr. Dennis Ehrlich,
Rechtsanwalt,
Seitz Rechtsanwälte Steuerberater

1. Grundsätze des fehlerhaften Geschäftsführeransetzungsvertrages

Soll ein neuer Geschäftsführer in einer GmbH beschäftigt werden, so bedarf es einer strikten Trennung zwischen seiner organschaftlichen Bestellung und seiner dienstvertraglichen Anstellung. Sowohl organschaftliche Bestellung als auch dienstvertragliche Anstellung bedürfen im Rahmen der internen Willensbildung eines gesonderten Beschlusses des personalkompetenten Organs, in der Regel somit eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung oder im Einzelfall – wenn das Recht zur Be- und Anstellung von Geschäftsführern aufgrund des MitbestG oder aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelungen dem Aufsichtsrat oder einem Beirat übertragen wurde – eines Beschlusses dieses Gremiums. Der Vollzug der internen Willensbildung nach außen, insbesondere durch Unterzeichnung des Geschäftsführeransetzungsvertrages, kann zwar einem Mitglied des personalkompetenten Organs oder einem Dritten übertragen werden. Auch dies bedarf aber eines gesonderten Beschlusses durch das Gesamtorgan, durch den die zum Vollzug des Beschlusses vorgesehene Person entsprechend ermächtigt wird.

In der Praxis kommt es insoweit immer wieder zu formalen Versäumnissen. Häufig ist den handelnden Personen die Unterscheidung zwischen Bestellung zum Geschäftsführer und Anstellung des Geschäftsführers nicht bekannt. Da die Eintragung des Geschäftsführers im Handelsregister nur Ersteres erfordert, wird bei der Anstellung des Geschäftsführers oftmals nicht die erforderliche Sorgfalt angewandt. Insbesondere kommt es immer wieder dazu, dass der Geschäftsführeransetzungsvertrag auf Seiten

der Gesellschaft nur durch den Mehrheits- oder den „treibenden Gesellschafter“ unterzeichnet wird, ohne dass die anderen Gesellschafter sich mit den Einzelheiten des Vertrages hinreichend vertraut gemacht haben, geschweige denn den handelnden Gesellschafter durch einen entsprechenden Beschluss konkret zum Abschluss des Vertrages ermächtigt haben. In all diesen Fällen ist die Wirksamkeit des Geschäftsführeransetzungsvertrages zumindest angreifbar. Wenn anstatt der Gesellschafterversammlung ein Aufsichtsrat oder ein Beirat die Personalkompetenz gegenüber der Geschäftsführung in der jeweiligen GmbH besitzt, ist das Fehlen eines Beschlusses des Gesamtorgans betreffend die Zustimmung zum konkret in Rede stehenden Ansetzungsvertrag in der Praxis sogar noch häufiger zu beobachten.

Zum Schwur kommt es sodann meistens in der konkreten Trennungssituation. Bei der Frage, ob sich die Gesellschaft von einem ihr unliebsam gewordenen Geschäftsführer trennen kann, wird die (anwaltlich beratene) Gesellschaft in der Regel auf die mögliche Fehlerhaftigkeit des Vertrages aufmerksam werden und kann sich diese im Rahmen der Trennung zu Nutze machen. Denn ein unwirksamer Geschäftsführeransetzungsvertrag ist zwar unter Heranziehung der Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses für die Dauer der Geschäftsführertätigkeit als wirksam zu behandeln, beide Seiten können sich von diesem aber für die Zukunft jederzeit und ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes losagen und den Geschäftsführeransetzungsvertrag damit mit sofortiger Wirkung auflösen. Fest vereinbarte Vertragslaufzeiten laufen dementsprechend ebenso ins Leere wie der Grundsatz, dass es für eine fristlose Kündigung eines wichtigen Grundes bedarf.

Hiermit konfrontierte Geschäftsführer wittern in dieser Situation eine „schreiende Ungerechtigkeit“, weil der Vertretungsmangel der Gesellschaft doch nicht zu ihren Lasten gehen könne und der Vertrag zumindest faktisch gelebt wurde. Die höchstrichterliche Rechtsprechung steht der Anerkennung bzw. Heilung fehlerhaft zu Stande gekommener Verträge indes (häufig zu Recht) kritisch gegenüber. Insbesondere müssen neben dem Ablauf eines bestimmten Zeitrahmens (Zeitmoment) weitere vertrauensbegründende Umstände durch das personalkompetente Organ hinzutreten (sog. Umstandsmoment), wie z.B. Gehaltserhöhungen oder andere Maßnahmen, die das Vertrauen des Geschäftsführers auf die Rechtsbeständigkeit des Vertrages gestärkt haben.

Praxistipp: Prüfen Sie als Geschäftsführer, ob Ihr eigener Anstellungsvertrag durch die „richtigen“ Vertreter der Gesellschaft unterzeichnet wurde bzw. lassen Sie sich gegebenenfalls den Beschluss vorlegen, durch den das personalkompetente Organ dem Abschluss ihres Anstellungsvertrages zugestimmt hat.

2. Handlungsoptionen und Einzelfragen bei Vorliegen eines fehlerhaften Anstellungsvertrages

Steht die Fehlerhaftigkeit des Geschäftsführeranstellungsvertrages erst einmal im Raum, stellen sich auf Seiten des betroffenen Geschäftsführers ebenso wie auf Seiten der Gesellschaft – die im GmbH-Konzern in der Regel durch die Mutter-GmbH vertreten wird, für die wiederum die Geschäftsführung der Mutter-GmbH in vertretungsberechtigter Zahl entscheidet – eine Vielzahl von rechtlichen und taktischen Einzelfragen, die mitunter noch nicht höchstrichterlich geklärt sind.

2.1 Umgang auf Seiten des betroffenen Geschäftsführers

Der betroffene Geschäftsführer wird sich in einem Kündigungsrechtsstreit naturgemäß gegen die von der Gesellschaft behauptete Fehlerhaftigkeit des Anstellungsvertrages zur Wehr setzen. Soweit der Geschäftsführer nicht über konkrete Informationen zur Beschlusslage verfügt, wird er zumindest die Person, die den streitgegenständlichen Geschäftsführeranstellungsvertrag unterzeichnet hat, als Zeugen benennen.

Zusätzlich wird der Geschäftsführer den Druck auf die Gesellschaft dadurch erhöhen können, dass er der für die Gesellschaft bei Vertragsunterzeichnung handelnden Person den Streit verkündet. Die Streitverkündung ist dabei die Kehrseite des von der Gesellschaft vorgebrachten Einwands der Fehlerhaftigkeit des Vertrages. Denn wenn der Anstellungsvertrag infolge eines Vertretungsmangels auf Gesellschaftsseite nicht ordnungsgemäß zu Stande gekommen ist und sich die Gesellschaft somit jederzeit vom Vertrag lossagen kann, bestehen zumindest Anhaltspunkte für eine Haftung des Gesellschaftsvertreters als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179 BGB, die in einem Zweitprozess gegen den Gesellschaftsvertreter geltend gemacht werden müssen.

Praxistipp: Falls Sie sich als Geschäftsführer dem Einwand eines fehlerhaften Anstellungsvertrages ausgesetzt sehen, dürfte sich in der Regel eine Streitverkündung gegenüber demjenigen anbieten, der den Anstellungsvertrag für die Gesellschaft unterzeichnet hat, damit dieser an die Entscheidungen aus dem Erstprozess gegen die Gesellschaft im Wesentlichen gebunden ist.





Für den Geschäftsführer steht trotz der Wirkungen der Streitverkündung auch im Erstprozess gegen die Gesellschaft noch viel auf dem Spiel. Denn inwieweit er sich nach möglichem Unterliegen im Erstprozess in einem Zweitprozess beim Streitverkündeten gemäß § 179 BGB schadlos halten kann, ist noch nicht verlässlich geklärt. Wird der Streitverkündete im Zweitprozess – wovon im Regelfall auszugehen ist – darlegen können, dass er keine positive Kenntnis vom Fehlen der Vertretungsmacht hatte und fest davon ausging, dass er im Sinne des personalkompetenten Organs gehandelt habe, begrenzt sich die Haftung des Organvertreterers gem. § 179 Abs. 2 BGB grundsätzlich auf das sog. negative Interesse.

Nach dem negativen Interesse wäre der Geschäftsführer aber nur so zu stellen, wie er stünde, wenn er nicht auf die Gültigkeit des Anstellungsvertrages vertraut hätte. Daher wären nur solche Schäden zu ersetzen, die entstanden sind, weil der betroffene Geschäftsführer im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Anstellungsvertrages ein anderes Vertragsangebot ausgeschlagen oder sein letztes Vertragsverhältnis gekündigt hat (z.B. höhere Vergütung oder

betriebliche Altersversorgung). Nicht ersatzfähig hingegen wäre die durch die sofortige Lossagung entgangene Vergütung bei der beklagten Gesellschaft.

Ferner sieht sich der betroffene Geschäftsführer möglicherweise selbst dem Einwand ausgesetzt, er habe als Geschäftsführer erkennen müssen, dass es an einem Organbeschluss hinsichtlich seiner Anstellung fehle. Immerhin ist der Geschäftsführer gesetzlich verpflichtet, die Bücher der Gesellschaft zu führen sowie Gesellschafterbeschlüsse vorzubereiten und zu dokumentieren. Wenn dem Geschäftsführer insoweit eine grob fahrlässige Unkenntnis vorzuwerfen ist, scheidet eine Haftung des Streitverkündeten im Zweitprozess nach § 179 Abs. 3 BGB aus.

Schließlich scheidet eine Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht für die entgangene Vergütung gegenüber der Gesellschaft auch aus, wenn der Anstellungsvertrag noch aus anderen Gründen unwirksam ist. Denn dann ist die mögliche eigenmächtige Unterzeichnung des Streitverkündeten nicht kausal für etwaige Schäden. All dies birgt erhebliche Unsicherheiten für den Geschäftsführer.

2.2 Umgang auf Seiten der Gesellschaft

Für die trennungswillige Gesellschaft hat das Berufen auf den fehlerhaften Anstellungsvertrag auf den ersten Blick nur Vorteile. Liegt eine Fehlerhaftigkeit vor, so muss im Falle einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung die Kündigungsfrist nicht eingehalten werden und im Falle einer beabsichtigten fristlosen Kündigung bedarf es nicht der – sonst erforderlichen – schwierigen Darlegung einer Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung infolge eines wichtigen Grundes.

Auf den zweiten Blick können sich aber auch ebenso zu berücksichtigende Nachteile ergeben. Ist die bei der Unterzeichnung des Anstellungsvertrages handelnde Person weiterhin Gesellschafter bzw. im Amt (z.B. Aufsichtsrats- oder Beiratsvorsitzender), sieht diese Person sich einem Interessenkonflikt ausgesetzt. Denn den vorbeschriebenen Vorteilen für die Gesellschaft steht – wie oben aufgezeigt – eine mögliche Haftung dieser Person als Vertreter ohne Vertretungsmacht gemäß § 179 BGB gegenüber.

Auch wenn der Vertreter ohne Vertretungsmacht nicht mehr im Amt ist, mag sich der amtierende Aufsichtsrat oder

Beirat schwer damit tun, ihren ehemaligen Kollegen (häufig gar den Vorsitzenden) in die Gefahr einer persönlichen Inanspruchnahme zu bringen.

Soweit eine D&O-Versicherung besteht, dürfte diese Gefahr allerdings deutlich vermindert sein. Zwar wurde die Frage der Deckung einer Haftung nach § 179 BGB in der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – noch nicht konkret für eine D&O-Versicherung entschieden, das Tatbestandsmerkmal der Inanspruchnahme auf Schadensersatz auf Grund gesetzlicher Haftungsbestimmungen findet sich jedoch auch in allgemeinen Versicherungsbedingungen für Haftpflichtversicherungen. Hier hat der BGH bereits 1971 entschieden, dass § 179 BGB die Voraussetzungen an eine gesetzliche Haftpflichtbestimmung erfüllt.

Dessen ungeachtet verbleiben nicht unerhebliche Unsicherheiten für die Gesellschaft. Denn das amtierende oder ehemalige Organmitglied, das sich dem Vorwurf einer Vertretung ohne Vertretungsmacht im Kündigungsrechtsstreit zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft ausgesetzt sieht, wird im Wege der Streitverkündung grundsätzlich auf Seiten des Geschäftsführers beitreten und im Rahmen

einer Beweisaufnahme möglicherweise argumentieren wollen, dass der erforderliche Beschluss mündlich gefasst worden sei, um seiner persönlichen Haftung zu entgehen. Auch hier werden – nicht zuletzt in Anbetracht von Verschwiegenheits- und Treuepflichten des ehemaligen Vertreters der Gesellschaft – verschiedene Interessenkollisionen offensichtlich, bei denen die Gesellschaft jedenfalls im Ergebnis nicht „gut aussieht“.

Selbst wenn die Gesellschaft versuchen sollte, eine entsprechende Aussage zu verhindern, indem es diesen an seinen Verschwiegenheitspflichten festhält, ist schon umstritten, ob sich die Verschwiegenheitspflicht und das damit korrespondierende Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Abs.1 Nr. 6 ZPO auch auf eigene Handlungen des Zeugen erstreckt. Aber selbst wenn man dies annimmt und die Gesellschaft eine Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht nicht erteilt, kann das Gericht dies im Rahmen der Beweiswürdigung nach § 286 ZPO frei würdigen und die fehlende Befreiung nach den Grundsätzen zur Beweisvereitelung auch zu Lasten der Gesellschaft auslegen.

Die vorstehenden Probleme und Interessenkonflikte zeigen, dass im Falle eines

möglicherweise fehlerhaften Anstellungsvertrages auch aus Sicht der Gesellschaft nicht schematisch vorgegangen werden kann, sondern die Vor- und Nachteile anhand des konkreten Sachverhaltes sorgfältig abgewogen werden müssen. Insgesamt drohen beim Umgang mit einem möglicherweise fehlerhaften Geschäftsführeranstellungsvertrag daher verschiedene Fallstricke für beide Seiten, die es zu beachten gilt. ■



Cyber-Risiken und Managerhaftung: Absicherungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit IT-Sicherheitsvorfällen



Theodoros Bitis, LL.M.,
Prokurist, Syndikusrechtsanwalt,
Head of Cyber, Center of Excellence,
Howden

Mit der rasant wachsenden Bedrohung durch Cyberkriminalität steigen auch die Haftungsrisiken für die Unternehmensführung. Bekanntermaßen trägt die Geschäftsleitung die Verantwortung für die ordnungsgemäße Unternehmensführung – und dazu gehören auch die interne IT-Organisation und die IT-Sicherheit.

Erweisen sich die Maßnahmen vor und während eines IT-Sicherheitsvorfalls als lückenhaft, wird relativ zügig der Vorwurf eines Organisationsverschuldens laut. Bei schuldhaften Versäumnissen können dann die Manager auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

Anders als ein einfacher Angestellter, der sich bei einem pflichtwidrigen Verhalten gegebenenfalls auf die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs berufen kann, haftet ein Manager im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit unbeschränkt – und zwar mit seinem gesamten Privatvermögen. Wenn ihm beispielsweise schuldhafte Versäumnisse bei der Überwachung der IT-Sicherheit nachgewiesen werden, die in eine erfolgreiche Cyber-Attacke münden, kann das schwerwiegende finanzielle Folgen auch für ihn haben.

Aktuelle Entwicklungen

In den USA haben Gerichte und Behörden im Jahr 2021 einen neuen Höchststand an Managerhaftungsfällen verbunden mit Cyber-Risiken verzeichnet. In einem der bekanntesten Fälle

befasste sich die US-Börsenaufsicht SEC sogar mit einem Versicherer: Das Management der First American Financial Corp. erfuhr erst durch die Anfrage eines Journalisten von einer Schwachstelle in den hauseigenen IT-Systemen, die vermeintlich zur Offenlegung einiger hundert Millionen von Datensätzen geführt hatte. Was die Unternehmensverantwortlichen, als sie sodann eine Stellungnahme veröffentlichten, nicht wussten: Die eigenen IT-Sicherheitsbeauftragten hatten die Schwachstelle bereits früher entdeckt, aber noch nicht an das Management gemeldet. In diesem Fall konnte sich das Management einer Haftung vorerst entziehen, da kein Organisationsverschulden nachgewiesen werden konnte. Hätte sich aber nachweisen lassen, dass das Management schon früher Kenntnis hatte und untätig blieb, hätten dem Unternehmen und seinen Vertretern empfindliche Strafen gedroht.

Ein weiterer aufsehenerregender Fall betraf Pearson plc, einen britischen Bildungsdienstleister, ebenfalls mit Börsennotierung in den USA. Im März 2019 entdeckte das Unternehmen, dass ein Hacker auf Daten von Schülern und Schulbediensteten zugegriffen und diese heruntergeladen hatte. Das Unternehmen informierte die betroffenen Personen über den Verstoß, entschied sich jedoch, diesen Vorfall nicht auch gegenüber der US-Börsenaufsicht zu kommunizieren. Als dies bekannt wurde, waren auch die Anleger verärgert. Das Unternehmen konnte den Streit durch Zahlung einer Geldstrafe in Höhe von 1 Million US-Dollar beilegen.

Beide Fälle zeigen: Es gibt immer mehr Alarmzeichen für Manager, beim Thema IT-Sicherheit höchste Sorgfalt walten zu lassen.



Noch ist die Zahl der gerichtlichen Klagen überschaubar und die Erfolgsbilanz der Klägerseite durchwachsen. Mit steigenden Cyber-Risiken ist aber keineswegs ausgemacht, dass dies auch in Zukunft so bleibt.

Investitionen in IT-Sicherheit

Angesichts der deutlich gestiegenen Haftungsrisiken liegt es auf der Hand, dass Unternehmen gut beraten sind, entsprechende Vorkehrungen gegen Cyber-Angriffe zu treffen. Unternehmensleiter kommen heutzutage nicht daran vorbei, eine umfassende IT-Risikoorganisation mit einem breiten Spektrum an Maßnahmen zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebsablaufs aufzubauen und fortzuentwickeln.

Wesentliche Elemente eines solchen Maßnahmenkonzepts für den Notfall sind die Bereitstellung angemessener Budgets für die IT-Sicherheit und ausreichende personelle Kapazitäten, organisatorische Maßnahmen wie Richtlinienmanagement, verpflichtende Mitarbeiterschulungen, Notfall-, Krisenreaktions- und Business-Continuity-Pläne, aber auch technische Maßnahmen wie z.B. die Einführung einer Multifaktorauthentifizierung bei externen Zugriffen,

der Schutz mobiler Geräte, eine Trennung von Admin- und sonstigen Benutzerkonten, regelmäßige Backups und erhöhte Schutzmaßnahmen im Bereich der Produktionssysteme.

Herausforderungen für die Versicherungsbranche

Manager, die sich gegen Cyber-Risiken versichern möchten, stoßen sehr zügig an Grenzen. Herkömmliche Versicherungssparten bieten in diesem Bereich keinen oder nur einen unzureichenden Schutz für Unternehmen. Nicht selten suchen Manager einen Ausweg in der hauseigenen Managerhaftpflichtversicherung, der D&O-Versicherung. Diese verfolgt in erster Linie den Zweck, das Privatvermögen des Managers vor Drittansprüchen (Außenhaftung) oder Ansprüchen der eigenen Gesellschaft (Innenhaftung) zu schützen. Darüber hinaus dient die D&O-Versicherung dem Fortbestand der Gesellschaft, da die private Haftungsmasse des Managers zum Ausgleich von Schadenersatzansprüchen in der Regel nicht ausreicht.

Ob bei einem Cyber-Angriff ein Haftungsfall im Sinne der D&O-Versicherung vorliegt, ist aber sehr oft streitig. Der Ver-

sicherer bietet daher zunächst Deckung lediglich für die Verteidigung der in Anspruch genommenen Manager gegen die im Raum stehenden Vorwürfe von Pflichtverletzungen. Der Prozess nimmt dann in der Regel sehr viel Zeit in Anspruch und endet häufig mit einem Vergleich. Die Vergleichsbeträge erfassen meist nur einen geringen Teil des Gesamtschadens.

Bei Cyber-Vorfällen benötigen Unternehmen und ihre Manager allerdings eine sofortige Unterstützung. Denn wenn schwerwiegende Cyber-Attacken den Geschäftsbetrieb lahmlegen, kann dies schnell auch die Liquidität des Unternehmens gefährden und es in eine ernsthafte finanzielle Schieflage bringen. Langwierige Rechtsstreitigkeiten können sich weder die klagende Gesellschaft noch der beklagte Manager leisten. Ein langes Zuwarten auf die Schadenregulierung ist hier nicht möglich.

Dem Zweck des Fortbestands der Gesellschaft wird auch nicht gedient, wenn sich der Verdacht eines Organisationsverschuldens als unbegründet erweist und der Manager nicht schadenersatzpflichtig ist. Denn dann bleibt das Unternehmen auf dem Schaden sitzen.

Manager laufen zudem Gefahr, dass Versicherer anlässlich der offenkundigen Sicherheitslücken in der Unternehmens-IT ihren D&O-Versicherungsschutz mit gravierenden Deckungseinschränkungen versehen, etwa durch Bedingungsaußschlüsse oder Deckungssummenreduzierungen. Im Worst Case kann sogar die Kündigung der D&O-Unternehmenspolice drohen.

Cyber-Versicherung als „Retter in Not“?

Im Hinblick auf die Absicherung von Cyber-Risiken hat sich daher die Cyber-Versicherung in den Versicherungsbeständen von Unternehmen etabliert.

Die Cyber-Versicherung stellt dem Unternehmen im Notfall Spezialisten aus den Bereichen IT, Recht und PR zur Seite, die dem Management eine qualitativ hochwertige Unterstützung bieten. Dringende Fragen zu den Ursachen des Cyber-Vorfalles, ob und inwieweit der Manager Behörden, Betriebsangehörige, Kunden und Geschäftspartner informieren muss, und wie er den Schadensfall am besten in den Griff bekommt, werden zügig beantwortet. Dadurch wird vermieden, dass

beispielsweise die Anzeige eines Datenverlusts bei den zuständigen Behörden nicht ordnungsgemäß erfolgt oder dass durch mangelhafte Kundenkommunikation ein Reputationsschaden entsteht.

Das Notfallnetzwerk hat insbesondere im deutschen Mittelstand einen großen Anklang gefunden und ist sehr häufig auch der Hauptgrund für den Abschluss einer entsprechenden Versicherung. Entsprechende Netzwerke sind außerhalb der Versicherungslösung kaum oder nur zu sehr hohen Preisen erhältlich, die sogar die Versicherungsbeiträge übersteigen.

Die Cyber-Versicherung übernimmt neben den Kosten für die Wiederherstellung der Daten bzw. IT-Systeme auch die Ertragsausfälle durch die Cyber-Attacke. Dreh- und Angelpunkt der Cyber-Versicherung ist hier sehr häufig die Netzwerksicherheitsverletzung. Eine Netzwerksicherheitsverletzung wird überwiegend dann angenommen, wenn es einen Angriff (z.B. DDoS-Attacke) oder eine Zugangsverhinderung (z.B. Verschlüsselung der Systeme) auf Computersysteme gibt sowie ein Ein-

schleusen oder die Weiterverbreitung von Schadenprogrammen vorliegt (z.B. Trojaner).

Ein weiteres Thema, das im deutschsprachigen Raum bis dato eine eher untergeordnete Rolle gespielt hat, in der Cyber-Versicherung aber immer relevanter wird, sind sog. Drittschäden. Über entsprechende Deckungsbausteine sind regelmäßig Haftpflichtansprüche von Betroffenen versichert, die aufgrund einer (vermuteten oder tatsächlich begangenen) Datenschutz-, Vertraulichkeits- oder Netzwerksicherheitsverletzung gegen das Unternehmen oder sogar einzelne Verantwortliche gerichtet werden.

Schaut man sich die aktuelle Situation im Cyber-Versicherungsmarkt und den deutlichen Schadenanstieg genauer an, sind Unternehmen nunmehr verstärkt in der Pflicht, das Schutzniveau für ihre IT-Infrastruktur deutlich anzuheben, wenn sie eine Cyber-Versicherung neu abschließen oder eine bestehende verlängern möchten. Der Risikotransfer mittels Cyber-Versicherung funktioniert seit geraumer

Zeit nur noch bei gut aufgestellten Unternehmen. Er sollte daher keineswegs als Ersatz, sondern vorrangig als Ergänzung zu angemessenen IT-Sicherheitsmaßnahmen gesehen werden.

Ausblick

Die erhöhte Cyber-Kriminalität, der deutliche Anstieg an Cyber-Schäden und die erhöhten Haftungsrisiken für Manager machen deutlich: Manager kommen nicht mehr umhin, dem Thema IT-Sicherheit besondere Beachtung zu schenken. Unternehmensleiter müssen eine umfassende IT-Risikoorganisation mit einem breiten Spektrum an Maßnahmen zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebsablaufs aufbauen und fortentwickeln.

Das gilt auch dann, wenn Restrisiken auf eine Cyber-Versicherung transferiert werden sollen. Diese Option bietet sich immer häufiger nur noch den Unternehmensverantwortlichen an, die ihre Hausaufgaben in puncto IT-Sicherheit gemacht haben. ■



Risiko Scheinselbstständigkeit – Rechtssicherheit durch Neuerungen im behördlichen Verfahren?



Bernhard Groß,
Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht
ALTENBURG Fachanwälte für Arbeitsrecht
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Die Frage nach der Sozialversicherungspflicht für im Unternehmen eingesetztes Fremdpersonal wie freie Mitarbeiter, Berater oder sonstige Dienstleister ist aufgrund gravierender Haftungsrisiken ein wichtiges Compliance-Thema der Geschäftsführung. Zur Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status einer eingesetzten Person hat der Auftraggeber die Möglichkeit, einen entsprechenden Antrag bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund zu stellen. Zum 1. April 2022 sind neue Regelungen für dieses Statusfeststellungsverfahren mit dem Ziel in Kraft getreten, den Beteiligten mehr Klarheit darüber zu verschaffen, ob eine selbstständige Tätigkeit oder eine abhängige Beschäftigung vorliegt. Unternehmen, die freie Mitarbeiter und sonstige Dienstleister oder Werkunternehmer einsetzen, sollten zur Risikominimierung die Änderungen der bisherigen Praxis und neuen Instrumente der Statusfeststellung im Auge behalten.

Risiko der Scheinselbstständigkeit

Der Einsatz von Fremdpersonal birgt das Risiko einer sog. Scheinselbstständigkeit. Scheinselbstständigkeit liegt dann vor, wenn eine Person formal eine selbstständige Leistung aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrags erbringt, tatsächlich aber unselbstständige Arbeit in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis leistet. Die Einordnung als selbstständiger Auftragnehmer oder abhängiger Arbeitnehmer ist von wesentlicher Bedeutung: Während ein Arbeitnehmer sich auf ein breites Spektrum an arbeitsrechtlichen Schutzgesetzen berufen kann, ist dies bei einem unabhängigen Auftragnehmer nicht der Fall. Darüber hinaus müssen für Selbst-

ständige keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden und es bestehen unterschiedliche steuerliche Verpflichtungen. Die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen ist oft mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden. Ausschlaggebend sind nicht Bezeichnungen wie freier Mitarbeiter, Freelancer, Berater, Dienstleister oder Interims-Manager, sondern die konkrete Vertragsgestaltung und die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit. Die Gerichte bewerten im Rahmen einer Gesamtabwägung die für und gegen eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände der Leistungsausübung; die Vollzugsbehörden handeln entsprechend. Stellt sich – etwa im Rahmen einer Betriebsprüfung – heraus, dass ein „freier Mitarbeiter“ tatsächlich Arbeitnehmer war, ist in arbeitsrechtlicher Hinsicht das Vertragsverhältnis in vollem Umfang wie ein Arbeitsverhältnis zu behandeln (Urlaubsansprüche, Kündigungsschutz, Entgeltfortzahlung usw.). Die Behörden können dem Auftraggeber die Zahlung der Lohnsteuer sowie der Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers auferlegen, die während des Arbeitsverhältnisses hätten gezahlt werden müssen. Hinzu kommen bei vorsätzlicher Beitragshinterziehung Säumniszuschläge (12%/Jahr) und eine Hochrechnung der Beitragsschuld aufgrund einer unterstellten Nettolohnvereinbarung. Daneben kommt eine Strafbarkeit wegen nicht abgeführter Sozialversicherungsbeiträge und wegen Steuerdelikten in Betracht.

Statusfeststellungsverfahren als Instrument der Risikominimierung

Zur Vermeidung von finanziellen Risiken beim Fremdpersonaleinsatz kann der Auftraggeber nach § 7a SGB IV einen Antrag bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV Bund) auf Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status stellen. Der Gesetzgeber hat das Statusfeststellungsverfahren im Jahr 1999 eingeführt, um den Status einer Person als versicherungspflichtig Beschäftigter oder selbstständig Tätiger verbindlich zu klären und so frühzeitig Rechtssicherheit für die Beteiligten zu schaffen. In der Praxis sieht sich das sozialversicherungsrechtliche Feststellungsverfahren seit längerer Zeit erheblicher Kritik ausgesetzt. Zum 1. April 2022 sind Neuerungen des Verfahrens in Kraft getreten, die Abhilfe schaffen sollen.

Welche Neuerungen treten in Kraft?

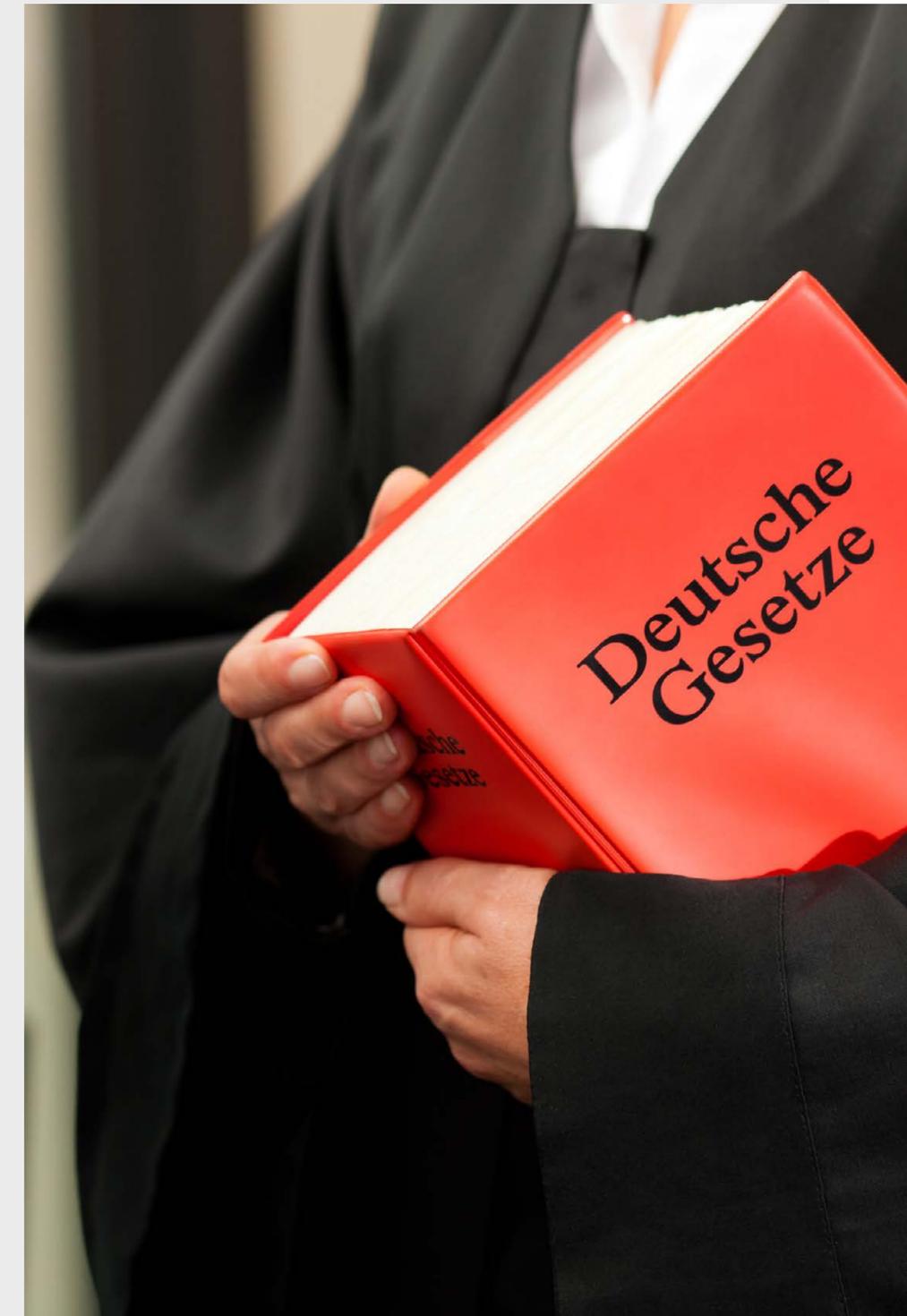
Übergang zum Erwerbsstatusverfahren

Bisher gab es keine umfassende Bindung aller Sozialversicherungsträger an die Entscheidung im Statusfeststellungsverfahren, da nur über die konkrete Versicherungspflicht in verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung entschieden wurde. Die Gesetzesänderung stellt das Statusfeststellungsverfahren in ein Erwerbsstatusverfahren um, so dass die DRV Bund nicht mehr über die Versicherungspflicht entscheidet, sondern den sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Erwerbsstatus (Beschäftigter/Selbstständiger) feststellt. Andere Versicherungsträger sind zudem an die Entscheidungen der DRV Bund gebunden, wenn sie eine Versicherungspflicht aufgrund des Auftragsverhältnisses beurteilen.

Prognoseentscheidung vor Beginn der Tätigkeit

Das Statusfeststellungsverfahren konnte erst nach Aufnahme einer Tätigkeit durchgeführt werden. Nach der geänderten Rechtslage zum 1. April 2022 sind auch sog. Prognoseentscheidungen möglich, also Entscheidungen über Vertragsverhältnisse, die noch nicht begonnen haben.

Die Änderung ist wesentlich, da die Entscheidung über den Erwerbsstatus damit auf Basis der Vertragsdokumente und der beabsichtigten Vertragsausübung zu treffen ist. In der bisherigen Prüfung entscheidend waren meist die konkreten Umstände der tatsächlichen Vertragsausübung. Im Rahmen der Prognoseentscheidung wird es für die Entscheidung der DRV Bund zukünftig verstärkt auch auf den Parteiwillen und die Ausgestaltung der Verträge ankommen, da sich hieraus die Umstände der geplanten Ausübung des Vertrages entnehmen lassen. Den Anfragenden trifft darüber hinaus die Pflicht, Abweichungen, die sich bis zu einem Monat nach Aufnahme der Tätigkeit ergeben, der DRV Bund mitzuteilen. Ergibt sich aus einer solchen Meldung eine abweichende Gestaltung der tatsächlich gelebten Vertragsverhältnisse, so kann die DRV Bund den Prognosebescheid abändern oder anpassen. Dies kann jedoch nur mit Wirkung für die Zukunft erfolgen, sodass die Beteiligten vor einer Rückwirkung geschützt sind. Ausnahmen hierzu bestehen, wenn der Anfragende die Änderungen vorsätzlich oder grob fahrlässig oder zu spät mitgeteilt hat.



Neues Gruppenfeststellungsverfahren

Mehrere Aufträge auf einheitlicher vertraglicher Grundlage (Rahmenvertrag) erforderten bislang stets eine neue Statusanfrage. Mit dem sog. Gruppenfeststellungsverfahren wird eine Art Musterverfahren für die Erwerbsstatusentscheidung eingeführt. Der für das Musterverfahren festgestellte Erwerbsstatus gilt insoweit für gleichartige Fälle, als diese innerhalb von zwei Jahren nach dem Abschluss des Musterverfahrens abgeschlossen wurden. Der Auftraggeber kann das Gruppenfeststellungsverfahren für im Wesentlichen einheitliche Bedingungen durchführen, die für eine Vielzahl von Aufträgen angewandt werden sollen. Geringfügige Abweichungen hinsichtlich der Tätigkeit, der Höhe des Honorars oder auch der Modalitäten der Ausübung des Vertrages sollen dabei unschädlich sein. Das Instrument der Gruppenfeststellung ist rechtlich zwar nicht als Verwaltungsakt, sondern nur als gutachterliche Äußerung der DRV Bund ohne rechtliche Bindungswirkung ausgestaltet. Bei einer nachfolgenden abweichenden Entscheidung über den Erwerbsstatus der DRV Bund oder anderer Sozialversicherungsträger kann eine sich daraus ergebende Versicherungspflicht aber erst mit Bekanntgabe des entsprechenden Bescheides eintreten. Dies schafft Gewissheit über den Erwerbsstatus der Auftragnehmer, die auf Basis des Mustervertrages tätig werden, da jedenfalls eine rückwirkend abweichende Beurteilung ausgeschlossen ist. Voraussetzung ist, dass der Auftragnehmer eine ausreichende Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und Alter vorgenommen hat, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht. Eine Zustimmung des Auftragnehmers zum späteren Beginn der Versicherungspflicht ist nicht erforderlich.

Statusfeststellung im Dreiecksverhältnis

Ein Dreiecksverhältnis besteht, wenn ein Auftraggeber einen Auftragnehmer bei einem Dritten (zB Kunden) im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages einsetzt. Es kann sich hierbei um Dienst- bzw. Werkverträge oder aber um eine (verdeckte) Arbeitnehmerüberlassung handeln. Bisher konnten solche Dreiecksverhältnisse nicht einheitlich geklärt werden, sondern nur jeweils im Zweipersonenverhältnis; es mussten daher grundsätzlich mindestens zwei Statusfeststellungsverfahren angestrengt werden. Die DRV Bund kann künftig auch feststellen, ob ein Beschäftigungsverhältnis zu dem Dritten besteht, wenn Anhaltspunkte für eine Eingliederung in dessen Arbeitsorganisation und eine Tätigkeit nach seinen Weisungen vorliegen. Das Verfahren kann auch der Dritte einleiten – selbst gegen den Willen von Auftraggeber und Auftragnehmer.

Mündliche Anhörung im Widerspruchsverfahren

Beteiligte können im Widerspruchsverfahren gegen eine Entscheidung der DRV Bund einen Antrag auf mündliche Anhörung stellen. Damit sollen die rechtlich erheblichen Umstände besser aufgeklärt werden können.

Fazit und Praxishinweise

Festzuhalten bleibt zunächst, dass sich der Gesetzgeber des größten Unsicherheitsfaktors, den materiellen Kriterien zur Abgrenzung von selbstständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung, nicht angenommen hat. Bei den Neuerungen handelt es sich ausschließlich um verfahrensrechtliche Anpassungen. Damit ist weiterhin nicht geregelt, wann eine selbstständige Tätigkeit oder eine abhängige Beschäftigung vorliegt.

Daneben bleibt abzuwarten, ob sich die neuen Verfahrensregelungen in der Praxis bewähren werden und welche Anforderungen die DRV Bund bei der Ausgestaltung der Verfahren stellt. Die Änderungen sind zunächst bis zum 30. Juni 2027 befristet. Die DRV Bund ist verpflichtet, die Änderungen zu evaluieren und dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales bis zum 31. Dezember 2025 einen entsprechenden Bericht vorzulegen.

Auftraggeber sollten im konkreten Einzelfall sorgfältig und rechtzeitig abwägen, ob und zu welchem Zeitpunkt die Einleitung eines Statusfeststellungsverfahrens sinnvoll ist. Darüber hinaus könnten in einzelnen Fallgestaltungen insbesondere die Prognoseentscheidung und das Gruppenfeststellungsverfahren den „Werkzeugkasten“ des Auftraggebers sinnvoll erweitern. Von erhöhter Bedeutung ist dabei einmal mehr die passgenaue Vertragsgestaltung, um eine zutreffende Prognose- bzw. Musterentscheidung zu erreichen. Neben den Merkmalen einer freien Tätigkeit sollten Auftraggeber etwa auch beschreibende Anlagen und Regelungen zur Absicherung des Auftragnehmers gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und Alter in ihre Musterverträge aufnehmen. ■



Whistleblowing: Umgang mit Vorwürfen gegen die Geschäftsführung



Dr. Jan Heuer,
Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Arbeitsrecht,
Kliemt.Arbeitsrecht

Whistleblowing – das „Hot Topic“ derzeit. Die „EU-Whistleblower-Richtlinie“ wird wohl noch in 2022 im deutschen Hinweisgeberschutzgesetz umgesetzt. Danach müssen Unternehmen ab 50 Mitarbeitern interne Meldestellen einrichten, die Hinweisgeber die Möglichkeit eröffnen, Missstände zu melden. Die neuen Regelungen schützen Hinweisgeber vor Repressalien, wie einer Kündigung oder einer Versagung der Beförderung. Sie machen zudem Vorgaben zur Bearbeitung der Meldungen, u. a. zu Fristen.

Dieser neue Rechtsrahmen wird in vielen Unternehmen die „Whistleblowing-Kultur“ ändern. Ein Gutachten der Europäischen Kommission rechnet während der ersten fünf Jahre mit einem Anstieg von 200 % der Fälle, die auf Hinweise von Whistleblowern zurückgehen. Geschäftsführer müssen also nicht nur dafür Sorge tragen, dass die neuen Vorgaben in ihren Unternehmen umgesetzt werden. Sie sollten auch den anstehenden Kulturwandel positiv begleiten („Tone from the Top“). Denn ein funktionierendes Whistleblowing-System kann Unternehmen vor Finanz- und Reputationsschäden bewahren. Es führt dazu, dass Meldungen zunächst im Unternehmen bleiben und nicht direkt bei den Behörden landen.

Wenn die Geschäftsführung betroffen ist ...

Nicht selten betreffen Meldungen, die über Whistleblowing-Systeme eingehen, (vermeintliches) Fehlverhalten der Geschäftsführung. Das liegt daran, dass der Pflichtenkreis der Geschäftsführung naturgemäß größer ist als der des „einfachen Arbeitnehmers“. Außerdem trägt die prominente Stellung der Geschäftsführung

dazu bei, dass das Verhalten genauer unter die Lupe genommen wird. Dabei enthalten Meldungen regelmäßig auch nicht-stichhaltige Vorwürfe.

Die Herausforderung für die Geschäftsführung: Sie muss sicherstellen, dass die Meldung im Einklang mit den Compliance-Prozessen, für die sie eine Mitverantwortung trägt, bearbeitet wird. Zugleich darf sie sich nicht dem Vorwurf aussetzen, die Bearbeitung der Meldung zu ihren Gunsten beeinflusst zu haben. Diese Herausforderung ist besonders groß, wenn die Geschäftsführung – gewollt oder ungewollt – von den Vorwürfen Kenntnis erlangt. Wie geht man damit um?



Prävention: Whistleblowing-System sauber konfigurieren

Die Whistleblowing-Systeme sollten so ausgestaltet sein, dass die Geschäftsführung von den gegen sie gerichteten Vorwürfen nicht unbedingt als erste Kenntnis erlangt. Stattdessen sollten andere geeignete und kompetente Personen/Stellen die Meldung „auf den Tisch“ bekommen. Dort kann die Stichhaltigkeit der Meldung unabhängig geprüft und über die erforderlichen nächsten Schritte entschieden werden. Bei diesem Ablauf kann der Geschäftsführung kein Vorwurf der Einflussnahme gemacht werden. Die Sicherstellung gelingt insbesondere durch folgende Maßnahmen:

- Das Unternehmen sollte nicht nur innerbetriebliche Meldewege eröffnen (z. B. Compliance- oder HR-Abteilung, Vorgesetzter, interne Mailadresse), über welche die Meldungen in jedem Fall zunächst bei einem Mitarbeiter des Unternehmens landen. Es sollte auch externe Meldewege anbieten (z. B. webbasiertes System, Ombudsmann, Hotline). Das verringert das Risiko der zu frühen Kenntnisnahme durch die Geschäftsführung. Denn der über einen externen Meldeweg eingehende Hinweis kann zur weiteren Aufklärung leichter einer

Person/Stelle zugewiesen werden, die nicht in die Vorwürfe involviert ist.

- Bei Nutzung eines webbasierten Meldewegs sollte dieser so konfiguriert sein, dass bereits anhand der Fragestellung klar wird, ob erhobene Vorwürfe auch das Verhalten der Geschäftsführung betreffen. Wenn dies der Fall ist, sollte die weitere Bearbeitung automatisch bei einer Person/Stelle landen, die keine zu große Nähe zur Geschäftsführung aufweist. All das kann bei webbasierten Meldesystemen individuell für das jeweilige Unternehmen eingestellt werden.
- Es sollte die Vertraulichkeit von Daten, insbesondere in Bezug auf Informationen aus Unterlagen, mit großer Sorgfalt sichergestellt werden. Durch ein Berechtigungskonzept sowie eine Sensibilisierung der Mitarbeiter, etwa durch Schulungen, kann verhindert werden, dass ein größerer Personenkreis – einschließlich der Geschäftsführung – Zugriff auf die Daten bekommt.

Verhalten bei früher Kenntnis der Vorwürfe

Sollte die Geschäftsführung Kenntnis von den Vorwürfen erhalten, bevor die Meldung unabhängig geprüft werden konnte,

bietet es sich umso eher an, die weitere Bearbeitung in externe Hände, z. B. an eine Anwaltskanzlei, zu geben. Dieser Weg sollte meist auch dann beschritten werden, wenn die Vorwürfe aus Sicht der Geschäftsführung haltlos sind. Im Rahmen einer unabhängigen externen Bewertung kann dieses Ergebnis dann „offiziell“ festgestellt werden. Bei der Einbindung Externer ist Folgendes zu beachten:

- Der Gegenstand der Prüfung sollte nicht zu eng beschrieben werden. Er muss sich nicht zwingend auf die vom Hinweisgeber genannten Vorgänge beschränken, sondern kann auch pauschaler formuliert sein (z. B. „Untersuchung des Führungsverhaltens“). Andernfalls könnte dem Unternehmen vorgehalten werden, dass der Vorwurf nicht in Gänze aufgearbeitet werden sollte und das Ergebnis wertlos sei.
- Der Untersuchungsauftrag ist so zu gestalten, dass eine unabhängige Ermittlung vorgenommen werden kann. Das beinhaltet vor allem eine freie Entscheidung über mögliche Untersuchungsmaßnahmen (z.B. Mitarbeiterinterviews).
- Der Auftrag sollte auch eine Empfehlung für Folgemaßnahmen umfassen, z. B.: Soll das Verfahren abgeschlossen werden oder sind weitere Ermittlungs-

schritte denkbar? Welche Kommunikation/Maßnahmen werden in Bezug auf den Hinweisgeber empfohlen? Sollten externe Behörden involviert oder gerade nicht involviert werden?

Vorantreiben der Aufklärungsmaßnahmen

Wenn es zu Aufklärungsmaßnahmen kommt, lautet die Empfehlung für die Geschäftsführung meist, an der Untersuchung aktiv mitzuwirken und diese bewusst zu fördern. Zwar muss sich der Geschäftsführer bei strafrechtlich relevanten Sachverhalten nicht selbst bezichtigen. Aber die Mitwirkung an der Aufklärung gehört ihrerseits zum Pflichtenkreis der Geschäftsführung und oft kann der Vorwurf im Rahmen der Untersuchung entkräftet werden. Zur Mitwirkung und Förderung zählt insbesondere:

- die zeitnahe Übermittlung von Unterlagen, die zur Auswertung benötigt werden;
- die bereitwillige Erteilung von Auskünften, etwa im Rahmen von Interviews;
- die Bereitstellung interner Ressourcen, z. B. in Form von Mitarbeitern, die einem externen Ermittler Informationen/Unterlagen zur Verfügung stellen;
- und vor allem: das Drängen auf eine zügige Bearbeitung. Das zeigt, dass ein Aufklärungsinteresse vorhanden ist und bringt die Angelegenheit bestenfalls schnell zu einem Abschluss.

Umgang mit dem Ergebnis der Untersuchung

Die Entscheidung über den Umgang mit dem Ergebnis der Untersuchung trifft üblicherweise das Unternehmen, selbst wenn die Untersuchung zuvor durch einen Externen erfolgte. Die Geschäftsführung sollte dabei vor allem Folgendes im Blick haben:

- Es sollten auch hier Personen in die Entscheidung eingebunden werden, die keine Nähe zu den untersuchten Vorwürfen und involvierten Personen aufweisen. Je nach Einzelfall können aber andere Mitglieder der Geschäftsführung, die nicht direkt vom Vorwurf betroffen sind, durchaus mitwirken.
- Die interne sowie externe Kommunikation sollte gut durchdacht werden. Grundsätzlich ist die Identität des Hinweisgebers geschützt.
- Bei offenkundig haltlosen Vorwürfen muss der Hinweisgeber zwar über das Ergebnis informiert werden, seine Identität ist in vielen Konstellationen aber nicht geschützt. Möglicherweise wird zu prüfen sein, ob Schadensersatzforderungen gegen den Hinweisgeber geltend gemacht werden können. ■



Der Gesellschafterbeschluss bei der Veräußerung nahezu des gesamten Vermögens einer GmbH – bedeutende Fragen weiterhin ungeklärt



Dr. Daniel Rubner,
Rechtsanwalt, Counsel und



Dr. Lutz Pospiech,
Rechtsanwalt, Counsel, Dipl.-Kfm.
GÖRG Partnerschaft von
Rechtsanwälten mbB, München

I. Einleitung

Bei der Veräußerung beinahe des gesamten Vermögens einer GmbH hat der Geschäftsführer zu beachten, dass er die Verkaufsentscheidung nicht allein treffen darf, sondern grundsätzlich die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einholen muss. Dies gilt auch dann, wenn der GmbH eine gleichwertige Gegenleistung für das veräußerte Vermögen zufließt. In der Vergangenheit wurde für die Begründung der Zustimmungspflicht und für die Anforderungen an den Zustimmungsbeschluss § 179a AktG analog herangezogen. Danach musste der Gesellschafterbeschluss mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit gefasst und beurkundet werden. Diese Ansicht ist mit der „Januar“-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2019 obsolet geworden. Seitdem ist jedoch unklar, was stattdessen gilt. Nachfolgend befassen wir uns mit noch ungeklärten Folgefragen des „Januar“-Urteils und den Voraussetzungen für rechtssichere Verkäufe von GmbH-Vermögen.

II. Inhalt des § 179a AktG (analog) und frühere Anwendbarkeit auf die GmbH

Nach § 179a I AktG gilt für die AG, dass ein Vertrag, in dem sich die AG verpflichtet, ihr gesamtes Vermögen zu übertragen, unwirksam ist, wenn die HV nicht zugestimmt hat. Der Begriff „Gesamtvermögensgeschäfte“ ist umstritten, erfasst aber auch Geschäfte über Einzelgegenstände, wenn nach der Übertragung nur noch ein unbedeutender Teil bei der verkaufenden GmbH verbleibt.

Aus einer Entscheidung aus dem Jahre 1995 (BGH, NJW 1995, 596) wurde im Schrifttum hergeleitet, dass § 179a AktG auf die GmbH analog anzuwenden sei. Damit hatten die Gesellschafter einen Zustimmungsbeschluss mit einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit zu fassen. Bis zur Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung war der Kaufvertrag schwebend unwirksam. Damit sollten Minderheitenrechte geschützt werden. Ein Geschäftsführer sollte der GmbH – und damit den Gesellschaftern – nicht die Grundlage der wirtschaftlichen Tätigkeit „eigenmächtig“ entziehen können.

Das Erfordernis der notariellen Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses wurde aus § 53 II GmbHG bzw. aus § 311b III BGB hergeleitet. Damit war in der GmbH ein notariell zu beurkundender Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter mit einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit zu fassen. Erst dieser machte das Verkaufsgeschäft wirksam.

III. Entscheidung des BGH vom 8. Januar 2019

Dieser Argumentation hat der BGH in seiner „Januar“-Entscheidung (BGHZ 220, 354) die Grundlage entzogen. Der BGH stellt darauf ab, dass zwischen der GmbH und der AG erhebliche Unterschiede bestehen. So ist der Vorstand einer AG für die Leitung der Gesellschaft unter eigener Verantwortung zuständig (§ 76 AktG). In der GmbH ist die Gesellschafterversammlung oberstes Organ, die Gesellschafter bedürften also nicht noch eines zusätzlichen Schutzes über eine Analogie zu § 179a AktG.

Zwar treffe die Geschäftsführer aus § 49 II GmbHG eine Pflicht, besonders bedeutende Geschäfte den Gesellschaftern zur Zustimmung vorzulegen, doch habe dies grds. keine Auswirkungen auf das Außenverhältnis. Das Geschäft über die Veräußerung des gesamten Vermögens sei damit im Außenverhältnis wirksam, auch wenn die Gesellschafterversammlung nicht zugestimmt habe.

Eine Ausnahme sei zu machen, wenn ein Missbrauch der Vertretungsmacht vorliege und der schuldrechtliche Vertrag damit von Anfang an unwirksam sei. Ein solcher Missbrauch liege vor, wenn der Geschäftsführer seine Befugnisse im Innenverhältnis verletzt – also den Vertrag nicht zur Zustimmung vorlegt – und der Vertragspartner weiß oder es sich ihm aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht überschreitet. Dies setzt kein Handeln zum Nachteil der Gesellschaft voraus.

Der Missbrauch dränge sich nach dem BGH auf, wenn das gesamte Unternehmen als solches übertragen wird, aber auch dann, wenn der zu übertragende Vermögensgegenstand nach den Umständen des Einzelfalles nur nach Rücksprache mit den Gesellschaftern übertragen werden kann.

Drängt sich ein solcher Zustimmungsvorbehalt auf, muss der Geschäftspartner ebenso wissen, oder es sich ihm aufdrängen, dass ein Beschluss nicht gefasst wurde. Hierbei kann den Vertragspartner eine Erkundigungsobliegenheit treffen.

IV. Offene Fragen nach dem „Januar“-Urteil

Nach dem „Januar“-Urteil ist jedoch weiterhin offen, was ein „Gesamtvermögensgeschäft“ ist. Hinzu kommt, dass nach dem Abschied von einer analogen Anwendung des § 179a AktG ungeklärt ist, mit welcher Mehrheit und unter welchen Voraussetzungen ein Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung gefasst werden muss.

1. Inhalt und Grenze des Begriffs „Gesamtvermögensgeschäft“

Weiterhin umstritten ist, welche Kriterien anzuwenden sind, um ein „Gesamtvermögensgeschäft“ zu bestimmen. So wurden schon vor dem „Januar“-Urteil qualitative, quantitative und gemischte Ansätze vertreten. Der BGH hat den Begriff nicht definiert, sondern seinen näheren Inhalt

explizit offengelassen. In diesem Zusammenhang ist zur Vorsicht zu raten. Dies auch deshalb, weil ein Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung unter Umständen auch dann einzuholen ist, wenn die Grenze des Gesamtvermögensgeschäfts im Sinne des § 179a AktG gar nicht erreicht oder überschritten wird, sondern sich die GmbH-interne Zustimmungspflicht aus dem Umstand ergibt, dass (nur) ein besonders bedeutsames Geschäft vorliegt.

2. Beurkundungserfordernis bei engem Unternehmensgegenstand, § 53 II GmbHG

Für die Frage, ob und unter welchen formalen Voraussetzungen ein Zustimmungsbeschluss zu fassen ist, ist zunächst der satzungsmäßige Unternehmensgegenstand maßgebend. Kann die Gesellschaft nach dem Verkauf des Vermögens(-teils) den Unternehmensgegenstand nicht mehr erfüllen, so kann eine Änderung des Gesellschaftsvertrags notwendig sein. Hat etwa eine Immobiliengesellschaft den Unternehmensgegenstand, ein nunmehr zu verkaufendes Grundstück zu verwalten oder zu entwickeln, wird ihr das nach der Übereignung unmöglich. Die Gesell-

schafter haben dann mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit den Gesellschaftsvertrag zu ändern (§ 53 II GmbHG), die Gesellschaft zu verschmelzen (§ 13 I UmwG) oder einen Liquidationsbeschluss (§ 60 I Nr. 2 GmbHG) zu fassen. Es bedarf nur im letzten Fall keiner notariellen Beurkundung. Fehlt es an dem erforderlichen Gesellschafterbeschluss, so hat die daraus folgende Satzungsunterschreitung zwar grundsätzlich keine Außenwirkung (§ 37 II 1 GmbHG), doch gelten die o.g. Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht.

3. Beurkundungserfordernis nach § 53 II GmbHG analog?

Häufig werden sich aus der Formulierung des Unternehmensgegenstands aber keine unmittelbaren Erfordernisse ergeben, weil und sofern auch nach Veräußerung nahezu des gesamten Vermögens der Unternehmensgegenstand sachlich unberührt bleibt. Jedenfalls mit Hilfe des der GmbH im Rahmen des Verkaufs zufließenden Gegenwerts kann der Unternehmensgegenstand zumeist weiterhin erfüllt werden. Dies bedeutet aber nicht, dass die Gesellschafterversammlung einem Verkauf nicht zustimmen müsste.



Der BGH hat in seiner „Januar“-Entscheidung klargestellt, dass besonders bedeutsame Geschäfte gem. § 49 II GmbHG den Gesellschaftern zur Zustimmung vorzulegen sind. Zwar hat der BGH der Analogie zu § 179a AktG den Boden entzogen, doch finden sich – in argumentativer Nähe hierzu – auch Stimmen, die bei einem Gesamtvermögensgeschäft § 53 II GmbHG analog anwenden wollen. Dies hätte zur Folge, dass ein notariell zu beurkundender Beschluss mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit zu fassen wäre. Außenwirkung hätte das Fehlen eines solchen Beschlusses indes nur, wenn ein Missbrauch der Vertretungsmacht vorläge.

Gegen diese Ansicht spricht jedoch bereits, dass man damit das vom BGH gerade abgelehnte Ergebnis mit dem Argument erzwingt, dass Gesellschafter-Minderheiten zu schützen wären. Dieses Argument ist dem GmbH-Recht jedoch systemisch eher fremd. Es gilt für die (börsennotierte) AG, in der Kleinstanleger vor Entscheidungen von Hauptaktionären zu schützen sind; jedoch nicht in der GmbH, die meist einen kleineren Gesellschafterkreis hat und bei der die Treupflicht der Gesellschafter im Vordergrund steht. Auch müssen die Gesellschafter vor „eigenmächtigen“ Geschäftsführern nicht in gleicher Weise

geschützt werden. Dem Argument der Bedeutung des Beschlusses kann man entgegenhalten, dass auch ein Liquidationsbeschluss (§ 60 I Nr. 2 GmbHG) keiner notariellen Beurkundung bedarf. Bedeutsame Beschlüsse in der GmbH sind nicht immer zu beurkunden. Letztlich ist zu beachten, dass – solange die Grenzziehung beim Gesamtvermögensgeschäft unklar ist – der Rechtsverkehr mit wesentlichen Unsicherheiten belastet wäre. Es sprechen daher gute Gründe dafür, bei bedeutsamen Geschäften – unabhängig davon, ob sie die Grenze des Gesamtvermögensgeschäfts erreichen oder nicht – lediglich einen einfachen Gesellschafterbeschluss zu verlangen, der weder notariell zu beurkunden ist noch einer qualifizierten Mehrheit bedarf und dessen Nichteinholung grds. auch keine Außenwirkung hat.

4. Vorsorgliche Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses?

Angesichts der Uneinigkeit, mit der die Literatur auf das „Januar“-Urteil des BGH reagiert hat, bleiben jedoch Unsicherheiten bestehen. Dies gilt nicht nur für die veräußernde GmbH und ihre Geschäftsführer, sondern auch für den Käufer. Besonders hervorzuheben ist dabei die

„Nachforschungsobliegenheit“ im Rahmen des Missbrauchs der Vertretungsmacht.

Bei bedeutsamen Geschäften sollte, unabhängig davon, ob die Grenze des Gesamtvermögensgeschäfts erreicht ist, zumindest ein schriftlich dokumentierter Beschluss von den Gesellschaftern gefasst werden. Ist die Grenze des Gesamtvermögensgeschäfts überschritten (oder ist dies zumindest nicht auszuschließen), dürfte es bis zur höchstrichterlichen Klärung im Zweifel ratsam sein, – trotz zusätzlicher Kosten – einen notariell beurkundeten Gesellschafterbeschluss mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit über den Vertrag fassen zu lassen (jüngst OLG Celle, NZG 2022, 26).

V. Haftung der beteiligten Geschäftsführer

Sind das Zustimmungserfordernis der Gesellschafterversammlung und/oder ggf. bestehende Mehrheits- und Formerfordernisse nicht beachtet worden, stellt sich die Frage nach der Haftung der Geschäftsleiter – sowohl bei der verkaufenden GmbH als auch u.U. beim Käufer.

1. Haftung des Geschäftsführers der verkaufenden GmbH

Eine Haftung des Geschäftsführers der verkaufenden GmbH als Vertreter ohne Vertretungsmacht auf Erfüllung oder Schadensersatz gegenüber dem Käufer im Außenverhältnis gem. § 179 I BGB scheidet schon deshalb aus, weil (i) der Vertrag wirksam ist und der Geschäftsführer dann nicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht auftrat oder (ii) der Vertragspartner den Missbrauch kannte oder kennen musste (§ 179 III BGB), nur dann wäre der Vertrag unwirksam. Ein Geschäftsführer kann damit nicht selbst als Vertreter ohne Vertretungsmacht auf Erfüllung des Vertrages oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegenüber dem Käufer haften.

Im Rahmen der Geschäftsführerhaftung als Innenhaftung gegenüber der GmbH (§ 43 II GmbHG) ist zu beachten, dass es sich beim Verstoß gegen die Vorlagepflicht aus § 49 II GmbH um eine Legalitätspflichtverletzung handelt. Ein Ersatzanspruch der GmbH gegenüber dem Geschäftsführer kommt aber nur in Betracht, wenn die Gesellschaft durch das Geschäft einen Schaden erlitten hat. Hat der Geschäftsführer die Zustimmung eingeholt, scheidet eine Haftung grundsätzlich aus.

2. Haftung des Geschäftsführers der Käuferin

Ist die Käuferin ihrerseits eine GmbH, haftet ihr Geschäftsführer nur dann im Innenverhältnis aus § 43 II GmbHG, wenn der Vertrag wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht (auf Seiten der Verkäuferin) unwirksam ist und der Geschäftsführer (der Käuferin) die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verletzt hat. Von einer solchen Sorgfaltspflichtverletzung wird im Zweifel auszugehen sein, weil und sofern der Geschäftsführer der Käuferin den Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung der Verkäuferin kannte oder kennen musste und den Vertrag mit der Verkäuferin trotz Fehlen eines solchen Beschlusses abgeschlossen hat.

Auch hier scheidet eine Ersatzpflicht jedoch aus, wenn der kaufenden GmbH kein Schaden entstanden ist. Insbesondere kann die Käuferin einen hypothetischen Vermögenszuwachs aus dem (unwirksamen) Kaufvertrag nicht geltend machen; es handelt sich um eine bloße Gewinnerwartung.

VI. Fazit

Nach dem „Januar“-Urteil des BGH gilt § 179a AktG nicht mehr für die GmbH. Ein Geschäftsführer muss jedoch weiterhin für besonders bedeutsame Geschäfte die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einholen. Unter Umständen ist ein satzungsändernder Beschluss erforderlich. Regelmäßig wird sich der Zustimmungsvorbehalt aber aus § 49 II GmbHG ergeben. In diesem Fall ist nach hier vertretener Auffassung ein Beschluss mit einfacher Mehrheit und ohne Beurkundung ausreichend. Angesichts der bestehenden Unsicherheiten ist die rechtssichere Variante zu erwägen, einen notariell beurkundeten Beschluss mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit zu fassen – jedenfalls dann, wenn es nahe liegt, dass die Grenze des Gesamtvermögensgeschäfts überschritten ist. ■



Wappnen gegen die (mögliche) Krise – Neue Anforderungen an Geschäftsführer zur Krisenfrüherkennung und zum Krisenmanagement



Dr. Alexandra Schluck-Amend,
Rechtsanwältin und Partnerin und



Franziska Fuchs,
Rechtsanwältin,
CMS Hasche Sigle
Partnerschaft von Rechtsanwälten
und Steuerberatern mbB

Keine Konkretisierung der Geschäftsführerpflichten durch das StaRUG – was nun?

Schon vor der Einführung des Unternehmensstabilisierungs- und restrukturierungsgesetzes (kurz „StaRUG“) zum 01.01.2021 galten in der Rechtsprechung hohe Anforderungen an Geschäftsleiter zur Prüfung und Überwachung der finanziellen Situation ihrer Gesellschaft. Die Erfüllung dieser Anforderungen konnte nur durch ein detailliertes Monitoring zuverlässig sichergestellt werden. Ein fehlerhafter Umgang mit diesen Pflichten wurde häufig mit einer entsprechenden persönlichen zivilrechtlichen und im Falle der Insolvenzverschleppung auch strafrechtlichen Haftung geahndet.

Das zum 01.01.2021 in Kraft getretene StaRUG, dessen gesetzgeberische Zielsetzung darin lag, zusätzliche vorinsolvenzliche Sanierungsmaßnahmen zu schaffen und Insolvenzen zu vermeiden, brachte Geschäftsführern keine weitere Klarheit in Bezug auf ihren Pflichtenkanon – im Gegenteil: Nunmehr ist die Pflicht zur Krisenfrüherkennung und zum Krisenmanagement ausdrücklich in § 1 StaRUG gesetzlich normiert. Eine konkrete Handlungsanweisung liefert der Gesetzgeber hingegen nicht.

Für Geschäftsführer wird sich daher künftig regelmäßig die Frage stellen, wie sie diesen hohen und nun gesetzlich ausdrücklich normierten Anforderungen gerecht werden können, ohne dass die erforderliche Lösung alltäglicher Herausforderungen des operativen Geschäfts in den Hintergrund tritt.

Vorsicht ist besser als Nachsicht – Zeit als wichtigster Faktor im Krisenmanagement

Auch angesichts des neuen Gesetzes wird es für Geschäftsführer unabdingbar bleiben, ein umfassendes Monitoring für die finanzielle Situation der eigenen Gesellschaft zu etablieren.

Zu diesem Monitoring gehört die Einführung regelmäßiger Informations- und Prüfungspflichten und die Festlegung gewisser „Warnstufen,“ die eine sofortige Reaktion erforderlich machen. Dazu zählen beispielsweise der (drohende) Verlust des (hälftigen) Stammkapitals oder der drohende Eintritt einer Liquiditätskrise. Eine drohende Liquiditätskrise kann mit einer rollierenden Liquiditätsplanung, die jeweils die folgenden 24 Monate abbildet, vorhergesehen werden. Dies schafft eine frühzeitige Krisenerkennung und sichert eine schnelle Reaktionsmöglichkeit. Denn in der Restrukturierungsberatung gilt: Je früher die Krise erkannt wird, desto schneller (und besser) ist sie in der Regel gebannt!

Die Insolvenz eines Unternehmens lässt sich – gerade, wenn die Unternehmenskrise von externen Faktoren, wie beispielsweise der aktuellen Marktsituation, befeuert wurde – nicht immer verhindern. Sie bedeutet aber nicht automatisch die Einstellung des Geschäftsbetriebs. Eine Sanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens ist durchaus möglich. Doch auch deren Erfolgswahrscheinlichkeit steigt, wenn ausreichend Zeit für die Erarbeitung eines Sanierungskonzepts und die Vorbereitung des Insolvenzverfahrens bleibt.

Die praktische Erfahrung zeigt, dass sogar vermeintlich gesunde Unternehmen schnell in eine finanzielle Krise geraten können – möglicherweise sogar ohne eigenes Zutun. Denn schon die Insolvenz eines bedeutenden Vertragspartners kann die eigene Liquiditätsprognose ins Wanken geraten lassen. Auch der Ausfall einer geplanten Konzernfinanzierung, über die auf höherer Ebene im Konzern und gegebenenfalls ohne Mitwirkung der betreffenden Tochtergesellschaft entschieden wird, kann erhebliche Probleme verursachen. Daher gilt: Ein umfassendes Monitoring ist immer erforderlich – auch (und vor allem) bei einem gesunden Unternehmen.

Praktischer Anwendungsbereich I – „Haftungsfalle“ Cash Pooling

Für Geschäftsführer ist nicht immer erkennbar, wie sich die im Gesetz mehr als allgemein gestaltete Pflicht der Geschäftsführer zur Krisenfrüherkennung und zum Krisenmanagement praktisch auswirkt. Aus der Praxis lässt sich dabei jedoch eine Haftungsfalle, bei der es ganz besonders auf ein umfassendes Monitoring ankommt, identifizieren: Konzernweite Cash Pooling Systeme.

Zahlreiche mittlere und nahezu alle großen Unternehmen betreiben ein konzernweites Cash Pooling System, um die vorhandene Liquidität optimal zu verteilen und in Zeiten von Negativzinsen Kostenvorteile zu nutzen. Entscheidend ist dabei, dass die Cash Pool Teilnehmerin, die in der Regel einen Großteil oder sogar die gesamte Liquidität in den Cash Pool abführt, regelmäßig darüber informiert wird, wer außer ihr am Cash Pool teilnimmt und wie sich die derzeitige und die künftige Liquiditätslage des Cash Pools darstellt. Auch über außergewöhnliche und die Liquidität beeinflussende Ereignisse muss die Cash Pool Führerin informieren. Zeichnet sich ab, dass der Darlehensrückzahlungsanspruch der Cash Pool Teilnehmerin gegen die Cash Pool Führerin nicht mehr werthaltig ist, muss die Cash Pool Teilnehmerin entsprechend mit einer Kündigung reagieren.

Für die Einhaltung der Geschäftsführerpflichten genügt es dabei nicht, wenn die Informationsrechte und -pflichten zwar vertraglich vereinbart, aber tatsächlich nicht gelebt werden. Ist dies der Fall, gilt für den Geschäftsführer der Cash Pool Teilnehmerin die klare Empfehlung, das Cash Pooling und den weiteren Abzug der Liquidität sofort zu beenden. Denn etwaige Versäumnisse des Geschäfts-

führers können schnell zu einer persönlichen Haftung führen, die die D&O-Versicherung häufig nicht oder nicht vollständig abdeckt.



Praktischer Anwendungsbereich II – Absicherung gegen die Krise eines Vertragspartners

Sind Krisen innerhalb des eigenen Unternehmensverbunds in der Regel verhältnismäßig leicht zu überwachen, so gestaltet sich dies bei Krisenursachen außerhalb des eigenen Unternehmensverbunds häufig schwieriger. So kann beispielsweise die Krise eines bedeutenden Vertragspartners mit hohen Auftragsvolumina die eigene Gesellschaft erheblich in Mitleidenschaft ziehen. Auch das Monitoring dieser externen Krisenfaktoren gehört zur Krisenfrüherkennungs- und Krisenabwehrpflicht des Geschäftsführers.

Er ist verpflichtet, ein sorgfältiges und detailliertes Risikomanagement zu etablieren, das die finanzielle Lage von Vertragspartnern im Blick behält. Je bedeutender der Vertragspartner und je höher das gewährte Kreditvolumen, desto engmaschiger muss die Überwachung ausfallen. Diese Überwachung beinhaltet beispielsweise die Analyse und Bewertung der Nichteinhaltung vereinbarter Zahlungsziele, der Verschlechterung einer Unternehmensbewertung oder einer kritischen Presseberichterstattung. Gewährte Kredite sollten ab einer gewissen Höhe mit einer entsprechenden Sicherheit unterlegt werden, deren ordnungsgemäße Bestellung ebenfalls überwacht werden muss. Die Einführung gewisser „Warnstufen“ kann auch hier hilfreich sein. Zeichnet sich die Krise eines Vertragspartners ab oder wird eine Warnstufe überschritten, muss dies Eingang in die eigene Finanzplanung finden, um die Auswirkungen einer möglichen Krise eines Vertragspartners zu identifizieren und eine entsprechende Reaktion vorzubereiten.

Fazit: Maßgeschneidertes Konzept je nach Unternehmen erforderlich

Ein konkretes Erfolgsrezept für ein erfolgreiches Krisenmanagement gibt es nicht, denn Krisenursachen können vielfältig sein. Sie können in- und außerhalb des eigenen Unternehmensverbunds liegen, offensichtlich oder erst auf den zweiten Blick erkennbar sein. Sie werden von vielfältigen Faktoren beeinflusst, wie beispielsweise der aktuellen Markt- oder der politischen Großwetterlage.

Klar ist, dass die engmaschige Überwachung der eigenen Finanz- und Liquiditätsslage das Kernelement eines erfolgreichen Krisenmanagements ist. Etablierte Warnstufen können dabei helfen, rechtzeitig Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Dies gilt sowohl für bereits angeschlagene, aber auch für gesunde Unternehmen. Es bedarf einer maßgeschneiderten Lösung für das betreffende Unternehmen, das alle möglichen Krisenfaktoren einbezieht und einer stetigen Prüfung und Anpassung unterliegt.

So unbefriedigend die fehlende Konkretisierung der Geschäftsführerplichten durch den Gesetzgeber auch sein mag, sie schafft Raum für die Ausarbeitung eines passgenauen Konzepts für das eigene Unternehmen und gewährt Flexibilität, die ein starrer Pflichtenkatalog nicht bieten würde. ■



Unternehmenssanierung mit dem StaRUG



Dr. Dirk Andres,
Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Insolvenzrecht,
AndresPartner

Zum 1. Januar 2021 ist das Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (kurz: StaRUG) in Kraft getreten. Im StaRUG sind sowohl die neuen Möglichkeiten der Durchführung einer außergerichtlichen Sanierung verankert, als auch die Restrukturierungsinstrumente, die ein Insolvenzverfahren bietet.

I. Einleitung

Der Gesetzgeber war durch die EU-Richtlinie zum präventiven Restrukturierungsrahmen, die am 20. Juni 2019 (RL 2019/1023) von der Europäischen Union verabschiedet wurde, in Zugzwang der Umsetzung in nationales Recht. Nachdem zunächst bis Mitte des Jahres 2020 keine erheblichen Anstrengungen des Gesetzgebers ersichtlich waren, nahm das Gesetzgebungsverfahren dann ab dem Spätsommer 2020 Fahrt auf. Hintergrund waren hierfür die zunehmend sichtbaren Folgen, die die Corona-Pandemie in der Wirtschaft hinterließ.

Mit dem neuen Gesetz können Gläubiger nun im Rahmen eines Restrukturierungsplans auch gegen ihren Willen zu Vergleichslösungen gezwungen werden, wenn die überwiegende Mehrheit der Gläubiger (das sind 75 Prozent) den Plan befürwortet. Akkordstörer haben damit weniger Optionen ihre Interessen durchzusetzen. Das StaRUG bietet zudem die Möglichkeit, nur punktuell Regelungen mit bestimmten Gläubigern zu treffen. Anders als bei einem Insolvenzverfahren betrifft ein StaRUG-Verfahren damit nicht zwingend alle Gläubiger. Beispielsweise können so nur die Finanzgläubiger von einem sogenannten Haircut betroffen sein.

Es besteht zudem ein Weg, auch nur bestimmte Modalitäten einer mehrseitigen Kreditvereinbarung anzupassen. Demgegenüber verwehrt das Gesetz aber auch viele Vorteile, die die Insolvenzordnung bereithält. Eingriffe in Rechte der Arbeitnehmer sind beispielsweise nicht zulässig. Lange und kontrovers wurde im Gesetzgebungsverfahren auch die Möglichkeit diskutiert, in bestehende Dauerschuldverhältnisse einzugreifen und diese mit gerichtlicher Erklärung aufzulösen. Diese Regelung ist jedoch in die endgültige Gesetzesfassung nicht übernommen worden. Mithilfe des StaRUG können sich Unternehmen aber für einen begrenzten Zeitraum unter eine Stabilisierungsanordnung begeben, die vertragliche Pflichten aus Dauerschuldverhältnissen modifiziert und Zwangsvollstreckungen und Verwertungen für diesen Zeitraum aussetzt.

II. Instrumente des StaRUG

Das StaRUG bietet den Unternehmen verschiedene Optionen, um ein Unternehmen in der Krise neu aufzustellen. Voraussetzung ist es, dass das Unternehmen drohend zahlungsunfähig ist und sein Restrukturierungsvorhaben bei dem zuständigen Restrukturierungsgericht anzeigt. In dieser Anzeige müssen detailliertere Angaben zu dem in Aussicht genommenen Restrukturierungsvorhaben seitens des Unternehmens gemacht werden. Nach der neuen Definition der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist von einer solchen auszugehen, wenn das Unternehmen voraussichtlich in den kommenden 24 Monaten (§ 18 InsO) seine fälligen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr erfüllen kann. Der Gesetzgeber hat

im Rahmen der Einführung des StaRUG den Prognosezeitraum für die Annahme einer drohenden Zahlungsunfähigkeit damit erstmals genauer gesetzlich definiert und zeitlich erweitert. Es besteht danach jetzt die Möglichkeit, sehr früh in einem Krisenstadium eine Sanierung mit dem StaRUG anzugehen. Die Eingriffe durch den Restrukturierungsplan können dabei auf einzelner Gläubiger beschränkt werden. Nicht betroffenen Vertragspartnern des Unternehmens bleibt die Sanierung damit verborgen. Es muss keine generelle Veröffentlichung oder Information erfolgen.

1. Stabilisierungsanordnung

Um ein kriselndes Unternehmen zu restrukturieren, ist es oftmals erforderlich, Zeit zum Durchatmen zu erhalten. Dies wird im StaRUG durch die Möglichkeit einer Stabilisierungsanordnung in den §§ 49 bis 59 geschaffen. Über ein Moratorium hinaus, ist es durch die Stabilisierungsanordnung möglich, für einen begrenzten Zeitraum von drei bis maximal acht Monaten Dauerschuldverhältnisse trotz Rückständen aus der Vergangenheit fortzusetzen. Darlehensverträge können allerdings wegen einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse gekündigt werden. Lösungsklauseln, die sich oftmals in Ver-

tragswerken finden, sind nicht zulässig bzw. wirken nicht. In dieser Zeit kann das Unternehmen die Ruhe finden, um sich zu stabilisieren und einen Restrukturierungsplan mit den Gläubigern zu verhandeln.

2. Restrukturierungsplan

Der Restrukturierungsplan ist in den §§ 2 ff. StaRUG geregelt. Auf diesem Weg können Unternehmen ihre Rechtsverhältnisse umgestalten. Dies betrifft Forderungen und Rechte an Gegenständen des Schuldners. Ausgenommen sind allerdings Forderungen von Arbeitnehmern und Forderungen in Bezug auf eine betriebliche Altersvorsorge. Letzteres nimmt dem Restrukturierungsplan die Möglichkeit, auch Forderungen des Pensionssicherungsvereins (PSV) neu zu gestalten. Zudem können deliktische Forderungen und Forderungen aus Geldstrafen oder Geldbußen nicht in einem Restrukturierungsplan geregelt werden. Es können nur bestimmte Gläubiger in den Restrukturierungsplan einbezogen werden. Die Abstimmung über ihn erfolgt nur durch die Planbetroffenen, aber es können Gruppen gebildet werden. Grundsätzlich kann die Abstimmung ohne gerichtliche Beteiligung erfolgen, dann wirkt der Plan aber nur für die Gläubiger, die an der Abstimmung teil-

genommen haben und dem Plan zugestimmt haben. Insoweit wird es in aller Regel sinnvoll sein, die Abstimmung durch das Gericht erfolgen zu lassen, da er dann auch gegen abwesende oder ablehnende Gläubiger wirkt.

3. Sanierungsmoderation

Das Gesetz sieht zudem eine Sanierungsmoderation vor, die durch einen Sanierungsmoderator geleitet wird. Dieser wird als unabhängiger Dritter vom Gericht bestellt. Er hat allerdings nur moderierende Funktion und anders als der Restrukturierungsbeauftragte keine erheblichen eigenen Befugnisse. Es kann ein Sanierungsvergleich abgeschlossen werden, der aber keine bindende Wirkung für nicht teilnehmende oder ablehnende Gläubiger erreicht. Seine genaue Ausgestaltung ist, anders als beim Restrukturierungsplan, nicht gesetzlich geregelt.

III. Verfahrensbeteiligte

An einem Restrukturierungsverfahren nach dem StaRUG sind verschiedene Parteien beteiligt.

1. Schuldnerunternehmen

Das Schuldnerunternehmen ist der Hauptbeteiligte, der die Restrukturierungssache in aller Regel mit Hilfe von Beratern vorantreibt und die verschiedenen Instrumente zur Anwendung bringt.

2. Gläubiger, Gläubigerbeirat

Bei den Gläubigern eines Unternehmens, welches eine Restrukturierungssache betreibt, ist zu unterscheiden: Es werden nicht zwingend alle Gläubiger in die Restrukturierungssache mit einbezogen. Wenn alle oder nahezu alle Gläubiger betroffen sind, kann ein Gläubigerbeirat eingerichtet werden, der das Verfahren begleitet und überwacht.

3. Gericht

Das Restrukturierungsverfahren nach dem StaRUG ist grundsätzlich gemäß der umzusetzenden EU-Richtlinie ein gerichtsfernes Verfahren. Das Restrukturierungsgericht kommt nur in den Fällen des § 29 StaRUG ins Spiel, wenn eine Stabilisierungsanordnung angeordnet werden soll oder das Gericht in den Restrukturierungsplan eingebunden wird.



Restrukturierungsbeauftragter

Das Restrukturierungsgericht kann zudem einen Restrukturierungsbeauftragten bestellen. Er wird bestellt, wenn die Rechte von Verbrauchern oder Kleingläubigern im Restrukturierungsplan gestaltet werden sollen oder durch eine Stabilisierungsanordnung gesperrt werden, wenn eine Stabilisierungsanordnung sich im Wesentlichen gegen alle Gläubiger richtet und/oder der Restrukturierungsplan eine Überwachung seiner Erfüllung vorsieht. Sofern abzusehen ist, dass ein Restrukturierungsplan nur gegen den Willen von Beteiligten durchgesetzt werden kann oder die Bestätigungsvoraussetzungen überprüft werden müssen, wird ebenfalls ein Restrukturierungsbeauftragter eingesetzt. Daneben kann eine Bestellung auf Antrag erfolgen. Der Restrukturierungsbeauftragter untersteht der Aufsicht des Restrukturierungsgerichts. Er muss prüfen, ob die Voraussetzungen für die Anordnung der Restrukturierungssache fortlaufend gegeben sind und ggf. Umstände für eine Aufhebung unverzüglich mitteilen. Das Gericht kann ihm zudem weitere Befugnisse erteilen, wie beispielsweise die Kassenführungsbefugnis. Er kann ggf. auch hilfreich bei der Vermittlung zwischen den verschiedenen Positionen der Gläubiger

und des Unternehmens sein und so für eine Einigung werben. Bei alledem muss er stets neutral und unabhängig von den Beteiligten sein.

IV. Fazit

Das StaRUG ist im ersten Jahr nur in einer sehr begrenzten Anzahl von Fällen zum Einsatz gekommen. Dies hängt sicherlich nicht mit den geschaffenen Möglichkeiten, sondern mit der allgemeinen Situation zusammen, die Unternehmen auf Corona-Hilfspakete hat ausweichen lassen, bevor man zu strukturellen Maßnahmen greift, die das StaRUG ermöglicht. Es ist davon auszugehen, dass Sanierungen nach dem StaRUG in den kommenden Jahren zunehmen werden. Aufgrund des eingeschränkten Werkzeugkastens wird sich eine Sanierung nach dem StaRUG anbieten, wenn die Passivseite der Bilanz eines Unternehmens neugestaltet werden muss. Eine operative Sanierung ist durch das StaRUG nicht vorgesehen. Hier bieten sich vor allem die Sanierungsinstrumente der Insolvenzordnung an. Durch die Möglichkeit, gegen den Willen einzelner Gläubiger Veränderungen vorzunehmen, bietet das Gesetz aber erhebliche Vorteile für Unternehmen. ■

Zum richtigen Umgang mit Whistleblowern



Dr. Berit Kochanowski LL.M.,
Rechtsanwältin Mediatorin

Deckt ein Arbeitnehmer rechtswidriges Verhalten von Arbeitgebern oder deren verantwortlichen Mitarbeitern auf, stößt dies selten auf Gegenliebe im Unternehmen. Der betroffene Arbeitnehmer muss mit Benachteiligungen durch den Arbeitgeber bis hin zur fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechnen.

Andererseits sieht sich der Arbeitgeber nicht selten mit wenig haltbaren Vorwürfen von Mitarbeitern konfrontiert, die dem Ruf des Unternehmens ernstlichen Schaden zufügen können. Was kann der Arbeitgeber tun und wozu ist er verpflichtet?

1. Neutrale und niederschwellige Anlaufstellen schaffen

Zunächst gibt das Aufzeigen eines Missstandes, egal ob berechtigt oder nicht, dem Arbeitgeber die Chance, die eigenen Abläufe zu verbessern. Es gilt deshalb, im Unternehmen eine Fehlerkultur zu etablieren, die das Offenlegen von Schwachstellen begrüßt, anstelle den Hinweisgeber als „Nestbeschmutzer“ zu diskreditieren. Gleichzeitig ist es entscheidend, dass die Mitarbeiter eine Anlaufstelle vorfinden, die sich eines Hinweises unvoreingenommen annimmt.

Aus diesem Grund verpflichtet die Whistleblower Richtlinie¹, die bis 17.12.2021 ins nationale Recht umgesetzt hätte werden müssen, Arbeitgeber dazu, vorrangig intern eine Anlaufstelle (z. B. einen Mitarbeiter der Personalabteilung) einzurichten, oder aber eine externe Stelle (etwa eine Anwaltskanzlei) zu betrauen. In beiden

Fällen muss gewährleistet sein, dass der Arbeitnehmer eine unabhängige Stelle erreichen kann, die in der Bearbeitung der Beschwerde auch keinem Interessenkonflikt unterliegt (Art 18 leg. cit). Der Hinweis muss sowohl in mündlicher Form (z. B. per Telefon, oder auf Verlangen auch persönlich) als auch in schriftlicher Form möglich sein (Art 9 leg. cit).

Grundsätzlich gelten die Anforderungen für das Hinweisgeber-system nach der Whistleblower RL ergänzend zu bereits bestehenden Verpflichtungen etwa im Bereich der Finanzdienstleistungen nach dem KWG. Unberührt bleiben auch die Verpflichtungen, die sich aus dem AktG zur Abwendung von rechtswidrigen Zuständen ergeben oder die Verpflichtungen aus dem AGG. Erfasst ist auch nur ein bestimmter, eng umgrenzter sachlicher Anwendungsbereich, der eine Meldung von bestimmten, europarechtswidrigen Vorgängen schützen soll. Art 2 nennt dabei beispielsweise die öffentliche Auftragsvergabe, Produktsicherheit und Umweltschutz, Verbraucherschutz und Datenschutz.

2. Prüfen der Kritik

Der Arbeitgeber ist gut beraten zu prüfen, ob und ggf. in welchem Umfang die Kritik durch den Hinweisgeber berechtigt ist. Hier gilt, wie bei allen anderen Compliance-Verstößen auch, dass nur eine umfassende Aufklärung und Beseitigung eines rechtswidrigen Verhaltens strafmindernd für die Vergangenheit und strafvermeidend für die Zukunft wirken kann. Ergibt daher eine erste Prüfung, dass Anhaltspunkte für ein rechtswidriges Verhalten vor-

¹ Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (ABl. L 305 vom 26.11.2019, S. 17)

liegen, ist der Arbeitgeber und damit auch dessen vertretungsbefugte Organe verpflichtet, alle notwendigen Schritte zu setzen, dieses abzustellen.

Die Whistleblower RL räumt dem Arbeitgeber nur eine verhältnismäßige kurze Zeit ein, innerhalb derer er zu reagieren hat. Der Arbeitgeber muss dem Hinweisgeber den Eingang der Beschwerde längstens innerhalb von sieben Tagen bestätigen (Art 9) und innerhalb angemessener Frist eine Rückmeldung an den Hinweisgeber über die weiteren Maßnahmen geben; angemessen ist nach der Richtlinie ein Zeitraum von höchstens drei Monaten.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, wie mit offenbar unberechtigter Kritik umzugehen ist. Wird ein Hinweis gegeben, der objektiv nicht zutrifft, ist er zumindest als Warnsignal dafür zu sehen, dass es vielleicht nicht an der Stelle ein relevantes Problem gibt, auf die der Hinweisgeber aufmerksam gemacht hat, aber vielleicht an einer anderen, die durchaus auch rechtlich relevant sein kann.

Wendet sich beispielsweise ein Mitarbeiter dagegen, dass angeblich zu Unrecht personenbezogene Daten über seine Gesundheit unternehmensintern weitergegeben worden sind, geht es auf den ersten Blick nur um datenschutzrechtlich relevante Themen. Dahinter kann aber auch ein ganz anderes Problem stehen, das etwa nach den Regelungen des AGG abzustellen ist. Deshalb muss gerade bei einer auf den ersten Blick unberechtigten Beschwerde auch hinterfragt werden, was der wahre Anlass ist, der den Mitarbeiter zu diesem Schritt veranlasst hat. Dazu ist der Arbeitgeber auch wegen der allgemeinen Fürsorgepflicht, die ihn trifft, verpflichtet.

Völlig haltlosen Vorwürfen ist der Arbeitgeber jedoch nicht hilflos ausgeliefert. Sind die Vorwürfe substanzlos und dienen diese nur dazu, das Unternehmen oder dessen Mitarbeiter in Misskredit zu bringen, stehen dem Arbeitgeber alle arbeitsrechtlichen Sanktionen, bis hin zur außerordentlichen Kündigung offen.

3. Untersuchung und Abstellen der Rechtswidrigkeiten, Einführung eines rechtskonformen Vorgehens

Ergeben sich bei der ersten Prüfung tatsächlich Anhaltspunkte dafür, dass es rechtswidrige Vorgangsweisen gegeben haben könnte, sind interne und ggf. auch externe Untersuchungen unvermeidlich.

Der Arbeitgeber muss dann alle Maßnahmen setzen, die geeignet sind, Rechtswidrigkeiten zu beseitigen, und zu vermeiden, dass ein derartiges rechtswidriges Verhalten sich wiederholt. Diese Verpflichtung trifft die Unternehmensleitung und damit den Geschäftsführer persönlich, der ggf. dem Unternehmen auch persönlich zum Schadensersatz verpflichtet ist.²

² LAG München I, 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, Schadensersatzpflicht von leitenden Angestellten für erforderliche Ermittlungskosten BAG 29.04.2021 8 AZR 276/20





4. Schulung, Evaluierung

Unabhängig davon, ob es zu einem Verstoß gegen rechtliche Verpflichtungen gekommen ist oder nicht, sind die Mitarbeiter nachweislich über das rechtskonforme Vorgehen zu schulen, dies ist auch zu dokumentieren. Wurde auf Grund eines Hinweises eine Änderung der betriebsinternen Abläufe vorgesehen, sind diese nach angemessener Zeit zu evaluieren und ggf. auch anzupassen. Demnach sind der Geschäftsführer und auch die leitenden Angestellten zur Einführung eines Systems verpflichtet, das sicherstellt, dass die Rechtsvorschriften auch eingehalten werden.

5. Maßregelungsverbot

Der Arbeitgeber, der ein Hinweisgebersystem einführt, muss auch sicherstellen, dass der Whistleblower nicht deswegen, weil er Missstände offenlegt, Nachteile erleidet. Diese Nachteile können ganz unterschiedlich aussehen: Der Hinweisgeber kann sich in seiner Abteilung isoliert sehen und von wesentlichen Informationen abgeschnitten werden, so dass er seine Arbeitsleistungen nicht mehr ordnungsgemäß erbringen kann, er kann von Beförderungen ausgeschlossen werden oder ist vielleicht sogar mit einer Beendigung seines Arbeitsverhältnisses bedroht.

Gemäß § 621 BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nicht deshalb benachteiligen, weil der Arbeitnehmer zulässigerweise seine Rechte ausübt. Das BAG nimmt jedoch grundsätzlich eine Treuepflicht des Arbeitnehmers an. Daher hat der Arbeitnehmer gegenüber Außenstehenden regelmäßig eine Verschwiegenheitspflicht zu wahren. Eine Anzeige aus Rache oder Missgunst kann nach Ansicht des BAG sogar eine Pflichtverletzung darstellen, die

die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber rechtfertigt³. Hingegen hat das BVerfG klargestellt, dass die Aussagen, die ein Arbeitnehmer im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen den Arbeitgeber tätigt, den Arbeitgeber regelmäßig nicht zur Kündigung berechtigen.⁴ Die Verschwiegenheitspflichten des Arbeitnehmers sind auch durch das Geschäftsgeheimnisgesetz konkretisiert.

Die Rechtsprechung legt großen Wert darauf, dass der Arbeitnehmer zunächst innerbetriebliche Abhilfemöglichkeiten wahrnimmt, bevor er sich an die Öffentlichkeit wendet. Hält er diese Vorgabe nicht ein, riskiert der Arbeitnehmer, dass er ggf. sogar außerordentlich gekündigt werden kann. Anders ist dies nur dann, wenn es sich um besonders schwerwiegende Gesetzesverstöße handelt. Mit der Einschätzung, ob er berechtigt einen Missstand meldet oder sogar im Rahmen seiner Treuepflicht dazu dem Arbeitgeber gegenüber verpflichtet ist, oder nicht, wird der Arbeitnehmer häufig allein gelassen. Dies kann in der Praxis dazu führen, dass Arbeitnehmer Hinweisgebersysteme nicht oder nicht in dem Umfang nützen, wie dies aus Sicht der Geschäftsführung wünschenswert ist. Dies kann in der Praxis dazu führen, dass Arbeitnehmer Hinweisgebersysteme nicht oder nicht in dem Umfang Gebrauch nützen, wie dies aus Sicht der Geschäftsführung wünschenswert ist. Es ist daher sicherzustellen, dass das Hinweisgebersystem, das der Arbeitgeber etabliert, den Arbeitnehmer hinreichend vor etwaigen Repressalien schützt, z. B. durch die Möglichkeit anonymer Hinweise.

³ BAG 7.12.2006, 2 AZR 400/05, NZA 2007, 502

⁴ BVerfG Urteil vom 2.07.2001, 1 BvR 2049/00

Spezielle Schutzbestimmungen für Whistleblower gibt es in Deutschland etwa in § 5 GeschGehG. Danach ist die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zulässig, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt.

Ein berechtigtes Interesse ist dann gegeben,

- wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenbarung des Geschäftsgeheimnisses zur Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit erfolgt,
- wenn dies der Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens dient und die Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen
- wenn die Offenlegung gegenüber der Arbeitnehmervertretung, z. B. dem Betriebsrat, erfolgt und dies erforderlich ist, damit diese ihre Aufgaben erfüllen kann.

6. Kündigungsschutz

Die Whistleblower RL enthält in ihrem Anwendungsbereich einen Schutz vor Benachteiligung des Hinweisgebers in Art 19 leg.cit. Dieser Schutz bedarf jedoch der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten.

Voraussetzung ist, dass der Hinweisgeber zunächst die nach der RL vorgesehenen Meldemöglichkeiten (intern oder extern) nützt, und dies nicht zu einer Abhilfe geführt hat. Anders ist dies ausnahmsweise dann, wenn der Arbeitnehmer hinreichenden Grund zu der Annahme hat, dass eine unmittelbare Gefährdung öffentlicher Interessen vorliegt, insbesondere die Gefahr eines irreversiblen

Schadens besteht (Art 15 Abs 1 lit b leg.cit). oder dass er bei einer externen Meldung mit Repressalien rechnen muss (Art 15 Abs 2 lit b leg cit).

Da Deutschland die RL bisher nicht umgesetzt hat, wird derzeit diskutiert, inwieweit die Richtlinie bereits jetzt unmittelbar auf ein Arbeitsverhältnis anzuwenden ist. Unabhängig davon, ob man eine mittelbare Drittwirkung der Richtlinie befürwortet, oder nicht, sind die Arbeitgeber jedoch zur richtlinienkonformen Auslegung bestehender Schutzbestimmungen verpflichtet. Handelt es sich daher z. B. um eine reine Vergeltungskündigung, die deshalb erfolgt, weil ein Hinweis gegeben wurde oder werden soll, dann verstößt die Kündigung unabhängig von der Umsetzung der Richtlinie ins nationale Recht gegen Treu und Glauben.

Einige Rechtsvorschriften enthalten zudem bereits jetzt ergänzend zum allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG noch einen besonderen Kündigungsschutz für Whistleblower, etwa § 17 Abs 2 ArbSchG, § 16 AGG, oder § 4 FinDAG.

FAZIT:

Unternehmen sollten Hinweisgebersysteme niederschwellig einrichten und auch scheinbar unberechtigte Hinweise ernst nehmen. Völlig haltlosen Vorwürfen kann das Unternehmen jedoch mit arbeitsrechtlichen Mitteln bis hin zur außerordentlichen Kündigung begegnen. ■



Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Rahmen von Corporate Social Responsibility



Matthias W. Kroll, LL.M.,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Fachanwalt für Versicherungsrecht,
Dr. Nietsch & Kroll Rechtsanwälte |
Fachanwälte
Vorsitzender des Hanseatischen GmbH –
Geschäftsführer Verbandes e.V.

Bisher war die Corporate Social Responsibility (CSR) überwiegend aus Sicht von Marketingexperten für Unternehmen von Relevanz. Aber auch in rechtlicher Hinsicht ist die CSR bedeutsam, weil der Geschäftsführer einer GmbH die CSR ebenfalls zu berücksichtigen hat. Pflichtverstöße im Bereich der CSR können verschiedene persönliche Haftungsszenarien der Geschäftsführer einer GmbH ergeben.

1. Was ist Corporate Social Responsibility?

Corporate Social Responsibility (CSR) steht für den freiwilligen Beitrag von Wirtschaftsunternehmen zu einer nachhaltigen Entwicklung. Es ist gekennzeichnet von verantwortlichem unternehmerischen Handeln der Marktteilnehmer. Dabei geht es im Kern um eine soziale, ökologisch und ökonomisch verantwortungsvolle Unternehmensführung, die in die gesamte Wertschöpfungskette hineinwirkt. Viele Unternehmen verpflichten etwa ihre Vertragspartner im Rahmen von Verhaltenskodizes oder CSR-Vereinbarungen dazu, im Arbeitsschutz Mindeststandards einzuhalten oder Kinderarbeit und Diskriminierungen in Unternehmen und bei Zulieferern nicht zu dulden.

2. Pflichten des GmbH-Geschäftsführers zur Berücksichtigung von CSR-Aspekten

Damit die Geschäftsführer einer GmbH nach § 43 GmbHG ihren Sorgfaltspflichten nachkommen, müssen sie also auch ökologi-

sche und soziale Faktoren in ihre Überlegungen für eine Unternehmensstrategie einbeziehen. Einzelne Maßnahmen der CSR oder auch eine mittel- bis langfristige CSR-Strategie können für den grundsätzlichen wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens von entscheidender Bedeutung sein. So können etwa durch die Vermeidung von zweifelhaften Lieferketten Reputationsgewinne eintreten oder im Umkehrschluss entsprechende negative Berichterstattungen zu signifikanten Unternehmensverlusten führen.

Vor diesem Hintergrund müssen Geschäftsführer zwingend wesentliche Faktoren der CSR zur Vermeidung von Risiken in ihrer Geschäftsführung berücksichtigen.

Geschäftsführer müssen zunächst sicherstellen, dass sich ihr Unternehmen an gesetzliche Vorgaben der CSR hält. Hierbei sind insb. Umweltschutzgesetze, aber auch arbeitsrechtliche Vorschriften, wie z.B. das Mindestlohngesetz (MiLoG), welches CSR-Standards beinhaltet, oder etwa tierschutzrechtliche Vorschriften zu berücksichtigen.

Daneben treten verschiedene – insbesondere auch europarechtliche – bestehende und künftige Regelungen: Auf dem Weg zu einer nachhaltigen Wirtschaft hat die Europäische Kommission am 17. November 2021 zwei Gesetzesvorschläge vorgestellt, die sich mit der Bekämpfung von Entwaldung und Waldzerstörung sowie mit der Neuregelung von Abfall-Exporten befassen. Daneben hat die Europäische Kommission eine Neuregelung der Abfallverbringungsverordnung vorgeschlagen.



Neben diesen europarechtlichen Vorschriften, die der Geschäftsführer im Hinblick auf ihre Umsetzung im Blick behalten muss, sind bereits europarechtliche Regelungen in nationales deutsches Recht umgesetzt worden: Der Deutsche Bundestag hat am 11. Juni 2021 das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) beschlossen. Das Gesetz tritt am 1. Januar 2023 in Kraft.

Entscheidend ist, dass der Geschäftsführer diese relevanten Vorschriften im Blick hat, kennt und geeignete Strukturen in seinem Unternehmen vorhält, welche die Einhaltung der Vorschriften gewährleisten. So müssen betroffene Unternehmen zur Wahrung ihrer menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten nach dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)

- ein Risiko-Management-System implementieren,
- geeignete, betriebsinterne Zuständigkeiten, z.B. durch die Ernennung eines Menschenrechtsbeauftragten, festlegen,
- regelmäßig Risikoanalysen durchführen,
- eine Grundsatzerklärung abgeben,
- im eigenen Geschäftsbereich und bei unmittelbaren Zulieferern Präventionsmaßnahmen (z.B. durch die Einrichtung einer Whistleblower-Hotline) verankern,
- gegebenenfalls Abhilfemaßnahmen ergreifen,
- ein Beschwerdeverfahren einrichten sowie
- Verfahren zu Dokumentationen und Berichterstattungen implementieren.

3. Haftung aufgrund von Pflichtverstößen gegen CSR

In Bezug auf die vorgenannten Verpflichtungen droht im Falle von Verstößen eine persönliche, unbeschränkte Haftung des Geschäftsführers für all diejenigen Schäden, die sich bei der Gesellschaft aus dem Pflichtenverstoß gegen CSR-Standards kausal realisieren. Die Haftungsgrundlage für GmbH-Geschäftsführer ergibt sich dabei aus § 43 GmbHG.

Von besonderer Bedeutung ist hierbei das Prinzip der abgestuften Darlegungs- und Beweislastverteilung: Danach muss das geschädigte Unternehmen lediglich die Pflichtverletzung des Geschäftsführers darlegen und einen kausal auf diese Pflichtverletzung zurückgehenden Vermögensschaden. Der Geschäftsführer muss sich hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens entlasten bzw. beweisen, dass der Schaden auch bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten eingetreten wäre.

Zu berücksichtigen ist, dass im Bereich der CSR dem Geschäftsführer ein weites unternehmerisches Ermessen einzuräumen ist, soweit es keine konkreten gesetzlichen Verpflichtungen gibt. Regelmäßig ist dann nicht von einer Pflichtverletzung auszugehen, wenn der Geschäftsführer seine unternehmerische Entscheidung auf einer angemessenen Informationsgrundlage getroffen hat (vgl. sog. Business Judgement Rule).

Dieser Ermessensspielraum besteht jedoch dort nicht, wo gesetzliche Vorschriften den Rahmen der CSR konkret umreißen. Wenn also etwa das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz auf das Unternehmen anzuwenden ist, bleibt für den Geschäftsführer kein Ermessensspielraum, die Vorschriften dieses Gesetzes nicht einzuhalten.

4. Reform des DCGK 2022 – Bedeutung von Nachhaltigkeitsaspekten steigt

Von wesentlicher Bedeutung ist im Rahmen der sog. Business Judgement Rule ein Blick auf die Entwicklung des Deutschen Corporate Governance Kodex. Denn der DCGK gilt zwar nur für börsennotierte Aktiengesellschaften. Es ist aber rechtsformübergreifend anerkannt, dass der DCGK auch für GmbHs Standards für eine gute und verantwortungsvolle Unternehmensführung beinhaltet. Im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung wird ein Gericht diesen Kodex heranziehen, um zu beurteilen, ob ein GmbH-Geschäftsführer pflichtgemäß gehandelt hat.

Am 21.01.2022 hat die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (DCK) den Entwurf des DCGK 2022 vorgelegt. Die vorgeschlagenen neuen Grundsätze und Empfehlungen betreffen dabei insbesondere die Berücksichtigung ökologischer und sozialer Nachhaltigkeit bei der Leitung und Überwachung von börsennotierten Unternehmen. So soll der Vorstand künftig unter anderem die mit den Sozial- und Umweltfaktoren verbundenen Risiken und Chancen für das Unternehmen sowie die ökologischen und sozialen Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit identifizieren und bewerten. Die Unternehmensstrategie soll Auskunft darüber geben, wie wirtschaftliche, ökologische und soziale Ziele in ein ausgewogenes Verhältnis gesetzt werden sollen. Zudem soll die Unternehmensplanung finanzielle und nachhaltigkeitsbezogene Ziele enthalten.

Die Ausrichtung eines internen Kontroll- und Risikomanagements soll dabei auch finanzielle und nachhaltigkeitsbezogene Belange berücksichtigen und entsprechende Systeme sowie Prozesse zur Erfassung und Verarbeitung nachhaltigkeitsbezogener Daten beinhalten.

5. Zusammenfassung

Die Einhaltung von Standards der CSR ist schon lange nicht mehr lediglich ein Thema für Marketing und Vertrieb, sondern in der haftungsrechtlichen Wirklichkeit der Geschäftsführung einer GmbH angekommen. Im Rahmen gesetzlich bestehender Vorgaben versteht sich die Einhaltung dieser Vorschriften, etwa beim Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, für die Geschäftsführer von allein, da ansonsten persönliche Haftung droht. Aber

auch im Rahmen von (noch) nicht kodifizierten Bereichen der CSR, in denen dem Geschäftsführer im Rahmen der Business Judgement Rule ein Ermessensspielraum bei Entscheidungen zugewilligt werden muss, ist auf Entwicklungen und Standards der CSR zu achten. Die Anpassung des Deutschen Corporate Governance Kodex 2022 in Bezug auf Nachhaltigkeitsaspekte trägt dem Rechnung und ist auch von GmbH-Geschäftsführern zu berücksichtigen. ■



Die Verantwortung von Geschäftsführern im Umweltrecht



Prof. Dr. jur. Hans-Jürgen Muggenborg,
Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Verwaltungsrecht, Aachen

I. Mangelndes Verständnis des Umweltrechts

Geschäftsführer verfügen regelmäßig nicht über ausreichende Kenntnisse im Umweltrecht. Zudem ist das Empfinden dafür, dass die Generalverantwortung für die Erfüllung aller Pflichten des Unternehmens bei der Geschäftsleitung liegt, nicht sehr ausgeprägt (s. Lederspray-Urteil des BGH vom 06.07.1990 – 2 StR 549/89, NJW 1990, 2560). Geschäftsführer empfinden dagegen eine starke Verantwortung für den wirtschaftlichen Erfolg ihres Unternehmens. Von den Gesellschaftern des Unternehmens werden sie nämlich vorrangig daran gemessen. Dass wirtschaftlicher Erfolg aber auch in einem soliden Vollzug des Umweltrechts begründet ist, wird manchem Geschäftsführer erst bewusst, wenn die Behörde beschränkend eingreift und möglicherweise sogar den weiteren Anlagenbetrieb untersagt. Im Umweltrecht gilt im Prinzip dasselbe wie auf anderen Gebieten: Vorbeugen ist wesentlich günstiger als nachzuarbeiten und zu reparieren! Selbstverständlich gibt es auch Geschäftsführer, die ein hohes Verständnis für diese Thematik besitzen und die ihre Unternehmen entsprechend gut aufgestellt haben. Aber das Gegenteil begegnet einem in einer langen anwaltlichen Tätigkeit mit anhaltender Regelmäßigkeit.

Ein Kennzeichen für die innere Haltung zeigen etwa Sätze aus dem Munde von Geschäftsführern wie dem folgenden:

„Für die Abfallentsorgung ist bei mir der Abfallbeauftragte zuständig.“

Dieser Satz wird im Brustton der Überzeugung abgegeben, ist also nicht ironisch gemeint. Wie falsch er ist, soll im Weiteren aufgezeigt werden.

Engagierte Mitarbeiter

Trotzdem funktioniert die vorstehend beschriebene Haltung in der Praxis oft über Jahrzehnte, weil verantwortungsbewusste Mitarbeiter (ich verwende durchgehend das generische Maskulinum) dafür sorgen, dass es zu keinen Verstößen und damit zu Konflikten im Umweltrecht kommt. Aus dem Gesichtspunkt der Compliance ist ein solcher Zustand aber unerwünscht.

Belastungen durch strafrechtliche Ermittlungsverfahren

Wer als Geschäftsführer schon einmal ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren erlebt hat, wird die Dinge anders beurteilen. Im Strafrecht wird die schmerzliche Erfahrung gemacht, dass dies – etwa im Unterschied zur Produkthaftung – keine Angelegenheit des Unternehmens ist, sondern die betreffende Person persönlich angeht, die im Fokus staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen steht. Man kann es auch so sagen: Das Strafrecht bedroht die persönliche Freiheit und das persönliche Portemonnaie der Personen, gegen die ermittelt, gegen die möglicherweise Anklage erhoben wird und die am Ende verurteilt werden können.

Zur Wahrheit gehört auch, dass die Verurteilungsquote im Umweltstrafrecht gering ist, weil es sich bei diesen Taten um typische berufsbegleitende Delikte handelt. So besteht zu jeder Zeit der Ermittlungen die Möglichkeit, das Verfahren einzustellen, wobei eine Einstellung nach § 153 StPO wegen geringer Schuld oder nach § 153a StPO wegen geringer Schuld gegen Zahlung eines Geldbetrages möglich sind. Da die betreffenden Personen, gegen die im Unternehmen ermittelt wird, zumeist nicht vorbestraft sind, kommt es hier zumeist nicht zu einer strafrechtlichen Verurteilung. Dies kann den einzelnen Geschäftsführer, der betroffen ist, aber nicht beruhigen, da er nicht weiß, ob er nicht möglicherweise zu der kleinen Ausnahmegruppe der am Ende Verurteilten gehören wird. Das eigentliche Übel der strafrechtlichen Ermittlungen liegt nicht im Ergebnis des Verfahrens, sondern im Verfahren selbst. Dieses belastet die Personen erheblich, vor allem des Nachts holt die Betroffenen die Befürchtung ein, man wacht auf und schläft nur schlecht wieder ein. Allein schon das laufende strafrechtliche Ermittlungsverfahren senkt die Lebensqualität deutlich.

II. Rechtliche Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung

Die Geschäftsleitung eines Unternehmens ist das Organ, durch das die juristische Person überhaupt handlungsfähig wird. Nach § 35 Abs. 1 GmbHG vertritt der Geschäftsführer die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Die GmbH ist eine juristische Person, die wie einzelne natürliche Personen nahezu alle zivilrechtlichen Verträge schließen kann (mit Ausnahme der Eheschließung und Errichtung von Testamenten) und die im öffentlichen Recht Genehmigungen erhalten und Adressat

von behördlichen Anordnungen sein kann. Dabei verleiht die Geschäftsleitung der juristischen Person überhaupt erst Handlungsfähigkeit, d. h. der Vertragsschluss vollzieht sich auf Seiten der GmbH durch eine entsprechende Willenserklärung des Geschäftsführers, die er in seiner Funktion als Geschäftsführer für die GmbH abgibt, und im öffentlichen Recht durch entsprechende Antragstellung bei den zuständigen Genehmigungsbehörden.

III. Möglichkeit der Delegation von Pflichten

Dabei war schon immer anerkannt, dass die Geschäftsleitung die Aufgaben, die in ihrer Zuständigkeit liegen, nicht höchstpersönlich erfüllen muss. Das wäre im Falle großer GmbHs mit mehreren 1000 Mitarbeitern eine völlig unmöglich zu erfüllende Forderung. Die Geschäftsleitung darf sich helfen lassen, kann also Pflichten auf nachgeordnete Mitarbeiter delegieren. Die Rechtsprechung hat in vielen Entscheidungen, bei denen es sich häufig um Produkthaftungsfälle gehandelt hat, die Grundsätze ordnungsgemäßer Pflichtendelegation herausgearbeitet. Dazu gehört eine – möglichst deckungsgleiche – Delegation von Aufgabe, Kompetenz und Verantwortung. Die bloße Verteilung von Aufgaben stellt also keine ordnungsgemäße Pflichtendelegation dar. Wenn etwa einem Mitarbeiter die Aufgabe übertragen wird, für die Durchsetzung des betrieblichen Arbeitsschutzes zu sorgen, dann braucht dieser Mitarbeiter ein paar Kompetenzen, um der Aufgabe verantwortungsvoll gerecht werden zu können. Wenn Mitarbeiter die Regeln des Arbeitsschutzes missachten, muss er sie entsprechend anweisen dürfen und ihnen gegebenenfalls bestimmte Arbeiten untersagen können. Denn ohne solche Mindestkompetenzen kann die Aufgabe des betrieblichen Arbeitsschutzes nicht wirksam erfüllt werden.



IV. Verbleibende Restpflichten im Fall der Pflichtendelegation

Durch die Delegation von Pflichten auf nachgeordnete Mitarbeiter wird der Geschäftsführer seine Verantwortung aber nicht los. Denn bei jeder Delegation verbleiben Restpflichten beim Delegierenden, namentlich die

- Auswahlpflicht
- Anweisungspflicht.
- Überwachungspflicht.

1. Auswahlpflicht

Die Auswahlpflicht bedeutet, dass eine Pflicht nur auf eine solche Person delegiert werden darf, die kraft ihrer Ausbildung und ihres Wissensstandes der Lage ist, die Pflicht zu erfüllen. Die Problematik besteht darin, dass der Gesetzgeber die Qualifikationsanforderungen an die meisten Mitarbeiter nicht regelt. Regelungen dazu gibt es nur für Betriebsärzte, die Medizin studiert haben müssen, sowie für die Umweltbeauftragten, für die sich Regelungen in der 5. BImSchV und in der Abfallbeauftragtenverordnung finden. Für alle übrigen Mitarbeiter gibt es solche gesetzlichen Qualifikationsanforderungen

dagegen nicht. Es obliegt dann der Eigenverantwortung der Geschäftsleitung, die Kriterien selbst zu ermitteln. Je nach dem Grad der Gefährdung, die von der Nichterfüllung der entsprechenden Pflicht ausgeht, sind die Ausbildungsanforderungen höher anzusetzen. Wer etwa Leiter der Konstruktionsabteilung einer Maschinenfabrik werden soll, wird wohl ein entsprechendes ingenieurtechnisches Studium erfolgreich absolviert haben müssen.

Hinzu kommt, dass für bestimmte Tätigkeiten besondere Erlaubnisse erforderlich sind. Die Geschäftsleitung hat bei der Übertragung solcher Aufgaben darauf zu achten, dass der betreffende Mitarbeiter über die Erlaubnisse verfügt. Niemand darf auf Kurierfahrt geschickt werden, dem die Fahrerlaubnis entzogen wurde. Niemand darf Schweißarbeiten durchführen oder sich als Kranführer betätigen, der nicht über entsprechende erforderliche Erlaubnisscheine verfügt.

2. Anweisungspflicht

Die Anweisungspflicht bedeutet, dass die Geschäftsleitung den betreffenden Mitarbeiter zunächst mit den Regelungen vertraut machen muss, die im jeweiligen

Unternehmen gelten. Da es in Deutschland kein Unternehmensorganisationsgesetz gibt, können sich die Unternehmen intern so organisieren, wie es den Vorstellungen der Gesellschafter und des Geschäftsführers entspricht. Das bewirkt, dass die internen Abläufe in den einzelnen Unternehmen zum Teil sehr unterschiedlich sind. So gibt es Unternehmen, die streng hierarchisch strukturiert sind, wie es vor allem bei den früheren Staatsunternehmen Post und Bahn anzutreffen ist. Auf der anderen Seite gibt es Unternehmen, die nur über wenige Hierarchiestufen verfügen (sog. lean organisation). Unabhängig von der Struktur des Unternehmers wird es am Ende daran gemessen, ob die jeweilige Struktur in der Lage ist, alle gesetzlichen Verpflichtungen zu erfüllen.

Die Anweisungspflicht wird auch häufig als Schulungspflicht bezeichnet. Die Bedeutung der Schulung von Mitarbeitern kann nicht deutlich genug herausgestellt werden. Schulungsbedarfs gibt es nicht nur wegen sich ständig verändernder Regelungen so auch im Umweltrecht, sondern auch wegen Veränderungen und Anpassungen des jeweils hergestellten Produktportfolios. Produkte unterliegen einem permanenten Wandel, was für jedermann im Bereich der Elektronik und

der Fahrzeugkonstruktion zu beobachten ist. All das muss im Unternehmen geschult werden, denn kein Geschäftsführer darf annehmen, dass seine Mitarbeiter sich etwa in der Freizeit mit Bundes- oder Landesgesetzblättern befassen, um selbst festzustellen, welche gesetzlichen Anforderungen sich möglicherweise verändert haben könnten.

3. Überwachungspflicht

In einer Fülle an Entscheidungen verlangt die Rechtsprechung, dass selbst langjährig zuverlässig arbeitende Mitarbeiter zumindest gelegentlich stichprobenartig überprüft werden. In der Überprüfung manifestiert sich kein Misstrauen des Geschäftsführers gegenüber seinen Mitarbeitern, sondern der Geschäftsführer kommt einer gesetzlichen Verpflichtung nach. Dabei unterliegen Positionen, die für die Sicherheit der Anlagen oder Produkte bedeutsam sind, einer strengeren Überwachung als Positionen, denen eine solche Bedeutung nicht zukommt. Sichergestellt wird das zumeist in einem speziellen Auditplan, der dafür sorgt, dass jeder Mitarbeiter in bestimmten zeitlichen Abständen routinemäßig überprüft wird. Aus diesen Überprüfungen ergeben

sich regelmäßig Anforderungen an die Veränderung der Unternehmensorganisation, die die Geschäftsleitung dann umzusetzen hat.

V. Ausgewählte Beispiele aus dem Umweltrecht

Die Verantwortung der Geschäftsführung spielt an vielen Stellen des Umweltrechts eine wichtige Rolle, was an einigen Beispielen aufgezeigt wird. Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass die Grenze der Strafbarkeit im Umweltrecht schnell überschritten wird. Wer etwa Abwasser fortleitet, dessen Schadstofffracht die in der Einleiterlaubnis geregelten Grenzen überschreitet, macht sich automatisch strafbar gemäß § 324 StGB. Und wer seine immissionsschutzrechtlich genehmigte Anlage wesentlich ändert, die Änderung aber nur anzeigt, ist strafbar nach § 327 Abs. 2 Nr. 1 StGB, weil er dann die immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlage ohne die erforderliche Genehmigung (Änderungsgenehmigung) betreibt.

Die Juristen verweisen hier auf die sog. Verwaltungsakzessorität des Umweltstrafrechts. Das Strafrecht nimmt im Umweltrecht engen Bezug auf das Umweltverwaltungsrecht, was im Wortlaut der Strafvorschriften auch an vielen Stellen zum Ausdruck kommt. So wird die Strafvorschrift des § 327 Abs. 1 StGB eingeleitet mit den Worten:

„Wer ohne die erforderliche Genehmigung ...
eine Anlage betreibt“.

Bei der Bodenverunreinigung nach § 324 Abs. 1 StGB heißt es:

„Wer unter Verletzung verwaltungsrechtlicher
Pflichten Stoffe in den Boden einbringt, ...“.

1. Immissionsschutzrecht

Im Bereich des Immissionsschutzrechts muss sich die Geschäftsleitung mit der Frage befassen, ob im Unternehmen alle erforderlichen Genehmigungen vorhanden sind. Immer wieder gibt es die Situation, dass lediglich eine Baugenehmigung vorliegt, obwohl das Vorhaben bereits der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungspflicht unterliegt. Im Fall von Kapazitätserweiterungen muss immer auch die Frage geklärt werden, ob möglicherweise Mengenschwellen, die im Anhang der 4. BImSchV, wo die immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen genannt werden, erreicht oder überschritten werden. In diesem Fall bedarf die Änderung der Anlage einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung.

Wenn das Unternehmen über eine immissionsrechtliche Genehmigung verfügt, dann sollte sich die Geschäftsleitung auch mit dem Inhalt der Genehmigung näher auseinandersetzen, denn häufig enthalten sie die unterschiedlichsten Begrenzungen, in Einzelfällen sogar der verkaufsfähigen Produkte. In diesem Fall ist darauf zu achten, dass die gesamte Jahresproduktion des Unternehmens die dort geregelten Grenzen nicht überschreitet. Ist absehbar, dass aufgrund der guten wirtschaftlichen Entwicklung die genannten Grenzen wohl überschritten werden, ist rechtzei-

tig für eine entsprechend geänderte immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu sorgen, also eine Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG zu beantragen. Die Erweiterung der Produktion darf dann erst erfolgen, wenn die Genehmigung erteilt ist.

Gerade die Änderung immissionsschutzrechtlich genehmigter Anlagen stellt im Alltag eine oft nicht ausreichend berücksichtigte Thematik dar. Jede Änderung von Lage, Betrieb oder Beschaffenheit einer Anlage ist der Behörde nach § 15 BImSchG zumindest vorher anzuzeigen. Sobald es sich um eine wesentliche Änderung handelt, bedarf die Genehmigung nach § 16 BImSchG der vorherigen Durchführung eines Änderungsgenehmigungsverfahrens. Und sollte die Anlage der Störfallverordnung (12. BImSchV) unterfallen, bedarf die störfallrelevante Änderung der genehmigungsbedürftigen Anlage eines Verfahrens mit Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 16a BImSchG. Ein Geschäftsführer sollte also den Unterschied zwischen einer nur anzeigepflichtigen einfachen Änderung der Anlage und einer genehmigungspflichtigen wesentlichen Änderung der Anlage kennen. Die wesentliche Änderung ist dadurch gekennzeichnet, dass sie auch negative Auswirkungen auf die Schutzgüter des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG haben kann. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass die mit der Änderung auch verbundenen Vorteile nicht mit den verbundenen Nachteilen saldiert werden. Wird etwa eine neue Filteranlage eingebaut, die die Luftemissionen auf die Hälfte absenkt, entsteht bei der Gelegenheit aber erstmals ein stark kontaminierter Abfall in Form eines Filterkuchens, handelt es sich um eine wesentliche Änderung. Es ist darauf zu achten, dass auf keinen Fall eine wesentliche Änderung nach einer bloßen Anzeige durchgeführt wird, selbst dann nicht, wenn die Genehmigungsbehörde dem zustimmen sollte. Die Verantwortung für den genehmigungskonformen Betrieb der Anlage liegt nicht bei der Behörde, son-

dern beim Anlagenbetreiber, also der jeweiligen GmbH, die durch den Geschäftsführer vertreten wird. Es ist also die originäre Verantwortung des Geschäftsführers darauf zu achten, dass die eigenen Anlagen nicht wesentlich geändert, die Änderung aber nur angezeigt wird. Auch ist sicherzustellen, dass unwesentliche Änderungen nicht ohne die vorherige Anzeige nach § 15 BImSchG erfolgen.

Die beschriebenen Konflikte lassen sich nur durch eine effektive Unternehmensorganisation verhindern. Diese setzt entsprechend qualifizierte Kräfte ebenso voraus wie ein ausreichendes Verständnis der Geschäftsleitung für die hier nur cursorisch beschriebenen Zusammenhänge. Verstöße in diesem Bereich können für das Unternehmen existenzielle Bedrohungen heraufbeschwören, gegebenenfalls sogar verbunden mit persönlichen Konsequenzen in Form strafrechtlicher Ermittlungen und Verurteilungen.

2. Wasserrecht

In nahezu jedem Unternehmen fallen im Rahmen der Produktion Abwässer an. Diese sind entsprechend den Regularien des Wasserrechts zu entsorgen. Im Fall der Indirekteinleitung in die gemeindliche Kanalisation müssen die Begrenzungen der kommunalen Abwassersatzung beachtet werden. Im Fall der Direkteinleitung in ein Gewässer, bedarf das Vorhaben einer wasserrechtlichen Einleiterlaubnis. Diese enthält sowohl mengenmäßige Begrenzungen als auch Begrenzungen verschiedener Abwasserinhaltsstoffe, die vor allem in den Anhängen der Abwasserverordnung bereichsspezifisch vorgeschrieben sind.



Im Alltag des Unternehmens ist dann darauf zu achten, dass auch entsprechende organisatorische Anforderungen dafür getroffen werden, die dafür sorgen, dass die Einleitgrenzwerte nicht überschritten werden. Denn die Überschreitung der Werte führt nicht nur zur Strafbarkeit der verantwortlichen Personen und damit immer auch der Geschäftsleitung, sondern gegebenenfalls auch zu weiteren Konsequenzen wie der Anordnung beschränkender Maßnahmen der Gewässerschutzbehörde nach § 100 WHG oder einer Erhöhung der zu zahlenden Abwasserabgabe (sog. Verschmutzerzuschläge nach § 4 Abs. 4 Abwasserabgabengesetz). Dies alles belastet automatisch auch den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens und sollte im Fokus der Geschäftsleitung stehen.

3. Beobachtung der Entwicklung im Umfeld des Unternehmensstandortes

Wichtig für die Sicherung des Unternehmensstandortes ist es auch, dass der Geschäftsführer dafür sorgt, dass Planungsabsichten der Standortgemeinde unter Beobachtung gehalten werden und man frühzeitig Kenntnis über eventuell gestellte Bauanträge im Umfeld des Un-

ternehmensstandortes erhält. Die Gefahr des Heranrückens von Wohngebäuden an das Unternehmen ist nicht zu unterschätzen. Im Immissionsschutzrecht führt die Errichtung neuer Gebäude in verkürztem Abstand zur Grenze des Unternehmens zu neuen Immissionsorten. Alle Immissionen, die vom Unternehmen ausgehen, werden zukünftig an dem neuen Ort bewertet und gegebenenfalls gemessen. Dies betrifft nicht nur die Immission von Schadstoffen, sondern etwa auch Lärmimmissionen.

Eine Veranlassung dazu bietet auch das Störfallrecht und hier insbesondere die aus Art. 13 Seveso-III-Richtlinie folgende Anforderung nach der langfristigen Einhaltung angemessener Sicherheitsabstände zwischen Störfall-Betriebsbereichen auf der einen Seite und bestimmten schutzbedürftigen Nutzungen wie Wohnnutzungen, Freizeitgebieten, wichtigen Verkehrswegen auf der anderen Seite. An dieser Stelle hat gerade die sog. Mücksch-
Rechtsprechung (EuGH, Urteil vom 15.09.2011 – C-53/10, BeckRS 2011, 81363; BVerwG, Urteil vom 20.12.2012 – 4 C 11.11, BeckRS 2013, 47820) die Möglichkeiten von Unternehmen, solche Entwicklungen im Umfeld des eigenen Standortes abzuwehren, deutlich gestärkt.

Die Geschäftsleitung kann nicht davon ausgehen, dass dem Bau- und dem Planungsamt der Standortgemeinde bekannt ist, mit welchen gefährlichen Stoffen das eigene Unternehmen umgeht. Solche Kenntnisse sind oft nur bei der Mittelinstanz, die die immissionsschutzrechtliche Genehmigung erteilt (Bezirksregierung, Regierungspräsidium, Generaldirektionen in Rheinland-Pfalz usw.), vorhanden, nicht aber bei den kommunalen Behörden. Es sollte daher für einen Informationsaustausch gesorgt werden, indem man etwa den Planungsdezernenten oder die Mitarbeiter der örtlichen Planung kontaktiert und sie darüber informiert, was am Unternehmensstandort geschieht und mit welchen Stoffen dort umgegangen wird. Sollte die Gemeinde dennoch in unmittelbarer Nachbarschaft zum Unternehmensstandort ein Wohngebiet planen, ist im Planaufstellungsverfahren Stellung zu nehmen. Und sollte auch das keinen Erfolg bringen, ist innerhalb eines Jahres nach Erlass des Bebauungsplanes, der als örtliche Satzung verkündet wird, Normenkontrolle gegen den Bebauungsplan zu erheben. Nach der Rechtsprechung sind solche Planungen im Regelfall fehlerhaft, weil zwischen der industriellen Nutzung eines Störfall-Betriebes und der Wohnnutzung der Trennungsgrund-

satz des § 50 BImSchG zu beachten ist. Wer diese Möglichkeiten nicht ergreift, gefährdet mitunter den Fortbestand des eigenen Unternehmens und verhindert im Regelfall zumindest jegliche Erweiterung der Produktion. ■

Die Rolle des Geschäftsführers als Ausführverantwortlicher



Stephan Müller,
Partner,
Oppenhoff und



Mareike Heesing,
Junior Partner,
Oppenhoff

Es ist ein ständiges Bestreben der deutschen Regierung, ungenehmigte Exporte kritischer Güter und Technologien zu verhindern. Um eine ordnungsgemäße Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben der Exportkontrolle und der von der Bundesregierung beschlossenen restriktiven Rüstungsexportpolitik sicherzustellen, hat die Bundesregierung daher bereits 1990 erstmalig Grundsätze zur Prüfung der Zuverlässigkeit von Exporteuren von Kriegswaffen und rüstungsrelevanten Gütern herausgegeben. Diese sehen vor, dass jedes Unternehmen, das genehmigungspflichtige Exporte durchführt, einen „Ausführverantwortlichen“ benennt. Dieser Ausführverantwortliche spielt für die unternehmensinterne Export-Compliance eine zentrale Rolle.

Was ist ein Ausführverantwortlicher?

Exportkontrolle ist ein wichtiges Instrument, um zu vermeiden, dass Güter oder Technologien, die auch militärisch genutzt werden können (sog. Dual-Use-Güter bzw. Güter mit doppeltem Verwendungszweck), Rüstungsgüter und Kriegswaffen missbraucht werden. Sie ist damit auch ein wesentliches Instrument, um die Sicherheit und die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland sowie das friedliche Zusammenleben der Völker zu schützen.

Die Bundesrepublik Deutschland hat daher eine Reihe von Regelungen geschaffen, um ungenehmigte Exporte kontrollierter Güter zu verhindern. Außerdem sind die Unionsregelungen für die Kontrolle der Ausfuhr, der Vermittlung, der technischen

Unterstützung, der Durchführung und der Verbringung betreffend Güter mit doppeltem Verwendungszweck für Unternehmen in Deutschland zwingend zu befolgen.

Für die **Einhaltung und Umsetzung** dieser Regelungen innerhalb des Unternehmens ist der Ausführverantwortliche zuständig. Ihm obliegen die Organisationspflicht und die Personalauswahl sowie die Überwachungspflicht der in der Exportkontrolle tätigen Mitarbeiter innerhalb des Unternehmens. Getreu dem Grundsatz „Tone from the Top“ muss der Ausführverantwortliche **Mitglied des vertretungsberechtigten Organs** des Unternehmens oder der Organisation sein. Im Falle einer GmbH ist daher ein Geschäftsführer als Ausführverantwortlicher gegenüber der zuständigen Behörde, dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) zu benennen.





Der Geschäftsführer einer GmbH bestätigt als Ausführverantwortlicher, dass er mit den Pflichten des Unternehmens, die im Zusammenhang mit der Abwicklung von Exportvorgängen – insbesondere bei genehmigungspflichtigen Gütern – bestehen, vertraut ist und die **Verantwortung** für die Umsetzung dieser Pflichten übernimmt. Er bürgt auch für die Richtigkeit aller in seinem Namen unterzeichneten Anträge auf Erteilung einer Ausfuhrgenehmigungen.

Welche Unternehmen brauchen einen Ausführverantwortlichen?

Nach den gesetzlichen Regelungen ist für den Export von kontrollierten Dual-Use-Gütern, Rüstungsgütern und Kriegswaffen eine Genehmigung durch das BAFA erforderlich. Die Erteilung einer solchen Genehmigung kann von sachlichen und persönlichen Voraussetzungen, insbesondere der **Zuverlässigkeit** des Antragstellers, abhängig gemacht werden.

Ein Unternehmen, das einen **Antrag auf Ausfuhr- oder Verbringungsgenehmigung** beim BAFA stellt, muss also darlegen, dass es zuverlässig ist. Es gilt als zuverlässig, wenn es die Gewähr dafür bietet, dass es die maßgeblichen exportkontrollrechtlichen Vorschriften einhält, also insbesondere alle organisatorischen und personellen Maßnahmen trifft, um eine funktionsfähige innerbetriebliche Exportkontrolle sicherzustellen. Für die Einrichtung und Umsetzung dieser Maßnahmen ist der Ausführverantwortliche zuständig.

Jedes Unternehmen, das genehmigungspflichtige Güter oder Technologien exportieren möchte, braucht daher einen Ausführverantwortlichen. Dieser ist gegenüber dem BAFA zu benen-

nen. Die Benennung ist einmal vorzunehmen und gilt bis zum Widerruf, zum Beispiel bei Benennung eines neuen Ausführverantwortlichen. Die Erklärung des Ausführverantwortlichen zu seiner „Verantwortungsübernahme“ ist hingegen jährlich zu erneuern.

Ist es sinnvoll, die Position des Ausführverantwortlichen auch im „nicht pflichtigen“ Unternehmen zu besetzen?

Viele Unternehmen besetzen die Position eines Ausführverantwortlichen auch dann, wenn die oben genannten Voraussetzungen nicht gegeben sind. Dies kann durchaus sinnvoll sein. Der Bereich des International Trade wird zunehmend komplexer, insbesondere Embargos und Sanktionen bestimmen das Wirtschaftsleben und dies auch in Bezug auf Länder und Regionen, die eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung in der globalisierten Welt haben. Das deutlichste Beispiel hierfür sind die jüngsten Entwicklungen in Bezug auf Russland. Hier die Übersicht zu behalten, die notwendigen Compliance-Organisationen zu schaffen und falls erforderlich auch harte Entscheidungen im Unternehmen treffen und durchsetzen zu können, rechtfertigen es, die Position des Ausführverantwortlichen auch in solchen international agierenden Unternehmen einzuführen, die im Rahmen ihrer geschäftlichen Aktivitäten keine Ausfuhrgenehmigungen beantragen müssen. Die Funktion trägt dann oft die Bezeichnung Trade Compliance Officer.

Mitunter ist sie auch nicht auf der Ebene der Geschäftsleitung angesiedelt – je nach Bedeutung und Komplexität des Auslandsgeschäftes ist jedoch auch die Verankerung in der Geschäftsleitung sinnvoll.

Was sind die konkreten Aufgaben des Ausführverantwortlichen?

Die Aufgaben des Ausführverantwortlichen sind sehr weitgehend mit denen identisch, die ein Compliance-Verantwortlicher generell hat. Die Aufgaben werden in den bereits genannten Grundsätzen der Bundesregierung in den Grundzügen beschrieben. Die wesentlichen Pflichten sind die Organisation und Überwachung der Ausfuhren sowie die Auswahl und Weiterbildung des Personals. Übersetzt bedeutet dies, dass der Ausführverantwortliche eine Export Compliance Organisation (Internes Compliance Programm – ICP) schaffen und aufrechterhalten muss. Schließlich muss er sich über die exportkontrollrechtlich relevanten Vorgänge und Prozesse im Unternehmen informiert halten, damit er auf aktuelle Entwicklungen reagieren kann. Denn sowohl die Rechtslage als auch die Produkte oder die Kunden können sich in einer Art und Weise entwickeln, die Änderungen des ICP notwendig machen.

Haftung des Ausführverantwortlichen

Der Ausführverantwortliche ist **persönlich** für die Einhaltung der außenwirtschaftsrechtlichen Vorschriften im Unternehmen verantwortlich; das bedeutet aber nicht automatisch, dass er auch strafrechtlich für alle Verstöße haftet. Ihm werden nicht automatisch alle Exportkontrollverstöße jeglicher Mitarbeiter zugerechnet. Um sich im Fall des Verstoßes eines Mitarbeiters aber exkulpieren zu können, muss er nachweisen, dass er die erforderlichen organisatorischen und personellen Maßnahmen für die Einhaltung der Exportkontrollvorschriften getroffen und regelmäßig kontrolliert hatte.

Der Ausführverantwortliche haftet persönlich für eigene Verstöße gegen das Außenwirtschaftsrecht, die er als Täter oder Teilnehmer begeht, also beispielsweise Ausfuhren, die er selbst ohne die erforderliche Genehmigung vornimmt oder autorisiert. Da er persönlich dafür verantwortlich ist, die notwendigen Maßnahmen für die Einhaltung der Exportkontrollvorschriften vorzunehmen, kann er außerdem strafrechtlich dafür haftbar gemacht werden, diese Maßnahmen **unterlassen** zu haben. Dies ist insbesondere der Fall, wenn bei einer gerichtlichen Prüfung festgestellt wird, dass kein ausreichendes ICP eingerichtet wurde. Delegiert der Ausführverantwortliche einen Teil seiner Aufgaben innerhalb des Unternehmens, kann er strafrechtlich dafür haftbar gemacht werden, dass er keine ordnungsgemäße Auswahl sachkundiger Mitarbeiter getroffen oder hinreichende Überwachungsmaßnahmen unterlassen hat.





Solche Taten oder Unterlassen können – bei Vorsatz – mit **Freiheitsstrafe oder Geldstrafen** sanktioniert werden. Fahrlässiges Handeln oder Unterlassen kann als Ordnungswidrigkeit mit einer **Geldbuße** bis zu 500.000 € geahndet werden.

Diese Haftung ist gleichlaufend mit der Haftung des Geschäftsführers nach § 130 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG). Danach haftet, wer als Inhaber eines Unternehmens bei der Delegation eigener Pflichten vorsätzlich oder fahrlässig erforderliche **Aufsichtsmaßnahmen** unterlässt, die Verstöße gegen diese Pflichten verhindert oder wesentlich erschwert hätten. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, die sorgfältige Auswahl und die Überwachung von Aufsichtspersonen.

Die Verwirklichung von Straftatbeständen und Verstöße gegen Exportkontrollvorschriften können außerdem eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers im Innenverhältnis gegenüber dem Unternehmen darstellen. Das kann zu einer **zivilrechtlichen Haftung** des Geschäftsführers gegenüber dem Unternehmen führen, gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG. Nach dieser Vorschrift haftet ein Geschäftsführer, welcher seine Obliegenheiten verletzt, gegenüber der Gesellschaft für den entstandenen Schaden.

Es ist daher unerlässlich, dass der Geschäftsführer als Ausfuhrverantwortlicher das ICP einschließlich der Auswahl sachkundiger Mitarbeiter und ihrer Fortbildung regelmäßig prüft und, wenn nötig, anpasst. Außerdem hat er systematische Kontrollen durchzuführen, wobei es nicht notwendig ist, dass er jeden Ausfuhrvorgang prüft. ■

Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren als Sanierungsoptionen für Unternehmen in der Krise

Neuerungen ab dem 1. Januar 2022



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

I. Einleitung

Die Coronakrise hat viele Unternehmen in eine wirtschaftliche Schieflage gebracht. Die Prognosen der Experten waren erschütternd. Es wurde von einer „drohenden Insolvenzwelle“ gesprochen. Ein solche ist jedoch bis heute ausgeblieben. Die Anzahl der Unternehmensinsolvenzen befindet sich im Vergleich zu den Vorjahren sogar auf einem Tiefstand und das hat seinen Grund: Aufgrund zahlreicher staatlicher Hilfen haben sich die Unternehmen rechtzeitig mit der dringend benötigten Liquidität versorgt. So wurde z. B. die Überbrückungshilfe, die den Unternehmen nicht zurückzuzahlende Fixkostenzuschüsse gewährt, zuletzt bis zum 30. Juni 2022 verlängert. Gleiches gilt für das Kurzarbeitergeld, welches coronabedingt aktuell noch an erleichterte Antragsvoraussetzungen geknüpft und gleichzeitig mit verbesserten Leistungen verbunden ist. Es ist auch nicht auszuschließen, dass die vorgenannten Hilfen noch einmal über den 30. Juni 2022 hinaus verlängert werden. Dennoch ist weiterhin Vorsicht geboten. Denn es ist auch klar, dass die Coronahilfen nicht unbegrenzt gewährt werden können. Die „Stunde Null“, ab der es keine Hilfen mehr geben wird und jedes Unternehmen wieder unter Vollkosten wirtschaften muss, wird kommen. Zudem gibt es zahlreiche staatliche Hilfen, die ohnehin nicht als Zuschüsse geleistet wurden und daher von den Unternehmen zurückzuzahlen sind (z. B. steuerliche Hilfemaßnahmen oder Darlehen/Kredite, die durch Garantien des Bundes abgesichert wurden). Die Experten haben daher in einem Punkt weiterhin Recht: Spätestens, wenn die nicht zurückzuzahlenden Hilfen auslaufen und/oder die übrigen Darlehen/Kredite zurückgezahlt werden müssen, werden zahlreiche Unternehmen

in eine Liquiditätskrise geraten. Ganz abgesehen von Corona, wird es zukünftig auch andere Risiken geben, die Unternehmen vor neue Herausforderungen stellen werden. Bestes (trauriges) Beispiel ist der aktuelle Ukraine-Russland-Konflikt.

Jeder Geschäftsleiter/Vorstand und auch jeder Geschäftspartner eines Unternehmens sollte daher weiterhin für den Ernstfall gewappnet sein. Dazu gehört u. a. die Kenntnis der Voraussetzungen einer Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO). Denn 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 Ermittlungen 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.

Des Weiteren sollte jeder Geschäftsleiter auch Kenntnisse über etwaige Sanierungsoptionen im Falle der Krise haben und nicht erst reagieren, wenn z. B. die Liquidität fehlt, um Löhne/Gehälter fristgerecht zahlen zu können.

Bei den Sanierungsoptionen der **Eigenverwaltung** und dem **Schutzschirmverfahren** handelt es sich jeweils um Insolvenzver-



fahren, die im Vergleich zu einem normalen Regelinsolvenzverfahren viele Vorteile (insbesondere in zeitlicher und unternehmerischer Hinsicht) bieten. Die Entwicklung der Insolvenzen in Deutschland zeigt, dass die o. g. Verfahren in den letzten Jahren deutlich zugenommen haben und regelmäßig auch von namhaften Unternehmen aus den verschiedensten Wirtschaftszweigen als bevorzugtes Sanierungsinstrument gewählt wurden (z. B. Air Berlin, Condor, Galleria Karstadt Kaufhof, KirchMedia, Pimkie, Orsay, Heinze-Gruppe).

Aus den vorgenannten Gründen empfiehlt es sich, dass Geschäftsleiter/Vorstände zumindest das „Insolvenz-ABC“ beherrschen und die vorgenannten Sanierungsverfahren kennen.

Nachfolgend werden die Voraussetzungen und Vorteile der Eigenverwaltung und des Schutzschirmverfahrens unter Berücksichtigung der **Neuerungen**, welche ab dem **1. Januar 2022** für diese Verfahren verbindlich gelten, erläutert.

II. Eigenverwaltung/Schutzschirmverfahren

Diese speziellen und in §§ 270 ff. InsO geregelten gerichtlichen Sanierungsverfahren – dabei handelt es sich um Insolvenzverfahren, die von der Geschäftsleitung weitestgehend in Eigenregie durchgeführt werden – können bei Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit (Eigenverwaltung möglich) bzw. bereits bei drohender (= in Zukunft absehbarer) Zahlungsunfähigkeit (Schutzschirmverfahren möglich) beantragt werden. Bereits

am 1. Januar 2021 wurden die Zugangsvoraussetzungen für die vorgenannten beiden Verfahren deutlich erschwert. Der Antrag zur Durchführung einer Eigenverwaltung ist nunmehr in § 270b InsO geregelt, der Antrag für ein Schutzschirmverfahren (als spezielle Art der Eigenverwaltung) hingegen in § 270d InsO.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Eigenverwaltung und dem Schutzschirmverfahren sind die oben bereits dargelegten Zugangsvoraussetzungen. Während das Schutzschirmverfahren bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit beantragt werden kann, ist das bei der Eigenverwaltung nicht möglich.

Die Praxis zeigt, dass die Erfolgsaussichten, eine geplante Sanierung zügig und erfolgreich abzuschließen, bei einem Schutzschirmverfahren höher sind als bei der Eigenverwaltung. Denn bei einem Schutzschirmverfahren hat die Unternehmensleitung eine in Zukunft absehbare Zahlungsunfähigkeit rechtzeitig erkannt und das Verfahren vor diesem Hintergrund bewusst frühzeitig gewählt. Bei der Eigenverwaltung hingegen wurde die Entscheidung möglicherweise erst dann getroffen, wenn die Zahlungsunfähigkeit kurzfristig absehbar war.



Sowohl die Eigenverwaltung als auch das Schutzschirmverfahren bieten z. B. folgende wesentliche **Sanierungseffekte**:

- Die **Erledigung von Altverbindlichkeiten** (z. B. Lieferantenverbindlichkeiten, Mietverbindlichkeiten, Pensionszusagen, gestundete Forderungen) mithilfe eines Sanierungsplans (Insolvenzplans) ist möglich;
- Die **Nichtzahlung von Löhnen/Gehältern** für einen Zeitraum von bis zu **drei Monaten** (= Insolvenzgeld) hat regelmäßig einen großen Liquiditätseffekt zur Folge;
- Die **kurzfristige Kündigung langjähriger Dauerschuldverhältnisse** (z. B. Miet- und Leasingverträge) ist möglich;
- Sozialversicherungsbeiträge müssen zeitweise nicht abgeführt werden;
- Die **Geschäftsleitung** kann **während des gesamten Sanierungsverfahrens im Amt** bleiben und die Sanierung selbst (mit-)gestalten. Aber auch das Austauschen der Geschäftsführung/der Gesellschafter ist möglich;
- **Umstrukturierungen im Personalbereich** sind unter vereinfachten Bedingungen möglich;
- **Darlehen/Kredite** können **neu verhandelt/strukturiert** werden, dies gilt auch für etwaige Corona-Hilfen.

Bei Unternehmen, deren Krise ausschließlich durch die Corona-Krise herbeigeführt wurde, galt bis zum 31. Dezember 2021 noch das alte Recht. Ab dem 1. Januar 2022 gelten jedoch uneingeschränkt die nachfolgend genannten, **neuen**, verschärften **Voraussetzungen** (§ 270a InsO):

- Die Einreichung eines **Sechs-Monats-Finanzplans** ist notwendig. Daraus muss sich ergeben, dass die Liquidität zur Finanzierung der Betriebsfortführung sowie die Begleichung der Verfahrenskosten gesichert ist;
- Die Einreichung eines **Konzeptes zur Insolvenzbewältigung**, aus dem Art, Ausmaß und Ursachen der Krise sowie das Ziel der Eigenverwaltung und die dazu beabsichtigten Maßnahmen ersichtlich sind, ist erforderlich;
- Eine Darstellung des Verhandlungsstandes mit den Stakeholdern (größten/wichtigsten Gläubigern, Gesellschaftern und Dritten) ist notwendig;
- Die **Erfüllung insolvenzrechtlicher Pflichten** muss **sicher-gestellt** sein (z. B. über einen Generalbevollmächtigten, CRO oder über externe Berater/Insolvenzspezialisten);
- Die Kosten der Eigenverwaltung/des Schutzschirmverfahrens dürfen nicht wesentlich höher sein als die Kosten einer hypothetischen Regelinsolvenz. Dies ist anhand eines **Kostenvergleiches zum Regelinsolvenzverfahren** darzustellen;
- Verbindlichkeiten gegenüber Arbeitnehmern (inkl. Pensionszusagen), der Finanzverwaltung, den Sozialversicherungsträgern oder Lieferanten sind offenzulegen und es darf grundsätzlich kein erheblicher Rückstand vorliegen;
- Es darf keine Vollstreckungs-/Verwertungssperre innerhalb der letzten drei Jahre vor Beantragung der Eigenverwaltung (also z. B. keine Vorinsolvenz) vorgelegen haben;
- Die Offenlegungspflicht der Jahresabschlüsse der letzten drei Jahren nach §§ 325 ff. HGB muss erfüllt worden sein.



Wenn alle vorgenannten Voraussetzungen erfüllt sind, dann ist das Ermessen des zuständigen Gerichts eingeschränkt und die Eigenverwaltung ist anzuordnen. Sollten von den o. g. acht Voraussetzungen die erstgenannte oder die letztgenannten vier nicht erfüllt werden können, dann gilt § 270b Abs. 2 InsO. Eine Eigenverwaltung kann danach trotz der vorgenannten Umstände angeordnet werden, wenn zu erwarten ist, dass der Schuldner bereit und in der Lage ist, seine Geschäftsführung an den Interessen der Gläubiger auszurichten. Diesbezüglich hat das Gericht aber einen Ermessensspielraum.

III. Möglichkeit der Einflussnahme der Gläubiger in Gläubigerversammlungen und Gläubigerausschüssen

In Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren finden Gläubigerversammlungen statt. Über besonders bedeutsame Sachverhalte hat die Gläubigerversammlung zu beschließen. Ein Stimmrecht in der Gläubigerversammlung hat jeder Gläubiger, dessen Forderungen im Verfahren angemeldet und nicht bestritten worden sind. Die Gläubigerversammlung entscheidet z. B. über die Wahl eines Sachwalters und eines Gläubigerausschusses, über die Fortführung oder Schließung des Geschäftsbetriebs oder über die Veräußerung des Unternehmens. In der ersten Gläubigerversammlung erstattet die Schuldnerin einen Bericht über die wirtschaftliche Lage des und die Krisenursachen und gibt eine Empfehlung zum Fortgang des Verfahrens ab. Die Gläubigerversammlung bietet insoweit jedem Gläubiger die Möglichkeit Fragen zu stellen und Einfluss auf das Verfahren zu nehmen.

Bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ist in einem Insolvenzverfahren zudem ein Gläubigerausschuss einzusetzen (§§ 22a,

67 InsO). Es handelt sich um einen repräsentativen Zusammenschluss von Gläubigervertretern (üblicherweise insgesamt drei bis fünf Gläubigervertreter). Dieser ist ebenfalls bei allen wesentlichen Entscheidungen einzubeziehen (§§ 69, 276 InsO). Die Mitgliedschaft im Gläubigerausschuss bietet den beteiligten Gläubigern eine sehr gute Möglichkeit, fortlaufend über die Entwicklung des Verfahrens informiert zu werden und die Verfahrensentwicklung mitzugestalten. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses erhalten für ihre Tätigkeit eine Vergütung und können sich ggf. einen Rechtsanwalt zur Seite holen.

Fazit/Praxistipps:

- Geschäftsleiter/Vorstände von Unternehmen sollten die o. g. Sanierungsoptionen kennen.
- Bei der Abwägung von Sanierungsoptionen spielt die Liquiditätssituation eine entscheidende Rolle. Jeder Geschäftsleiter sollte eine Liquiditätsplanung im Unternehmen installiert haben und diese, gerade in Krisenzeiten, fortlaufend aktualisieren (lassen).
- Bei der Abwägung von Sanierungsoptionen sollte jedes Unternehmen zwingend einen Sanierer/Rechtsanwalt an seiner Seite haben, um die Verhandlungen mit den Gläubigern und die zahlreichen rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Hürden eines Sanierungsverfahrens überhaupt bewältigen zu können.
- Sollte im Rahmen eines Eigenverwaltungs-/Schutzschirmverfahrens ein Gläubigerausschuss gebildet werden, dann sollte ein Unternehmen die Möglichkeit prüfen, in einem Gläubigerausschuss mitzuwirken, um bestmöglich über den Sanierungsfortschritt informiert zu werden und Einfluss auf die Entwicklung der Sanierung des Unternehmens nehmen zu können. ■

Änderungen im Vertriebskartellrecht



Dr. Sascha Dethof
Partner | Rechtsanwalt
Fieldfisher und



Julia Steffenhagen,
Wissenschaftliche Mitarbeiterin,
Fieldfisher

Das Kartellrecht wird derzeit in vielen Bereichen geändert. So hat die Kommission gerade den Entwurf der neuen Horizontal-Leitlinien vorgelegt. Darin werden die Grundlagen definiert für Wettbewerber-Kooperationen wie etwa Einkaufsgemeinschaften oder F&E-Vereinbarungen. Auch finden sich dort die Kriterien zur Bewertung eines Informationsaustauschs zwischen Wettbewerbern. Diese neuen Leitlinien werden zum 1. Januar 2023 in Kraft treten.

Bereits vorher wird die neue Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (Vertikal-GVO) in Kraft treten, nämlich bereits am 1. Juni 2022. Die GVO und die zugehörigen Leitlinien bewerten Beschränkungen im Vertrieb wie etwa Exklusivität, Wettbewerbsverbote, Gebietsbeschränkungen, Plattformverbote oder Einflussnahmen auf den Preis durch Preisbindung oder UVP.

Für die Geschäftsführung eines Unternehmens gehört es zu den unternehmerischen Organisationspflichten, die Compliance-Maßnahmen wie Trainings entsprechend zu aktualisieren. Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die wesentlichen zu erwartenden Themen. Die endgültige Fassung der neuen Vertikal-GVO lag aber noch nicht vor.

Beschränkungen in Vertriebsverträgen weiter möglich

Grundsätzlich werden auch nach der neuen Vertikal-GVO viele Beschränkungen in Vertriebsverträgen freigestellt sein, soweit der Marktanteil der beiden Unternehmen 30% nicht überschreitet. Je nach Art der Beschränkung sind zusätzliche Bedingungen an eine Freistellung geknüpft.

Eine Beschränkung wie etwa die Zusage des Lieferanten, nur einen Händler in einem Gebiet zu beliefern, wird weiter ohne zusätzliche Bedingungen zulässig sein. Ein Wettbewerbsverbot, also eine Zusage des Händlers, nur bei einem Lieferanten zu kaufen, ist hingegen auf 5 Jahre zu begrenzen.

Vorgaben zum Vertriebsgebiet des Händlers werden weiter nur in sehr engen Grenzen vereinbart werden und gelten bei Nichteinhaltung dieser Vorgaben als schwerwiegende Kartellrechtsverstöße.

Beschränkungen des Händlers, seine Weiterverkaufspreise frei zu setzen (sog. Preisbindung der zweiten Hand, „Resale Price Maintenance“), gelten weiterhin als schwerwiegende Kartellrechtsverstöße. Ausnahmen sind hier die Angabe von unverbindlichen Preisempfehlungen oder die Festsetzung von Höchstpreisen.

Die wesentlichen Änderungen bzw. Klarstellungen fassen wir nachfolgend zusammen.

Laufzeit von Wettbewerbsverboten

Bisher waren Wettbewerbsverbote, deren Dauer sich über den Zeitraum von fünf Jahren stillschweigend verlängern konnten, nicht freigestellt, auch wenn sie zunächst auf 5 Jahre begrenzt waren. Dieses wird nun geändert. Die stillschweigende Verlängerungsmöglichkeit wird künftig freigestellt, soweit der Abnehmer die Vereinbarung mit angemessener Kündigungsfrist (und bei angemessenen Kosten) wirksam neu aushandeln oder kündigen kann. Die sog. Evergreen-Klausel führt also künftig nicht mehr zur Nichtigkeit der Vereinbarung zur Dauer.

Alleinvertrieb

Beim Alleinvertrieb weist der Anbieter ein Gebiet oder eine Kundengruppe sich selbst oder einem Abnehmer oder einer begrenzten Zahl von Abnehmern exklusiv zu und beschränkt den aktiven Verkauf durch andere Abnehmer. Bisher war nach dem Wortlaut nur der Schutz eines Händlers pro Gebiet möglich. Künftig können mehrere Händler in einem Gebiet bzw. für eine Kundengruppe vor Aktivverkäufen anderer Händler geschützt werden. Die zulässige Höchstzahl der geschützten Händler pro Gebiet oder Kundengruppe wird sich nach dem erforderlichen Schutz ihrer Investitionen bestimmen. Die Freistellung der Zuweisung des Gebietes oder der Kundengruppen an mehrere Abnehmer bedarf einer Einzelfallbeurteilung. Außerdem wird eine „Weiterreichung“ der Verpflichtung der Abnehmer zu Kunden- oder Gebietsbeschränkungen ermöglicht.

Neu ist auch, dass nunmehr die Reservierung von Gebieten und Kundengruppen ohne zeitliche Beschränkung möglich sein soll.

Ein Händler könnte jetzt die Kundengruppen quasi freihalten, ohne die Aufnahme der Bedienung dieser Gruppe zeitlich schon geplant zu haben. Über die Reservierung sollte der Anbieter seine anderen Vertriebshändler informieren.

Selektivvertrieb

Der Selektivvertrieb ist ein Vertriebssystem, bei dem sich der Anbieter verpflichtet, die Vertragswaren oder -dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar nur an Händler zu verkaufen, die anhand festgelegter Merkmale ausgewählt werden. Die Waren oder Dienstleistungen dürfen nicht an Händler verkauft werden, die innerhalb des Vertriebssystems nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

In diesem Bereich besteht nun keine Gleichwertigkeit von Online- und Offline-Handel mehr. Aufgrund der Verschiedenheit der Vertriebsarten kann ein Anbieter seinen Vertragshändlern für den Online-Verkauf Kriterien auferlegen, die nicht identisch sind mit den Kriterien für stationäre Verkäufe, z.B. kann er spezifische Anforderungen für Online-Verkäufe aufstellen, wie die Einrichtung und den Betrieb eines Online-Helpdesks für den Kundendienst, die Verpflichtung zur Übernahme der Kosten für die Rücksendung des Produkts durch den Kunden oder die Verwendung sicherer Zahlungssysteme.

Hierbei ist jedoch zu beachten, dass ein Totalverbot der Nutzung des Online-Handels unzulässig ist. Auch dürfen die Kriterien keinem Totalverbot gleichkommen.

Eine Kombination des Selektivvertriebs mit dem Alleinvertrieb darf nicht innerhalb desselben Gebietes erfolgen. Der Anbieter kann





dem Alleinabnehmer aber den aktiven oder passiven Verkauf an nicht zugelassene Händler in einem Gebiet untersagen, in dem der Anbieter ein selektives Vertriebssystem betreibt.

Der Anbieter darf dem Abnehmer außerdem untersagen, aktiv oder passiv an nicht zugelassene Händler zu verkaufen, die sich in einem Gebiet befinden, das er für den Betrieb eines solchen selektiven Vertriebssystems reserviert hat.

Online-Vertrieb

Der Vertriebsweg des Online-Handels darf grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden. Totalverbote sind unzulässig. Im Bereich des Online-Handels kann künftig ein bestimmter Anteil von Offlineverkäufen gefordert werden, solange dies nicht einem Totalverbot gleichkommt. Weitere Themen zum Online-Vertrieb:

- Preisvergleichsmaschinen: Verbote, generell die Funktionalitäten von Preisvergleichsmaschinen zu nutzen bzw. Informationen an sie weitergeben, sind unzulässig.
- Drittplattformverbote: Die Nutzung von Drittplattformen, wie z.B. eBay oder Amazon, darf künftig vertraglich verboten werden.

- Abweichende Qualitätsanforderungen zwischen Online- und Offline Handel: Diese sind möglich, zum Beispiel Mindestgröße des Geschäfts, Einrichtung des Geschäfts, Erscheinungsbild der Website oder Produktpräsentation.

Doppelpreissysteme

Hersteller dürfen künftig unterschiedliche Preise für Online- und Offline-Verkäufe setzen. Hierbei muss eine Verbindung zu den Investitionen des Händlers bestehen. Z.B. stellt die Unterhaltung einer Verkaufsfläche eine Investition dar, da hierbei mehr Kosten entstehen als bei einem Online-Verkauf unmittelbar aus dem Lager. Dies kann rechtfertigen, dass dem Online-Verkäufer ein höherer Preis auferlegt wird als dem Offline-Verkäufer. Dies bedarf einer Begründung, wodurch die Dokumentation der Erwägungen von besonderer Bedeutung ist. Anders wird nicht nachweisbar sein, wie das Doppelpreissystem entstanden und aus welchem Grund dies gerechtfertigt ist.

Paritätsklauseln

Paritätsverpflichtungen, die Abnehmer von Online-Vermittlungsdiensten veranlassen,

Waren oder Dienstleistungen Endverbrauchern nicht unter Inanspruchnahme konkurrierender Online-Vermittlungsdienste zu günstigeren Bedingungen weiterzuverkaufen, sollen nicht freigestellt sein. Die Leitlinien enthalten weitere Vorgaben zu Paritätsklauseln.

Hybridplattformen von Vertikal-GVO ausgenommen

Hybridplattformen zeichnen sich dadurch aus, dass sie selbst Eigenhandel über die Plattform betreiben und daher mit den Unternehmen konkurrieren, für das sie gleichzeitig Plattformdienste erbringen. Sie können daher, so die Kommission, in erheblicher Weise horizontale Wettbewerbsprobleme aufwerfen. Eine generelle Freistellung nach der Vertikal-GVO soll daher nicht gelten. Hybride Plattformen müssen im Einzelfall prüfen, ob das Geschäftsmodell horizontale und/oder vertikale Wettbewerbsbeschränkungen bezweckt oder bewirkt. Insbesondere sind unter Umständen angemessene organisatorische Vorkehrungen, wie z.B. Chinese Walls, zu treffen, damit kein unzulässiger Informationsaustausch zwischen dem Eigenhandel der Plattform und den teilnehmenden Händlern stattfindet.

Mindestwerbepreise

Eine isolierte Mindestpreisvorgabe für die Werbung soll künftig noch keine verbotene Preisbindung darstellen. Der Verkauf unterhalb des UVP oder eines anderen Mindestpreises kann hingegen nicht untersagt werden.

Fulfilment-Verträge

Zudem werden auch Preisstellungen in Fulfilment-Verträgen künftig freigestellt. Fulfilment-Verträge sind Vereinbarungen zwischen dem Hersteller und Händler, denen Verträge mit Endverbrauchern zugrunde liegen, für deren Erfüllung nur noch ein Händler zur Abwicklung benötigt wird. Die Festsetzung des Weiterverkaufspreises wird künftig erlaubt sein, sofern der Endverbraucher auf sein Recht zur Auswahl des Händlers zur Vertragserfüllung verzichtet hat. Hat der Endverbraucher jedoch nicht auf dieses Recht verzichtet, kann der Lieferant nur einen Höchstpreis für den Weiterverkauf festsetzen, um einen Preiswettbewerb bei der Ausführung der Vereinbarung zu ermöglichen.

Dualer Vertrieb

Dualer Vertrieb bedeutet, dass der Anbieter auf dem nachgelagerten Einzelhandelsmarkt in Wettbewerb zu seinen Händlern tritt. Hier sollen künftig strengere Regelungen gelten, insbesondere im Hinblick auf den Informationsaustausch. Hier werden Unternehmen je nach Konstellation Chinese Walls einsetzen.

Handelsvertreter

Es ist kartellrechtlich entscheidend, ob ein Vertriebspartner als Handelsvertreter operiert oder als Händler. Dem eigenen Handelsvertreter darf ein Hersteller beispielsweise die Preise vorschreiben, dem Händler aber nicht. Die Kommission stellt hier beispielsweise klar, dass künftig der zwischenzeitliche Erwerb des Eigentums nicht der Eigenschaft als Handelsvertreter entgegensteht. Außerdem erläutert die Kommission, dass Handelsvertreter mit Doppelprägung zulässig sind (jedenfalls zu unterschiedlichen Produkten). Das bedeutet, der Handelsvertreter wird für einen Hersteller sowohl als Handelsvertreter als auch als Händler tätig. ■

